

«Año de la unidad, la paz y el desarrollo»



**UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN
MARCOS**

Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA
Facultad de Derecho y Ciencia Política

Unidad de Posgrado de Derecho y Ciencia Política

Material de enseñanza

**SEMINARIO DE
INVESTIGACIÓN EN
DERECHO PENAL ESPECIAL**

**Elaborado por: *Magister* Alexei Dante Sáenz
Torres**

Jesús María, agosto de 2023

Jesús María, agosto de 2023

DEDICATORIA

Dedicado a mis amores María Isabel, Enya y Jesús, por motivarme para seguir adelante en los propósitos de una vida contemplativa, intensa y plena, y por todo el tiempo que les he restado para proseguir con mis tareas académicas y profesionales.



ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

COMPETENCIAS

GUÍA DE PREGUNTAS

DESARROLLO TEMÁTICO Y LECTURAS DE APOYO

UNIDAD 1: DELITOS CONTRA LA DIGNIDAD HUMANA

- 1. PRIMERO: Cabanes Ferrando, M.** (2022). La trata de seres humanos y su diferencia con la inmigración ilegal. En Cabanes Ferrando, M. (2022). La trata de seres humanos: concepto desde el marco normativo. Una aproximación al delito. Barcelona, España. Bosch Editor, pp. 123-141.
- 2. SEGUNDO: Villacampa Estiarte, C.** (2019). La trata de seres humanos: concepto y caracterización. En Pérez Alonso, E. y Pomares Cintas, E. (Coords.). La trata de seres humanos en el contexto penal iberoamericano. Valencia, España. Tirant lo blanch, pp. 21-62.
- 3. TERCERO: Pérez Alonso, E.** (2019). Marco normativo y política criminal contra la trata de seres humanos en la Unión Europea. En Pérez Alonso, E. y Pomares Cintas, E. (Coords.). La trata de seres humanos en el contexto penal iberoamericano. Valencia, España. Tirant lo blanch, pp. 63-113.
- 4. CUARTO: Pariona Arana, R.** (2019). Problemas dogmáticos y político-criminales del delito de trata de personas regulado en el Código Penal

peruano. En Pérez Alonso, E. y Pomares Cintas, E. (Coords.). La trata de seres humanos en el contexto penal iberoamericano. Valencia, España. Tirant lo blanch, pp. 277-288.

- 5. QUINTO: Benítez Ortúzar, I. (2015).** Trata de seres humanos. En Morillas Cueva, L. (Dir.). Sistema de Derecho Penal Parte Especial (2ª ed.). Madrid, España. Dykinson, pp. 207-228.

UNIDAD 2: DELITOS CONTRA LA LIBERTAD DE TRABAJO

- 1. PRIMERO: Morillas Cueva, L. (2015).** Delitos contra los derechos de los trabajadores. En Morillas Cueva, L. (Dir.). Sistema de Derecho Penal Parte Especial (2ª ed.). Madrid, España. Dykinson, pp. 831-851.

UNIDAD 3: DELITO CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

- 1. PRIMERO: Muñoz Conde, F. (2018).** La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso «La Manada». En Morales Prats, F., Tamarit Sumalla, J. y García Alberó, R. (Coords.). Represión Penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares (pp. 941-959). Navarra, España. Thomson Reuters Aranzadi.
- 2. SEGUNDO: Pérez Alonso, E. (2018).** Delimitación entre los abusos sexuales graves y leves o de equívoco carácter sexual. En Morales Prats, F., Tamarit Sumalla, J. y García Alberó, R. (Coords.). Represión Penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares (pp. 991-1010). Navarra, España. Thomson Reuters Aranzadi.
- 3. TERCERO: Ramon Ribas, E. (2018).** Abuso sexual, vejación injusta y coacción leve. En Morales Prats, F., Tamarit Sumalla, J. y García Alberó, R. (Coords.). Represión Penal y Estado de

Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares (pp. 1047-1061). Navarra, España. Thomson Reuters Aranzadi.

4. CUARTO: De Vicente Martínez, R. (2018). ¡No es abuso, es violación! El clamor social ante la sentencia del caso «La Manada». En Morales Prats, F., Tamarit Sumalla, J. y García Albero, R. (Coords.). Represión Penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares (pp. 1095-1109). Navarra, España. Thomson Reuters Aranzadi.

5. QUINTO: Sáinz-Cantero Caparrós, J. (2015). Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I). Agresiones y Abusos Sexuales. Los Abusos y Agresiones Sexuales a menores de 16 años. En Morillas Cueva, L. (Dir.). Sistema de Derecho Penal Parte Especial (2ª ed.). Madrid, España. Dykinson, pp. 229-265.

UNIDAD 4: DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO

1. PRIMERO: Benítez Ortúzar, I. (2015). Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (IV). “De la extorsión”. “Del robo y hurto de uso de vehículos”. “De la usurpación”. En Morillas Cueva, L. (Dir.). Sistema de Derecho Penal Parte Especial (2ª ed.). Madrid, España. Dykinson, pp. 477-500.

2. SEGUNDO: Benítez Ortúzar, I. (2015). Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (V). “De las defraudaciones” (I). “De las estafas”. En Morillas Cueva, L. (Dir.). Sistema de Derecho Penal Parte Especial (2ª ed.). Madrid, España. Dykinson, pp. 501-544.

UNIDAD 5: DELITOS CONTRA LA CONFIANZA Y LA BUENA FE EN LOS NEGOCIOS

1. PRIMERO: García Salguero, N. (2022). Delitos de insolvencia y concursales, en sentido amplio. En Del Rosal Blasco, B. (Coord.). Derecho Penal

de Sociedades Mercantiles (pp. 408-428). Navarra, España. Thomson Reuters Aranzadi.

- 2. SEGUNDO: Benítez Ortúzar, I. (2015).** Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VII). “Frustración de la ejecución”. “De las insolvencias punibles”. En Morillas Cueva, L. (Dir.). Sistema de Derecho Penal Parte Especial (2ª ed.). Madrid, España. Dykinson, pp. 563-565/578-592.

UNIDAD 6: DELITOS CONTRA EL ORDEN ECONÓMICO

- 1. PRIMERO: Abel Souto, M. (2023).** EXPANSIÓN ESPAÑOLA DEL BLANQUEO DE DINERO EN LA ÚLTIMA DÉCADA DE REFORMAS PENALES. En Alvarez Yrala, E. (Dir.). Derecho Penal y dignidad humana. Libro homenaje al profesor Felipe Villavicencio Terreros. Vol. 2. (pp. 1015-1063). Lima, Perú. Grijley.
- 2. SEGUNDO: Núñez Pérez, F. (2023).** LA PUNIBILIDAD DEL AUTOLAVADO DE ACTIVOS EN EL MARCO NORMATIVO SUPRANACIONAL Y EN EL DERECHO PENAL PERUANO. En Alvarez Yrala, E. (Dir.). Derecho Penal y dignidad humana. Libro homenaje al profesor Felipe Villavicencio Terreros. Vol. 2. (pp. 1065-1108). Lima, Perú. Grijley.

UNIDAD 7: DELITOS RELATIVOS A LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y EL URBANISMO

- 1. PRIMERO: Del Rosal Blasco, B. (2022).** Delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo. En Del Rosal Blasco, B. (Coord.). Derecho Penal de Sociedades Mercantiles (pp. 594-617). Navarra, España. Thomson Reuters Aranzadi

UNIDAD 8: DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE

1.PRIMERO: Baucells Lladós, J. (2018). Los problemas del nuevo delito ecológico en la reforma penal de 2015. En Morales Prats, F., Tamarit Sumalla, J. y García Alberó, R. (Coords.). Represión Penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares (pp. 771-785). Navarra, España. Thomson Reuters Aranzadi.

2.SEGUNDO: Olmedo Cardenete, M. (2015). Delitos sobre la ordenación del territorio, urbanismo, patrimonio histórico y medio ambiente (III). Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. En Morillas Cueva, L. (Dir.). Sistema de Derecho Penal Parte Especial (2ª ed.). Madrid, España. Dykinson, pp. 901-936.

UNIDAD 9: DELITOS CONTRA LA TRANQUILIDAD PÚBLICA

1. PRIMERO: Márquez Cisneros, R. (2023). LA LEGITIMIDAD DEL DELITO DE PERTENENCIA A ORGANIZACIONES CRIMINALES. Un análisis desde el principio de lesividad. En Alvarez Yrala, E. (Dir.). Derecho Penal y dignidad humana. Libro homenaje al profesor Felipe Villavicencio Terreros. Vol. 2. (pp. 885-912). Lima, Perú. Grijley.

2. SEGUNDO: Sáinz-Cantero Caparrós, J. (2015). Delitos contra el orden público (V). De las organizaciones y grupos criminales. En Morillas Cueva, L. (Dir.). Sistema de Derecho Penal Parte Especial (2ª ed.). Madrid, España. Dykinson, pp. 1391-1414.

3. TERCERO: Silva Sánchez, J. (2022). Asesinatos selectivos en la «Guerra Punitiva» contra el terrorismo. En Lascano, C. y García, S. (Dirs.). La relevancia de la dogmática en el

Derecho Penal Internacional (pp. 53-71).
Madrid, España. Marcial Pons.

- 4. CUARTO:** **Sáinz-Cantero Caparrós, J. (2015).** Delitos contra el orden público (VI). De las organizaciones y grupos terroristas. Delitos de terrorismo. En Morillas Cueva, L. (Dir.). Sistema de Derecho Penal Parte Especial (2ª ed.). Madrid, España. Dykinson, pp. 1415-1447

UNIDAD 10: DELITOS CONTRA LOS PODERES DEL ESTADO Y EL ORDEN CONSTITUCIONAL

- 1. PRIMERO: Morillas Cueva, L. (2015).** Delitos contra la Constitución (I). Rebelión. En Morillas Cueva, L. (Dir.). Sistema de Derecho Penal Parte Especial (2ª ed.). Madrid, España. Dykinson, pp. 1247-1254.

UNIDAD 11: DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

- 1. PRIMERO: Morillas Cueva, L. (2015).** Delitos contra la administración pública (I). Prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos. En Morillas Cueva, L. (Dir.). Sistema de Derecho Penal Parte Especial (2ª ed.). Madrid, España. Dykinson, pp. 1105-1117.
- 2. SEGUNDO: Morillas Cueva, L. (2015).** Delitos contra la administración justicia (I). Prevaricación. Omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución. Del encubrimiento. De la realización arbitraria de propio derecho. En Morillas Cueva, L. (Dir.). Sistema de Derecho Penal Parte Especial (2ª ed.). Madrid, España. Dykinson, pp. 1199-1218.

UNIDAD 12: CIBERCRIMINALIDAD

- 1. PRIMERO: Reyna Alfaro, L. (2022).** Criminalidad informática, crimen organizado e internacionalización del delito. En Arocena, G., Cuarezma, S. y Burgos, Á. (Dir.) Horizontes imprevisibles de un Derecho penal ilimitado. Alcances. Consecuencias. Libro Homenaje al profesor Dr. Mario Alberto Houed Vega (147-172). Buenos Aires, Argentina. Hammurabi.
- 2. SEGUNDO: Miró Llinares, F. (2020).** El sistema penal ante la inteligencia artificial: actitudes, usos, retos. En Dupuy, D. y Corvalán, J. (Dir.). Cybercrimen III. Inteligencia artificial. Automatización, algoritmos y predicciones en el Derecho penal y procesal penal. (pp. 81-136). Buenos Aires, Argentina. Editorial B de F.
- 3. TERCERO: Dupuy, D. (2018).** La posesión de pornografía infantil. En Dupuy D. (Dir.). Cybercrimen. Aspectos de Derecho penal y procesal penal. Cooperación internacional. Recolección de evidencia digital. Responsabilidad de los proveedores de servicios de internet (pp. 123-144). Buenos Aires, Argentina. Editorial B de F.

UNIDAD 13: DERECHO PENAL INTERNACIONAL

- 1. PRIMERO: Barrenechea Abarca, H. (2023).** CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD. Consideraciones de política-criminal y análisis de la estructura del tipo del injusto. En Alvarez Yrala, E. (Dir.). Derecho Penal y dignidad humana. Libro homenaje al profesor Felipe Villavicencio Terreros. Vol. 2. (pp. 681-715). Lima, Perú. Grijley.
- 2. SEGUNDO: Alcácer Guirao, R. (2020).** El castigo del odio. En Alcácer Guirao, R. (2020). La libertad del

odio. Discurso intolerante y protección penal de minorías (pp. 213-262). Madrid, España. Editorial Marcial Pons.

Anexos:

1. Proyectos de Ley.

Proyecto de Ley para la Unidad 2:

- **Proyecto de Ley N° 4598/2022-CR**, en virtud del cual se propone modificar el artículo 168°-A del Decreto Legislativo 635, Código Penal.

Proyecto de Ley para la Unidad 3:

- **Proyecto de Ley N° 5363/2022-CR**, en virtud del cual se propone la incorporación del numeral 14 del artículo 170° del Código Penal (violación sexual).

Proyecto de Ley para la Unidad 4:

- **Proyecto de Ley N° 5474/2022-CR**, en virtud del cual se propone la incorporación del artículo 200°-A del Código Penal, criminalizando la usura extorsiva en los préstamos gota a gota.
- **Proyecto de Ley N° 5088/2022-CR**, en virtud del cual se propone la modificación del artículo 189° del Código Penal, robo agravado, para endurecer las penas por robo de vehículo automotor, sus autopartes o accesorios.

Proyecto de Ley para la Unidad 8:

- **Proyecto de Ley N° 5425/2022-CR**, en virtud del cual se propone la modificación de los artículos 304° y 305° del Código Penal, sobre el delito de contaminación ambiental, para proteger a la población.

Proyecto de Ley para la Unidad 9:

- **Proyecto de Ley N° 5525/2022-CR**, en virtud del cual se propone incorporar el delito de terrorismo urbano (artículo 315°-B del Código Penal).

Proyecto de Ley para la Unidad 10:

- **Proyecto de Ley N° 4911/2022-CR**, en virtud del cual se propone modificar la reducción de plazos de prescripción de la acción penal, y establece la imprescriptibilidad de la acción penal y la pena de los delitos ambientales y delitos contra los poderes del estado y el orden constitucional.

Proyecto de Ley para la Unidad 13:

- **Proyecto de Ley N° 4959/2022-CR**, en virtud del cual se propone sancionar el ingreso ilegal de extranjeros expulsados y regular conductas y sanciones a extranjeros.

2. Resoluciones.

Resolución para la Unidad 1:

- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 2818/2022, de fecha 04.07.2022 (Procedencia: Recurso de Casación N° 2977/2020).

Resoluciones para la Unidad 2:

- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 34/2023, de fecha 25.01.2023 (Procedencia: Recurso de Casación N° 817/2021).
- Casación N° 1537-2019-La Libertad/Sala Penal Permanente, de fecha 11.11.2021 (Ponente: Coaguila Chávez).

Resoluciones para la Unidad 3:

- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 389/2022, de fecha 21.04.2022 (Procedencia: Recurso de Casación N° 3478/2020).
- Sentencia recaída en el Expediente N° 6265-2020, emitida por la Corte Superior de Justicia de Lima – Décimo Juzgado Penal Liquidador, de fecha 12.11.2021.

Resolución para la Unidad 4:

- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 1009/2022, de fecha 11.01.2023 (Procedencia: Recurso de Casación N° 689-2021).

Resolución para la Unidad 5:

- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 3651/2020, de fecha 10.11.2020 (Procedencia: Recurso de Casación 285/2019).

Resoluciones para la Unidad 6:

- Recurso de Nulidad N° 329-2018/Nacional (Sala Penal Permanente), de fecha 18.09.2019 (Ponente: San Martín Castro).

- Recurso de Nulidad N° 1483-2017-Lima/Sala Penal Permanente, de fecha 29.11.2017 (Ponente: Neyra Flores).

Resolución para la Unidad 7:

- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 586/2017, de fecha 20.07.2017 (Ponente: Julián Sánchez Melgar).

Resolución para la Unidad 8:

- Casación 216-2021-Arequipa/Sala Penal Permanente, de fecha 14.02.2023 (Ponente: Altabás Kajatt).

Resoluciones para la Unidad 9:

- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 403/2023, de fecha 25.05.2023 (Procedencia: Recurso de Casación N° 3344/2021).

- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 306/2019, de fecha 11.06.2019 (Procedencia: Recurso de Casación N° 485/2018).

Resoluciones para la Unidad 10:

- Auto que resuelve el requerimiento de detención judicial en caso de flagrancia, recaído en el expediente N° 39-2022-1-5001-JS-PE-01, de fecha 08.12.2022 (Investigado: José Pedro Castillo Terrones por el delito de rebelión, alternativamente conspiración).

- Recurso de Apelación N° 248-2022-Suprema/Sala Penal Permanente, de fecha 13.12.2022 (Ponente: San Martín Castro).

Resoluciones para la Unidad 11:

- Recurso de Apelación N° 48-2022-Amazonas/Sala Penal Permanente, de fecha 01.12.2022 (Ponente: San Martín Castro).
- Recurso de Apelación N° 51-2021-Ancash/Sala Penal Permanente, de fecha 28.06.2022 (Ponente: Altabás Kajatt).
- Radicación 61868 (AP4722-2022)-Sala de Casación Penal (Colombia), de fecha 05.10.2022.

Resolución para la Unidad 12:

- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 494/2023, de fecha 22.06.2023 (Procedencia: Recurso de Casación N° 3986/2021).

Resoluciones para la Unidad 13:

- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 488/2022, de fecha 19.05.2022 (Procedencia: Recurso de Casación N° 4535/2020).
- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 675/2020, de fecha 11.12.2020 (Procedencia: Recurso de Casación N° 462/2019).

INTRODUCCIÓN

El desarrollo del derecho penal luego de terminada la pandemia por el Covid-19, no ha variado mucho respecto de nuestra postura formulada en la introducción de la anterior versión del año 2021 para el curso de posgrado de *Seminario de Investigación de Derecho Penal Especial*.

De allí que lo que sí se ha reiterado es que los Estados, incluyendo el nuestro, no se preocupan por una reforma general que permita reordenar la legislación modificada con anterioridad a la pandemia y durante la misma, así esta política penal, y no criminal, se ha orientado solo a las modificaciones puntuales y coyunturales, enfocada en atender, mediante la petición de la delegación de facultades al Congreso de la República, el incremento de la inseguridad ciudadana, el crimen organizado y la corrupción (para una muestra, el mensaje a la nación del 28 de julio de 2023 de la presidente Dina Boluarte¹).

En el caso del desarrollo teórico, los diversos trabajos de investigación siguen realizándose bajo el enfoque puramente dogmático, dejando entrever que las investigaciones aplicadas² aún resultan insignificantes e insuficientes, y si a eso se agrega que las pocas investigaciones que sí cumplen con un estándar de seriedad y rigurosidad (calidad académica), entonces resulta sorprendente que ahora que estos trabajos realizados mediante la modalidad de tesis autofinanciadas, en pre y posgrado, que los autores dan su consentimiento para que la universidad las ponga a disposición de la comunidad jurídica en sus correspondientes portales (por ejemplo: cybertesis Unmsm³), los asesores de los congresistas y los autores que realizan trabajos publicados no las están citando ni tampoco discutiendo sus respectivos aportes, prefiriendo realizar la incorporación de instituciones y figuras reguladas en otros países.

La explicación que tiene esta sistemática práctica es el hecho que mucho de los docentes con honrosas excepciones, todavía se mueven en el plano puramente legislativo, al priorizar esta fuente, tanto para los casos fáciles como los casos difíciles, recurriendo así a la exégesis y al positivismo tardío, con algunos retoques esnobistas provenientes del funcionalismo, del finalismo y del neoconstitucionalismo.

¹ Véase el mensaje a la nación del 28 de julio de 2023, tomado del enlace oficial:
<https://www.onuperni.org/wp-content/uploads/2023/07/661713925-Mensaje-a-la-Nacion-de-Dina-Boluarte.pdf>

² Los aportes de la obra colectiva publicada por Miró Linares, Fernando, Fuentes Osorio, Juan Luis (Dres.), Gómez Bellvis (Coord.) (2021). *El derecho penal ante lo "empírico". Sobre el acercamiento del derecho penal y la política criminal a la realidad empírica*. Madrid, España: Marcial Pons, representa tal vez el género de publicaciones que antes añorábamos por no tenerlas aplicadas al derecho y más específicamente al derecho penal, a la criminología, y a la política criminal, y que ahora sí se tienen y hasta se pueden tomar como modelos.

³ Véase las tesis publicadas gratuitamente por sus autores en la UNMSM, que constituye un mérito al ponerlas a disposición a fin de que se discutan sus aportes y propuestas, tomado del enlace:
<https://cybertesis.unmsm.edu.pe>

Empero, estrictamente en el derecho penal de la parte especial la práctica se ha limitado a realizar una combinación de criterios provenientes de distintas teorías, en aspectos sistemáticamente excluyentes, y que es lo que está primando en estos momentos y ello se aprecia en las resoluciones que resuelven los distintos casos penales, lo cual permite que los trabajos teóricos no relevan las resoluciones que resuelven dichos casos.

Otro de los aspectos del derecho penal parte especial es que muchas de las investigaciones se realizan bajo la óptica puramente analítica y aislacionista, bajo la línea de la especialización y profundización aislacionista en el plano teórico, tanto en el pregrado como en el posgrado, incluso en algunos casos se establece expresamente que los antecedentes de una institución materia de la investigación o tesis, no debe comprender el aspecto histórico, por ende lo jóvenes investigadores de hoy, tanto del pre y como del posgrado, muchas veces no tienen la necesidad de la certeza o al menos de intentar informarse un poco más de la institución materia de la investigación, de esa manera se piensan que cualquier idea que se imaginan es suficiente, y ello al no ser una exigencia, significa que las anteriores investigaciones obrantes en las bibliotecas de la Universidad, del Congreso de la República, o de instituciones serías, no se revisen ni se referencien.

Así todas las anteriores investigaciones, sea en formato de tesis, artículos, ensayos o textos realizados con anteriores legislaciones sean descartados del plano, lo cual es un contrasentido, ya que, si la universidad prioriza la producción del conocimiento mediante la investigación, es un despropósito no considerar dichos productos luego, ya sea por la temática, por el problema de investigación, por la hipótesis, por el método, por la técnica, por la bibliografía, entre los aspectos mas resaltantes. Creo que a la larga, esto es una forma disimulada de promover el plagio, lo cual no debería suceder.

Todo esto explica entonces por qué los congresistas de la República cada vez que van a plantear un proyecto de ley, no consideran a las tesis y demás formas de investigación, lo cual también es otro contrasentido que no se aproveches las investigaciones realizadas en nuestro país, cuando hoy debería ser parte de la exigencia del reglamento del Congreso de la República, esa es la propuesta que mediante esta introducción realizo.

A continuación, señalo el tratamiento de los materiales consignados, precisando que se han tomado en cuenta lecturas actualizadas algunas de la doctrina nacional y otras de la doctrina comparada, así como también las propuestas de ley que se han presentado en la actual legislatura, y las resoluciones judiciales tanto del derecho nacional como del derecho comparado, además de las preguntas guía para cada lectura.

La Unidad 1 trata acerca de los “Delitos contra la Dignidad Humana”, para lo cual se han considerado las lecturas de Cabanes Ferrando (“*La trata de seres humanos y su diferencia con la inmigración ilegal*”), Villacampa Estiarte (“*La trata de seres humanos: concepto y caracterización*”), Pérez Alonso (“*Marco normativo y política criminal contra la trata de seres humanos en la Unión Europea*”), Pariona Arana (“*Problemas dogmáticos y político-criminales del delito de trata de personas regulado en el Código Penal peruano*”) y Benítez Ortúzar (“*Trata de seres humanos*”); así como también se ha considerado la Sentencia del Tribunal Supremo (España) 2818/2022, de fecha 04.07.2022, relacionada con el análisis típico del delito de trata de personas.

La Unidad 2 trata acerca de los “Delitos contra la Libertad de Trabajo”, para lo cual se ha considerado la lectura de Morillas Cueva (“*Delitos contra los derechos de los trabajadores*”); así como también se ha recopilado el Proyecto de Ley N° 4598/2022-CR, correspondiente a la Segunda Legislatura Ordinaria 2022, de fecha 29.03.2023, que pretende modificar el artículo 168°-A del Código Penal (Atentado contra las condiciones de seguridad y salud en el trabajo). Finalmente, se han considerado la Sentencia del Tribunal Supremo (España) 34/2023, de fecha

25.01.2023 (que versa sobre el delito contra la libertad de las trabajadoras mujeres que realicen actividades de “alterne”) y la Casación N° 1537-2019-La Libertad/Sala Penal Permanente, de fecha 11.11.2021 (se analiza el delito de violación de la libertad de trabajo y el instituto de la prescripción de este delito).

La Unidad 3 trata acerca de los “Delitos contra la Libertad Sexual”, para lo cual se han considerado las lecturas de Muñoz Conde (“*La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso «La Manada»*”), Pérez Alonso (“*Delimitación entre los abusos sexuales graves y leves o de equívoco carácter sexual*”), Ramon Ribas (“*Abuso sexual, vejación injusta y coacción leve*”), De Vicente Martínez (“*No es abuso, es violación! El clamor social ante la sentencia del caso «La Manada»*”) y Sáinz-Cantero Caparrós (“*Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I). Agresiones y Abusos Sexuales. Los Abusos y Agresiones Sexuales a menores de 16 años*”); así como también se ha recopilado el Proyecto de Ley N° 5363/2022-CR, correspondiente a la Segunda Legislatura Ordinaria 2022, de fecha 15.06.2023, que pretende proponer la incorporación del numeral 14 del artículo 170° del Código Penal. Finalmente, se han considerado la Sentencia recaída en el Expediente N° 6265-2020, emitida por la Corte Superior de Justicia de Lima – Décimo Juzgado Penal Liquidador, de fecha 12.11.2021 (violación sexual en grupo, caso “La Manada de Surco”) y la Sentencia del Tribunal Supremo (España) 389/2022, de fecha 21.04.2022 (las diferencias interpretativas, respecto del delito de agresión sexual, entre el prevalimiento de una relación de superioridad y la agravante genérica de abuso de superioridad).

La Unidad 4 trata acerca de los “Delitos contra el Patrimonio”, para lo cual se han considerado las lecturas de Benítez Ortúzar (“*Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (IV). «De la extorsión». «Del robo y hurto de uso de vehículos». «De la usurpación»*”) y “*Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (V). «De las defraudaciones» (I). «De las estafas»*”); asimismo se ha recopilado el Proyecto de Ley N° 5474/2022-CR, correspondiente a la Segunda Legislatura Ordinaria 2022, de fecha 23.06.2023, que pretende incorporar el delito de usura extorsiva en los préstamos gota a gota- artículo 200°-A del Código Penal, también se recopiló el Proyecto de Ley N° 5088/2022-CR, correspondiente a la Segunda Legislatura Ordinaria 2022, de fecha 18.05.2023, que propone la modificación del artículo 189° del Código Penal, robo agravado, para endurecer las penas por robo de vehículo automotor, sus autopartes o accesorios. Finalmente, se ha considerado la Sentencia del Tribunal Supremo (España) 1009/2022, de fecha 11.01.2023, a través de la cual se establecen las precisiones dogmáticas para diferenciar la tentativa de la consumación en el delito de extorsión.

La Unidad 5 trata acerca de los “Delitos contra la Confianza y la Buena Fe en los Negocios”, para lo cual se han considerado las lecturas de García Salguero (“*Delitos de insolvencia y concursales, en sentido amplio*”) y Benítez Ortúzar (“*Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VII). «Frustración de la ejecución». «De las insolvencias punibles»*”); también se ha considerado la Sentencia del Tribunal Supremo (España) 3651/2020, de fecha 10.11.2020, la cual desarrolla de forma sintética los alcances dogmáticos del delito de insolvencia fraudulenta.

La Unidad 6 trata acerca de los “Delitos contra el Orden Económico”, para lo cual se han considerado las lecturas de Abel Souto (“*Expansión española del blanqueo de dinero en la última década de reformas penales*”) y Núñez Pérez (“*La punibilidad del autolavado de activos en el marco normativo supranacional y en el derecho penal peruano*”); así también se ha considerado el Recurso de Nulidad N° 1483-2017-Lima/Sala Penal Permanente, de fecha 29.11.2017 (delito de autolavado conforme al Convenio de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) contra el tráfico ilícito de drogas de 1998) y el Recurso de Nulidad N° 329-2018/Nacional (Sala Penal Permanente), de fecha 18.09.2019 (delito de autolavado en relación con el Decreto Legislativo 986 y la Ley 27765).

La Unidad 7 trata acerca de los “Delitos relativos a la Ordenación del Territorio y el Urbanismo”, para lo cual se ha considerado la lectura de Del Rosal Blasco (“*Delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo*”); asimismo se ha considerado la Sentencia del Tribunal Supremo (España) 586/2017, de fecha 20.07.2017, respecto del delito contra la ordenación del territorio – urbanización ilegal).

La Unidad 8 trata acerca de los “Delitos contra el Medio Ambiente”, para lo cual se han considerado las lecturas de Baucells Lladós (“*Los problemas del nuevo delito ecológico en la reforma penal de 2015*”) y Olmedo Cardenete (“*Delitos sobre la ordenación del territorio, urbanismo, patrimonio histórico y medio ambiente (III). Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*”); asimismo se recopiló el Proyecto de Ley N° 5425/2022-CR, correspondiente a la Segunda Legislatura Ordinaria 2022, de fecha 21.06.2023, que propone la modificación de los artículos 304° y 305° del Código Penal, sobre el delito de contaminación ambiental. Finalmente, se ha considerado la Casación 216-2021-Arequipa/Sala Penal Permanente, de fecha 14.02.2023, sobre la estructura típica del delito de contaminación ambiental.

La Unidad 9 trata acerca de los “Delitos contra la Tranquilidad Pública”, para lo cual se han considerado las lecturas de Márquez Cisneros (“*La legitimidad del delito de pertenencia a organizaciones criminales. Un análisis desde el principio de lesividad*”), Sáinz-Cantero Caparrós (“*Delitos contra el orden público (V). De las organizaciones y grupos criminales*” y “*Delitos contra el orden público (VI). De las organizaciones y grupos terroristas. Delitos de terrorismo*”) y Silva Sánchez (“*Asesinatos selectivos en la «Guerra Punitiva» contra el terrorismo*”); asimismo se ha recopilado el Proyecto de Ley N° 5525/2022-CR, correspondiente a la Segunda Legislatura Ordinaria 2022, de fecha 05.07.2023, el cual propone incorporar el delito de terrorismo urbano (artículo 315°-B del Código Penal). Finalmente, se han considerado la Sentencia del Tribunal Supremo (España) 403/2023, de fecha 25.05.2023 (un caso relacionado a la banda terrorista ETA que actuaba con el fin político de independizar el País Vasco) y la Sentencia del Tribunal Supremo (España) 306/2019, de fecha 11.06.2019 (alcances dogmáticos del delito de adoctrinamiento pasivo).

La Unidad 10 trata acerca de los “Delitos contra los Poderes del Estado y el Orden Constitucional”, para lo cual se ha considerado la lectura de Morillas Cueva (“*Delitos contra la Constitución (I). Rebelión*”); además se ha recopilado el Proyecto de Ley N° 4911/2022-CR, correspondiente a la Segunda Legislatura Ordinaria 2022, de fecha 05.05.2023, el cual propone establecer la imprescriptibilidad de la acción penal y la pena de los delitos contra los poderes del estado y el orden constitucional. Finalmente, se han considerado el Auto que resuelve el requerimiento de detención judicial en caso de flagrancia, recaído en el expediente N° 39-2022-1-5001-JS-PE-01, de fecha 08.12.2022 (se dispone la detención judicial por flagrancia contra José Pedro Castillo Terrones por la presunta comisión del delito de rebelión y alternativamente conspiración) y el Recurso de Apelación N° 248-2022-Suprema/Sala Penal Permanente, de fecha 13.12.2022 (se confirmó el auto de detención que dispuso la detención judicial por flagrancia contra José Pedro Castillo Terrones).

La Unidad 11 trata acerca de los “Delitos contra la Administración de Justicia”, para lo cual se han considerado las lecturas de Morillas Cueva (“*Delitos contra la administración pública (I). Prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos*” y “*Delitos contra la administración justicia (I). Prevaricación. Omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución. Del encubrimiento. De la realización arbitraria de propio derecho*”); también se han considerado el Recurso de Apelación N° 48-2022-Amazonas/Sala Penal Permanente, de fecha 01.12.2022 (respecto de la posibilidad de que un juez que se avoca a un determinado proceso cometa el delito de prevaricato), el Recurso de Apelación N° 51-2021-Ancash/Sala Penal Permanente, de fecha 28.06.2022 (sobre la posibilidad de que un fiscal cometa el delito de omisión de ejercicio de la acción penal) y la Radicación 61868 (AP4722-

2022)-Sala de Casación Penal (Colombia), de fecha 05.10.2022 (respecto de las diferencias entre el prevaricato por acción y prevaricato por omisión).

La Unidad 12 trata acerca de “Cibercriminalidad”, para lo cual se han considerado las lecturas de Reyna Alfaro (“*Criminalidad informática, crimen organizado e internacionalización del delito*”), Miró Llinares (“*El sistema penal ante la inteligencia artificial: actitudes, usos, retos*”) y Dupuy (“*La posesión de pornografía infantil*”); asimismo se ha considerado la Sentencia del Tribunal Supremo (España) 494/2023, de fecha 22.06.2023, en la cual se analiza el juicio inferencial del dolo a partir de la utilización de programas de intercambio de archivos en el delito de pornografía infantil.

La Unidad 13 trata acerca de “Derecho Penal Internacional”, para lo cual se han considerado las lecturas de Barrenechea Abarca (“*Crímenes de lesa humanidad. Consideraciones de política-criminal y análisis de la estructura del tipo del injusto*”) y Alcácer Guirao (“*El castigo del odio*”); asimismo se ha recopilado el Proyecto de Ley N° 4959/2022-CR, correspondiente a la Segunda Legislatura Ordinaria 2022, de fecha 11.05.2023, el cual propone sancionar el ingreso ilegal de extranjeros expulsados y regular conductas y sanciones a extranjeros. Finalmente, se ha considerado la Sentencia del Tribunal Supremo (España) 488/2022, de fecha 19.05.2022 (expresiones difundidas que invitan a la acción, a la violencia y a la lucha armada – delito de odio) y la Sentencia del Tribunal Supremo (España) 675/2020, de fecha 11.12.2020 (mensajes racistas y de corte xenófobo – delito de odio).

Finalmente, hago extensivo mi agradecimiento al Dr. Francisco Miró Quesada por la confianza y el apoyo como Coordinador de la Maestría en Ciencias Penales, a mi amigo y maestro Pablo Wilfredo Sánchez Velarde, a mis colegas del Comité Consultivo de la Unidad de Posgrado de Derecho, a Jesús Mori por su constante apoyo, a mis colegas que me permitieron citar sus materiales, y a mi colaborador Manuel Alejandro Correa Villanueva por ayudar en la elaboración de este Material.

Cercado de Lima, 24 de agosto de 2023.

Mg. ALEXEI DANTE SAENZ TORRES

Docente Universitario



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 las 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

Cabanes Ferrando, M. (2022). La trata de seres humanos y su diferencia con la inmigración ilegal. En Cabanes Ferrando, M. (2022). La trata de seres humanos: concepto desde el marco normativo. Una aproximación al delito. Barcelona, España. Bosch Editor, pp. 123-141.

La presente lectura desarrolló las diferencias entre el delito de trata y el tráfico ilícito de inmigrantes, realizándose un análisis del recorrido de reformas legislativas en el ordenamiento español, valiéndose puntualmente de jurisprudencias, con el objetivo de brindar un correcto tratamiento respecto de la persona considerada víctima.

Colección «Penalcrim»

MÓNICA CABANES FERRANDO

LA TRATA DE SERES HUMANOS CONCEPTO DESDE EL MARCO NORMATIVO

UNA APROXIMACIÓN AL DELITO

PRÓLOGO
PAZ LLORIA GARCÍA



UNIVERSITAT DE VALÈNCIA

JYB
BOSCH EDITOR

MÓNICA CABANES FERRANDO

**LA TRATA DE
SERES HUMANOS:
CONCEPTO DESDE EL
MARCO NORMATIVO**
UNA APROXIMACIÓN
AL DELITO

PRÓLOGO
Paz Lloria García

Barcelona
2022

JB
BOSCH EDITOR

Esta obra ha sido examinada por los siguientes miembros del Comité Científico editorial:

Dr. Alfredo Abadías Selma. Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal, UNIR
Dr. Miguel Bustos Rubio. Profesor Titular de Derecho Penal, Universidad Internacional de La Rioja
Dra. María Concepción Gorjón Barranco. Profesora Contratada Doctora de Derecho Penal,
Universidad de Salamanca

© ABRIL 2022 MÓNICA CABANES FERRANDO

© ABRIL 2022

JIB 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: 978-84-19045-48-5

ISBN digital: 978-84-19045-49-2

D.L.: B 5815-2022

Diseño portada y maquetación: CRISTINA PAYÁ  +34 672 661 611

Printed in Spain – Impreso en España

CAPÍTULO 5

LA TRATA DE SERES HUMANOS Y SU DIFERENCIA CON LA INMIGRACIÓN ILEGAL

SUMARIO: **1.** Reformas anteriores a la LO 5/2010 de 22 de junio. **2.** Reformas a partir de la LO 5/2010 de 22 de junio. **3.** El artículo 318 bis a la luz de la reforma operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo. **4.** Diferencias entre el delito de trata y el delito de tráfico ilegal o inmigración clandestina.

El concepto de trata de seres humanos hasta la aprobación de la LO 5/2010 tuvo una regulación cuanto menos deficiente, ya que el legislador en su momento la incluyó dentro de los delitos contra la inmigración clandestina. Ello produjo como resultado imprecisiones a la hora de separar cierto tipo de conductas tales como la prostitución forzada y la trata¹⁸².

182 En este sentido el Preámbulo de la Ley Orgánica de reforma expone literalmente: *«El tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contempla el art. 318 bis resultaba a todas luces inadecuado en vista de las grandes diferencias existentes entre ambos fenómenos delictivos. La separación de estas dos grandes realidades criminológicas resulta imprescindible tanto para cumplir con los mandatos internacionales como para dar fin a los constantes conflictos interpretativos. Para llevar a cabo este objetivo se procede a la creación del Título VII bis, denominado «de la trata de seres humanos».*

Así, el art. 177 bis CP tipifica un delito complejo que se desarrolla en varias etapas o fases perfectamente delimitadas y donde prevalece la protección de la

Con el fin de evitar esos problemas de interpretación era necesario distinguir dos tipos de situaciones que fueron contempladas en algunos convenios, pero que España hasta la reforma de 2010 no supo o no quiso plasmar¹⁸³:

dignidad y libertad de los sujetos pasivos que las sufren. Por otro lado, resulta fundamental resaltar que no se trata de un delito que pueda ser cometido con exclusividad contra personas extranjeras sino que abarcará todas las formas de trata de seres humanos, nacionales o transnacionales, relacionadas o no con la delincuencia organizada».

183 En este sentido, en el ámbito de la UE, se debe hacer referencia al Convenio Europol, que sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea realizado en Bruselas el 26 de julio de 1995, creó una oficina europea de policía, como ya se ha plasmado anteriormente, cuyo objetivo consistió en mejorar en el marco de la cooperación entre los Estados miembros por medio de las actividades que enumera el presente Convenio, la eficacia de los servicios competentes de estos Estados y la cooperación entre los mismos con vistas a la prevención y lucha contra el terrorismo, el tráfico ilícito de estupefacientes y otras formas graves de delincuencia internacional. Concretamente en el Anexo en el que definía las graves formas de delincuencia internacional de las que se puede ocupar Europol, recogía asimismo de forma separada el *trafficking* y el *smuggling*, definiéndolos de la siguiente forma:

- a) La trata de seres humanos: «El acto de someter a una persona al poder real e ilegal de otras personas mediante la violencia o mediante amenazas o abusando de una relación de autoridad o mediante engaño, en particular con objeto de entregarse a la explotación de la prostitución ajena, a formas de explotación y de violencias sexuales respecto de menores o al comercio ligado al abandono de niños».
- b) Introducción ilegal de inmigrantes: «Las acciones destinadas a facilitar deliberadamente, con fines de lucro, la entrada, la estancia o el trabajo en el territorio de los Estados miembros de la Unión Europea, con incumplimiento de las reglamentaciones y las condiciones aplicables a los Estados miembros». BOE núm. 232 de 28 de Septiembre de 1998.

En igual sentido, el Protocolo adicional a la Convención de Palermo de Naciones Unidas, tenía por objeto el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire y complementaba la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en cuyo art. 3 definía como «tráfico ilícito de migrantes» la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden ma-

Por un lado se encuentra la trata de personas, lo que se conoce como *trafficking*, y por otro el tráfico ilícito de inmigrantes, el *smuggling*¹⁸⁴.

La identificación de estos dos fenómenos delictivos es de suma importancia, ya que en función de dicha determinación se podrá adoptar un correcto tratamiento y las adecuadas medidas respecto de la persona considerada víctima¹⁸⁵.

En concreto, el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire complementó la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 15 de diciembre de 2000. También conocido como Protocolo de Palermo.

Este obligó a los Estados Parte a tipificar tres modalidades de delitos:

- 1) El tráfico ilícito de migrantes (contrabando de migrantes).
- 2) Algunas conductas falsarias que se utilizaban como instrumento del tráfico ilícito de migrantes (como por ejemplo la confección de una tarjeta de identidad falsa).

terial. SERRA CRISTOBAL, R., «La identificación de un caso de trata de seres humanos: ¿Cuándo se está ante un supuesto de trata para la explotación sexual?» en SERRA CRISTOBAL, R / LLORIA GARCÍA, P., *La trata sexual de mujeres*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 2007, p. 50.

184 Esta distinción entre tráfico y trata se impuso a lo largo de los años noventa en las intervenciones de numerosos órganos policiales tanto a nivel nacional como internacional, como por ejemplo la INTERPOL. STORINI, C., «Trata de seres humanos y tráfico de inmigrantes en los albores del siglo XXI», en *Foro Revista de Derecho*, nº 5, 2006, p. 177.

185 Al respecto, PÉREZ ALONSO consideraba que la inmigración clandestina o contrabando de inmigrantes (*smuggling of migrants*) consistía en ayudar o controlar el tránsito transfronterizo de personas en situación irregular con el ánimo de obtener un beneficio económico. En cambio la trata de seres humanos o el tráfico ilegal en sentido estricto (*trafficking in persons*) consistía en controlar o participar en la captación, traslado o recepción de personas con fines de explotación personal. PÉREZ ALONSO, E., *Tráfico de personas e inmigración clandestina*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 40.

- 3) Y la conducta que ofrecía una permanencia del inmigrante en situación irregular en el Estado receptor cuando se hubiera recurrido a esas actividades falsarias o a cualquier otro medio legal.

Todos los supuestos exigían que se cometieran con el fin de obtener, bien directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material¹⁸⁶.

El delito de tráfico ilícito de migrantes (o también llamado contrabando de migrantes) se entendía como la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material. El traficante limitaba su actuación a ofrecer los medios necesarios para que el inmigrante lograra el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor. Era un delito transnacional y exigía que el emigrante fuera un ciudadano extranjero carente del derecho a la libertad de entrada, residencia o circulación en el Estado receptor. De tal suerte el traficante cooperaba con el emigrante que se había introducido de forma ilegal en un territorio de un Estado. Requería como elemento constitutivo del delito de tráfico ilícito la concurrencia del ánimo de lucro. Las ayudas humanitarias, familiares o similares son consideradas atípicas desde el punto de vista penal.

Dicho delito nació con la intención de proteger el legítimo interés de los Estados de controlar los flujos migratorios y la indemnidad de sus fronteras¹⁸⁷.

186 *Vid., Circular 5/2011 sobre criterios..., cit.*

187 En este sentido Naciones Unidas exigía la persecución penal basándose en dos motivos:

- En primer lugar, porque el impacto negativo que provocaba para los Estados se incrementaba cuando la inmigración clandestina se realizaba en el marco del crimen organizado internacional.
- En segundo lugar, porque los derechos más básicos de los migrantes corrían un riesgo no sólo en cuanto a las formas de realizar el transporte o el paso por las fronteras, sino también por las condiciones de vida que tenían que soportar en relación con su situación de irregularidad, corriendo un grave

Con posterioridad al Protocolo de Palermo, en el ámbito de la UE, el delito de tráfico ilegal (contrabando de migrantes) se intenta reconvertir en un delito de favorecimiento de la inmigración clandestina con intención de reforzar alguno de los objetivos prioritarios de la Unión, tales como la supresión de fronteras interiores y el establecimiento progresivo de un espacio de libertad, seguridad y justicia.

Sin embargo, de acuerdo con nuestra legislación penal, el legislador no siempre lo ha tenido tan presente, prueba de ello han sido las constantes modificaciones.

1. REFORMAS ANTERIORES A LA LO 5/2010 DE 22 DE JUNIO

Así pues, remontándonos al Código penal de 1973 en su artículo 452 bis a) 1º, precepto considerado el precedente jurídico inmediato del delito de trata de seres humanos, castigó por primera vez, al que «*cooperare o proteggere la prostitución de una o varias personas, dentro o fuera de España, o su recluta para la misma*»¹⁸⁸.

A partir de la aprobación del texto punitivo de 1995, el legislador provocó un acercamiento a uno y otro fenómeno, tipificando la promoción de la inmigración clandestina de trabajadores, la incitación o mantenimiento en la prostitución de una persona mediante el engaño, fuerza o abusando de su si-

riesgo de caer en la marginación social y en la explotación o abuso de terceros.

Naciones Unidas entendía que debido a las situaciones que padecían los migrantes debían tener la consideración de víctimas, motivo por el cual el Protocolo de Palermo establecía que, no podían ser enjuiciados como partícipes en ninguno de los delitos relativos al tráfico ilegal de personas. *Vid., Circular 5/2011 sobre criterios...*, *cit.*

188 MAQUEDA ABREU, ML., *El tráfico sexual de personas*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 25 y ss.

tuación de necesidad o superioridad así como la prostitución y la pornografía infantil¹⁸⁹. Posteriormente fueron modificados.

En este sentido se produjeron dos modificaciones:

- 1) La primera reforma devino por la aprobación de la LO 4/2000 de 11 de enero, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España. En su disposición final primera introdujo una modificación el apartado 1º del artículo 312 CP, de forma que agravó la pena de los que traficasen de manera ilegal con mano de obra¹⁹⁰, así como que introdujo en su disposición final un nuevo Título XV bis en el Código penal denominado «delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en el que se castigaba, en su artículo 318 bis al que de forma directa o indirecta promoviera, favoreciera o facilitara el tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, agravando la pena cuando en la comisión de los hechos hubiese puesto en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas o la víctima fuera menor de edad¹⁹¹. Este precepto no contenía ninguna referencia a la trata con fines de explotación sexual, por lo que venía a responder a la necesidad de

189 Vid., SERRA CRISTOBAL, R., «La identificación de...», *cit.*, p.55.

190 Art. 312 CP modificado por la LO 4/2000 de 11 de enero:

- «1. Serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses, los que trafiquen de forma ilegal con la mano de obra.
2. En la misma pena incurrirán quienes recluten personas o las determinen a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas, y quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual».

191 Art. 318 bis modificado por la LO 4/2000 de 11 de enero:

- «1. Los que promuevan, favorezcan o faciliten el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.
2. Los que realicen las conductas descritas en el apartado anterior con ánimo de lucro, o empleando violencia, intimidación, o engaño o abusando de una situación de necesidad de la víctima, serán castigados con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

cubrir el vacío legal existente en materia de protección de los ciudadanos extranjeros en ámbito diferente de la explotación sexual o laboral¹⁹².

- 2) La segunda reforma derivaba de la necesidad de armonizar las legislaciones en el marco europeo en la lucha contra la trata de seres humanos justificando así la introducción de las modificaciones operadas por la LO 11/2003, de 29 de diciembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros¹⁹³. En esta disposición el legislador reformó el artículo 318 bis

3. *Se impondrán las penas correspondientes en su mitad superior a las previstas en los apartados anteriores, cuando en la comisión de los hechos hubiere puesto en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas o la víctima sea menor de edad.*
4. *En las mismas penas del apartado anterior y además en la inhabilitación absoluta de seis a doce años incurrirán los que realicen los hechos prevaleciendo de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.*
5. *Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos, cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades».*

192 Por el contrario se seguía manteniendo el art. 188 CP que hacía referencia a la trata con fines de explotación sexual. LLORIA GARCÍA, P., «Incidencia de la normativa internacional en la regulación penal española de la trata con fines de explotación sexual: Del artículo 188 al artículo 318 bis del Código Penal» en SERRA CRISTÓBAL, R. /LLORIA GARCÍA, P., *La trata sexual de mujeres*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 2007, p.165.

193 En este sentido en la Exposición de motivos de la LO 11/2003 se reconocía textualmente lo siguiente:

«La modificación de los artículos 318 y 318 bis del Código Penal tienen como finalidad, combatir el tráfico ilegal de personas, que impide la integración de los extranjeros en el país de destino. La UE ha desplegado un notable esfuerzo en este sentido, ya que el Tratado establece, entre los objetivos atribuidos a la Unión, la lucha contra la trata de seres humanos, aproximando cuando proceda las normas de derecho penal de los Estados miembros. La prioridad de esta acción se recordó en el Consejo europeo de Tampere, y se ha concretado en las recientes iniciativas del Consejo para establecer un marco común de ámbito europeo relativo a la lucha contra la inmigración clandestina. Nuestro ordenamiento jurídico ya recogía medidas para combatir este tipo de delincuencia, realizando la

CP al margen no sólo de los instrumentos internacionales de Naciones Unidas vinculantes para España, sino también de la normativa comunitaria sobre la materia entonces en vigor (DM 2002/629/JAI del Consejo) e introdujo en el mismo conductas de trata con fines de explotación sexual y modificaciones en la pena¹⁹⁴. La consecuencia de dicha reforma solventaba el problema *a priori* que existía entre este precepto y el 188.2, al incluirse los supuestos de trata con fines de explotación sexual en el ámbito de los delitos contra los derechos de los extranjeros, haciéndolos desaparecer del capítulo dedicado a los delitos contra la prostitución¹⁹⁵.

Sin embargo, el legislador acabó entremezclando en este mismo precepto las conductas de la trata y el tráfico de inmigrantes provocando una situación que se ha mantenido inalterable hasta la reforma del 2010¹⁹⁶. Esa ausencia de tipificación específica que existía en las conductas de trata antes de diciembre de 2010, hacía que el legislador penal tan solo contara para combatir los supuestos de trata, con aquellas normas o preceptos en los que la conducta criminal aparecía unida a un delito contra los derechos de los ciu-

presente reforma una tarea de consolidación y perfeccionamiento de las mismas. El nuevo texto contiene un importante aumento de la penalidad al respecto, estableciendo que el tráfico de personas (con independencia de que sean o no trabajadores) será castigado con prisión de cuatro a ocho años. Con ello, los umbrales de penas resultantes satisfacen plenamente los objetivos de armonización que se contienen en la Decisión marco del Consejo de la Unión Europea destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregular. En aras a una efectiva protección de las personas mediante la prevención de este tipo de conductas, se agravan las penas cuando el tráfico ilegal, entre otros supuestos, pongan en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, o la víctima sea menor de edad o incapaz.

- 194 *Vid.*, LLORIA GARCÍA, P., «Incidencia de la...», *cit.*, p.166. En este sentido el art. 318 bis reformado establecía en su apartado 2 *que si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas, los autores serán castigados con la pena de cinco a 10 años.*
- 195 *Vid.*, LLORIA GARCÍA, P., «Incidencia de la...», *cit.*, pp.167-168.
- 196 FERNÁNDEZ OLALLA, P., «Una aproximación práctica a la lucha contra la trata de seres humanos en España», en GARCÍA VÁZQUEZ, S. y VVAA, *La Trata de seres humanos*, ed. Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2012, pp. 110 y ss.

dadanos extranjeros, configurado como un delito de favorecimiento a la inmigración ilegal, tipificado antes y ahora en el artículo 318 bis del Código penal.

Al margen de estos dos preceptos, se encontraba el artículo 313 CP, encargado de castigar conductas semejantes a las que regulaba el 318 bis¹⁹⁷. Este precepto sancionaba la promoción o el favorecimiento de la inmigración clandestina a España de personas con la finalidad de que desempeñaran un trabajo. La base para diferenciar entre un tipo y otro se encontraba en la expresión «trabajadores» que recogía el artículo 313 y por las que se sancionaba aquellas entradas cuya finalidad era la imposición de una actividad laboral en extranjeros ilegales, mientras que el 318 bis 1 acogía cualquier clase de colaboración en la inmigración clandestina o tráfico ilegal de personas, independientemente de cuál fuera la finalidad del traslado¹⁹⁸.

En atención a lo expuesto, LLORIA GARCÍA criticaba que el legislador nacional dejara pasar una oportunidad al reformar el artículo 318 bis en el que daba entrada a una forma específica de traslado ilegal cuya finalidad era la explotación sexual y no incluyera del mismo modo el que se realizaba con objeto de traer trabajadores ilegales al país. Al respecto, el Tribunal Supremo entendía que existía un concurso de normas que debía resolverse a favor de la aplicación especial del artículo 313 siendo el género el artículo 318 bis¹⁹⁹.

197 Art. 313:

1. *El que promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores en España, será castigado con la pena prevista en el artículo anterior.*
2. *Con la misma pena será castigado el que, simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante, determinare o favoreciere la emigración de alguna persona a otro país».*

198 LLORIA GARCÍA, P., «La regulación penal del tráfico de personas», en SERRA CRISTÓBAL, R. / LLORIA GARCÍA, P., *La trata sexual de mujeres*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 2007, p.173.

199 Al respecto la STS 994/2005 de 30 de mayo, ECLI:ES:TS:2005:3465; 1/2005 de 8 de junio, ECLI:ES:TS:2005:3672 y 1465/2005 de 22 de noviembre, ECLI:ES:TS:2005:7378. LLORIA GARCÍA entendía que el artículo 318 bis quedaba reservado para los supuestos en los que «el tráfico de extranjeros se llevase a cabo con afección a la dignidad, independientemente de la condición o no de trabajadores de los sujetos víctimas del mismo, dejando el artículo 313 a casos de ayuda

Esta difícil situación que se planteaba en el entorno europeo, unido al informe de 6 de diciembre de 2006 de Comisión Europea en el que lamentaba que España no estableciera una diferenciación entre la trata de seres humanos y el tráfico ilícito de emigrantes²⁰⁰ y sobre todo, la ratificación por España del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos el 2 de abril de 2009, fueron las causas que inspiraron la reforma del Código Penal que tipificó por primera vez el delito de trata de seres humanos en el artículo 177 bis. Se trataba de un título compuesto por un único artículo, en que el legislador de 2010 incriminaba el delito de trata de seres humanos como un delito autónomo y lo diferenciaba del tráfico ilegal de inmigrantes.

2. REFORMAS A PARTIR DE LA LO 5/2010 DE 22 DE JUNIO

Al hilo de lo expuesto anteriormente, dejaba patente que la regulación española precedente a la reforma de 2010 era anticuada, por regular conjuntamente dos realidades criminológicas diferentes con graves imprecisiones técnicas y sobredimensiones punitivas que se hallaban claramente diferenciadas. Esta normativa ponía de manifiesto su apego a la idea de vincular la trata con inmigración clandestina, producto de una política europea fundamentada en el apartheid de la misma. La anterior regulación desoía la tendencia a deslindar el

a la entrada o permanencia sin afectación a la dignidad y con ánimo de explotación laboral. *Vid.*, LLORIA GARCÍA, P., «Regulación penal del...», *cit.*, p.175.

- 200 El referido informe de la COM (2006) estableció en su número 770 final que, «(...) las dos decisiones marco destinadas a combatir estas formas de delincuencia se basan en definiciones diferentes, lo que parece excluir la posibilidad de que las mismas disposiciones de Derecho penal puedan aplicarse a estas dos formas de delincuencia. Por lo tanto, surgen dudas en cuanto a la posibilidad de aplicar adecuadamente las disposiciones de la citada Decisión marco del Consejo sin establecer distinción alguna entre la trata de seres humanos y el tráfico ilícito de emigrantes». En este sentido, el Tribunal de Justicia de la UE condenó el 14 de mayo de 2009 a España por no haber traspuesto de forma acertada los mandatos de la Directiva 2008/81/CE del Consejo de UE sobre la expedición de un permiso de residencia a los nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos.

control de fronteras y los límites jurídicos a la residencia legal de los extranjeros, de una realidad mucho más sangrante que consistía en el traslado de personas al primer mundo y su trato indigno, para una vez en destino ser explotadas²⁰¹.

La consecuencia de esta regulación conjunta provocaba problemas de interpretación a la hora de distinguir ciertas conductas, entre ellas la prostitución forzada y la trata, generando problemas concursales a la vez que obligaba a reducir el castigo para los sujetos pasivos extranjeros, obviando la protección de los nacionales y generando dudas en torno a la identificación del bien jurídico provocado por la confusión entre las situaciones de trata y las de tráfico de inmigrantes²⁰².

Así pues, con la introducción del artículo 177 bis CP y la supresión del número 2 del artículo 318 bis y del número 1 del 311, el legislador atendía a las críticas vertidas por la doctrina en cuanto a la tipificación del artículo 318 bis que confundía supuestos de tráfico ilegal de inmigrantes con los de trata de personas²⁰³.

La derogación del apartado segundo era por tanto consecuencia directa de la aplicación de este nuevo delito contra la trata de seres humanos.

Sin embargo, mantenía como subtipo agravado en su actual párrafo segundo los medios comisivos que conformaban la trata y que por su propia naturaleza, eran del todo incompatibles con el contrabando de personas y el favorecimiento de la inmigración clandestina²⁰⁴.

201 *Vid.*, VILLACAMPA ESTIARTE, C., «De la trata...», *cit.*, 2016, p. 271.

202 LLORIA GARCÍA, P., «Trata de seres humanos», en BOIX REIG, J. (Dir.) y VVAA, *Derecho Penal Parte Especial, vol. I, La protección penal de los intereses jurídicos personales (Adaptado a la reforma de 2010 del Código Penal)*, ed. Iustel, Madrid, 2012, p. 294.

203 *Vid.*, LLORIA GARCÍA, P., «Trata de seres...», *cit.*, 2012, pp. 294- 295.

204 Art. 318 bis de la LO 5/2010 párrafo 2:

«...2. *Los que realicen las conductas descritas en el apartado anterior con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, o poniendo en peligro la*

Otro factor importante a tener en cuenta en esta reforma fue la extensión del círculo de víctimas del tráfico a los españoles y comunitarios, sustituyendo la rúbrica de «extranjeros» por la de «seres humanos». Anteriormente se consideraba, por su ubicación, que solamente tenían cabida los extracomunitarios como objetos de la modalidad de inmigración ilegal, por lo que solo ellos gozaban de la situación de vulnerabilidad para obtener una protección específica. Tras esta reforma dicho precepto es aplicable sin distinción de nacionalidad, independientemente de la vulneración de las leyes migratorias²⁰⁵.

Asimismo, la modificación del apartado cuarto tuvo su fundamento en la aplicación del nuevo régimen penal de la responsabilidad de las personas jurídicas²⁰⁶.

vida, la salud o la integridad de las personas, serán castigados con las penas superiores en grado a las previstas en el apartado anterior». Vid., Circular 5/2011 sobre criterios..., cit.

205 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 CP» en QUINTERO OLIVARES G. (Dir.) y VVAA, *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 160. En este sentido, la Memoria del Fiscal de Sala de Extranjería del año 2010, establecía que, *el mayor número de víctimas de prostitución coactiva y trata de seres humanos con fines de explotación sexual afecta a las ciudadanas brasileñas (24,21 %), rumanas (17,83 %), colombianas (7,84 %), paraguayas (6,84 %), nigerianas (6,22 %) y rusas (5,91 %), lo que determina que el mayor número de mujeres esclavizadas en España provienen de Brasil y de Rumanía. En cuanto a las ciudadanas comunitarias, la persecución se limita a los eventuales delitos conexos tales como la prostitución coactiva, la explotación laboral, lesiones, detención ilegal, o delito de falsedad. Datos del año 2009, facilitados por el Centro de Inteligencia contra el Crimen Organizado Estos datos se encuentran disponibles en <https://es.slideshare.net/integraLocal/memoria-fiscal-2010-fiscal-de-sala-coordinador-de-extranjera>, fecha última consulta 9 de noviembre de 2020.*

206 Art. 318 bis párrafo 4 de la LO 5/2010:

«.4. *Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados 1 a 3 de este artículo, en sus respectivos casos, e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.*

Igualmente se derogó el párrafo 1 del artículo 313, de tal forma que se acababa con el problema de la existencia de dos entidades criminológicas iguales, en función de si el sujeto pasivo era trabajador o no.

Sin embargo, el legislador continuó sin plasmar el concepto de tráfico ilegal, tal y como estaba definido en el artículo 3 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire y mantuvo un tratamiento jurídico penal unificado con el delito de favorecimiento de la inmigración clandestina que era de naturaleza estrictamente formal. Ello provocó que continuase priorizando la protección de los intereses estatales de controlar los flujos migratorios y la seguridad de sus fronteras en lugar de potenciar la protección de los derechos de los ciudadanos extranjeros²⁰⁷.

En definitiva, se puede constatar que, en estos años se ha producido un cambio sustancial en pos de la protección de los derechos humanos de los desplazados, en que la atención se focaliza no en el traslado en sí, sino en la finalidad y las condiciones del mismo. El cambio se ha reflejado en la diferenciación de las dos realidades anteriormente mencionadas, tal y como se plasma en los instrumentos internacionales y regionales emitidos sobre la materia, de manera que España no podía mantenerse por más tiempo al margen de los dictados de la normativa internacional²⁰⁸.

Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Título, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quintuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada.

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». Vid., CUGAT MAURI, M., «La trata de seres...», cit., p. 160.

207 *Vid., Circular 5/2011 sobre criterios..., cit.*

208 En este sentido VILLACAMPA ESTIARTE, RODRÍGUEZ MESA, DE LEÓN VILLALBA, PÉREZ CEPEDA, GARCÍA ARÁN, GUARDIOLA LAGO, DAUNIS RODRÍGUEZ, Y PEREZ ALONSO defendían la postura de regular separadamente los dos fenómenos, sugiriendo el traslado de los supues-

3. EL ARTÍCULO 318 BIS A LA LUZ DE LA REFORMA OPERADA POR LA LO 1/2015 DE 30 DE MARZO

Así pues, hasta la LO 1/2015, el artículo 318 bis sancionaba los actos de favorecimiento o promoción de «tráfico ilegal o inmigración clandestina», desde, en tránsito o con destino a España o a países de la UE.

Tras la reforma de este precepto en el actual texto punitivo, el comportamiento típico consiste en favorecer intencionadamente a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la UE a «*entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros*»²⁰⁹.

En esta modificación, el tipo penal sustituye el concepto de inmigración clandestina por el de entrada o tránsito, además de la permanencia o estancia a que se refiere el nuevo 318 bis 2. En este sentido el legislador modifica de forma positiva este apartado 2 del precepto, acabando con el problema de interpretación que planteaba el anterior texto punitivo, desapareciendo en el actual la conducta de aquel que emplee violencia, intimidación o engaño sobre extranjeros extracomunitarios en las conductas tipificadas como tráfico ilegal o inmigración clandestina en el que provocaba la desaparición del consentimiento de las víctimas o si este existía que estuviera viciado²¹⁰. Este consenti-

tos de trata a los delitos contra los bienes jurídicos individuales, ya fueran entre los delitos contra la integridad moral, ya tras ellos. *Vid.*, VILLACAMPA ESTIARTE, C., «De la trata...», *cit.*, 2016, pp. 271- 272.

209 *Trata de seres humanos: Art. 177 bis del Código Penal. Observatorio de la justicia y de los abogados, área procesal, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, disponible en <https://blogextranjeriaprogestion.org/2016/11/15/estudio-penal-trata-seres-h...>, fecha última consulta el 9 de noviembre de 2020.

210 Art. 318 bis de la LO 1/2015:

«1. *El que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros, será castigado con pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año.*

miento era más característico de la trata del artículo 177 bis. Tal circunstancia provocaba que en el anterior texto punitivo, dicho comportamiento pudiera ser penado más gravemente penado por los subtipos agravados del artículo 318 bis que por el tipo básico del 177 bis.

Los hechos no serán punibles cuando el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate.

Si los hechos se hubieran cometido con ánimo de lucro se impondrá la pena en su mitad superior.

2. *El que intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a permanecer en España, vulnerando la legislación sobre la estancia de extranjeros será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año.*
3. *Los hechos a que se refiere el apartado 1 de este artículo serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:*
 - a) *Cuando los hechos se hubieran cometido en el seno de una organización que se dedicare a la realización de tales actividades. Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado.*
 - b) *Cuando se hubiera puesto en peligro la vida de las personas objeto de la infracción, o se hubiera creado el peligro de causación de lesiones graves.*
4. *En las mismas penas del párrafo anterior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, incurrirán los que realicen los hechos prevaleciendo de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.*
5. *Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Título, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quintuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada.*

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.
6. *Los tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada».*

A tenor de lo mencionado, la jurisprudencia establecería que la acusación que impute el artículo 318 bis CP habrá de identificar no solamente la conducta, sino la concreta infracción administrativa y la razón de porqué esta adquiere relevancia penal, ello debido a que atendiendo al nuevo bien jurídico podía suponer una total asimilación de la respuesta penal con la administrativa.

En este sentido la STS 646/2015 de 20 de octubre, efectuaba un estudio de la doctrina jurisprudencial referida a la redacción del mencionado precepto 318 bis²¹¹ del Código Penal. Este Tribunal concretó que la doctrina jurisprudencial incidía en la necesidad de que *«no basta con acreditar cualquier infracción de la normativa administrativa sobre la materia, sino que la referencia a la ilegalidad del tráfico o a la clandestinidad suponen el empleo por parte del autor de alguna clase de artificio orientado a burlar los controles legales establecidos en el ámbito de la inmigración, o con carácter general del tránsito de personas de unos países a otros o bien que ha de tratarse de una acción que, desde una observación objetiva y en relación a su propia configuración, aparezca dotada de una mínima posibilidad de afectar negativamente al bien jurídico. Desde la perspectiva relacionada con el bien jurídico, aun cuando se entienda, como hace un sector doctrinal, que el delito trata de proteger el control sobre los flujos migratorios, su ubicación sistemática en un nuevo Título XV bis bajo la rúbrica de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, impide prescindir de una suficiente consideración a este bien jurídico, por lo que será preciso que las circunstancias que rodean la conducta permitan apreciar la existencia de alguna clase de riesgo relevante para ese bien protegido como consecuencia del acto de favorecimiento del tráfico ilegal o de la inmigración clandestinidad (...) En consecuencia, la conducta típica del artículo 318 bis no se corresponde mecánicamente con el mero incumplimiento de la normativa administrativa en materia de extranjería»*.

El precepto exigía una afectación negativa relevante, actual o seriamente probable, de los derechos del ciudadano extranjero. Afirmaban que *«no es posible elevar a la categoría de delito y además severamente castigado, conductas que en la legislación de extranjería vienen configurados como una mera infracción administrativa de manera que, el interés del Estado en el control de flujos migratorios, ya protegido mediante la acción administrativa, solo encuentra protección penal si los derechos de los ciudadanos extranjeros se ven seria y negativamente afectados por*

211 *Vid., Trata de seres..., cit.*

la conducta, sea de modo actual y efectivo o al menos ante un riesgo de concreción altamente probable».

En aplicación de la referida sentencia, y tras la última reforma operada en nuestra legislación penal, se concluye que no toda infracción legal, determinante de sanción administrativa, tiene necesariamente que considerarse delictiva, por lo que la aplicación de la doctrina jurisprudencial mencionada debe tomarse con cautela.

Sin embargo, pese a que actualmente se sanciona de forma separada el delito de trata de seres humanos y los delitos de inmigración ilegal, el legislador español ha seguido manteniendo la misma penalidad extraordinariamente agravada y en muchos casos desproporcionada para los supuestos de delitos de inmigración ilegal²¹².

En conclusión, y aunque en muchas de las situaciones denunciadas mantengan cierta relación o una conducta delictiva sea la causa de incurrir en la otra, la trata de seres humanos y el tráfico ilegal o inmigración clandestina son fenómenos que mantiene características completamente diferentes.

4. DIFERENCIAS ENTRE EL DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS Y EL DELITO DE TRÁFICO ILEGAL O INMIGRACIÓN CLANDESTINA

Las diferencias entre ambas figuras afectan a los diferentes aspectos de los delitos. A continuación se detallan de forma esquemática las mismas:

- 1) En relación con el bien jurídico se puede afirmar que en el artículo 318 bis CP se protege un bien jurídico –penal colectivo o supraindividual, considerándose como tal la protección de los flujos migratorios por parte de cada Estado en el contexto de la política comunitaria común²¹³.

212 *Vid., Trata de seres..., cit.*

213 Esta protección de los flujos migratorios se encontraba recogido en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010. MAYORDOMO RODRIGO, V., «Nueva regula-

En cambio, el artículo 177 bis se caracteriza por recoger un delito que tutela la dignidad y libertad de todo ser humano en el contexto de las desigualdades sociales, fundamentalmente, transnacionales²¹⁴.

- 2) Por lo que se refiere a los sujetos pasivos, mientras que el artículo 318 bis engloba siempre a sujetos pasivos extracomunitarios, es decir, que no pertenecen a la UE, el artículo 177 bis comprende en su protección, tanto a sujetos pasivos nacionales, como a los extranjeros, incluyendo dentro de estos tanto a los comunitarios como a los extracomunitarios.
- 3) Hay que tener en cuenta que, la trata de seres humanos está presidida por la idea de «universalidad», siempre que se toque territorio nacional, mientras que el artículo 318 bis está presidido por la «comunitariedad», tal y como establece el precepto cuando se refiere a que el tráfico ilegal o la inmigración clandestina ha de ser con destino a España o a otro país de la Unión Europea. Es decir, el artículo 318 bis está dotado de carácter trasnacional, en cambio la trata puede no serlo, ya que ésta puede tener lugar independientemente de si las víctimas son trasladadas a otro Estado o sólo desplazadas de un lugar a otro dentro del mismo Estado, es decir, el país de origen, de tránsito y de destino pueden ser coincidentes con el de la propia nacionalidad de la víctima, independientemente de cuál sea la finalidad que las lleve a tal explotación²¹⁵.
- 4) La finalidad con la que se produce el traslado es diferente para distinguir una conducta de otra. La trata de seres humanos exige para su punición la constatación de que se persiga cualquiera de las finalidades de explotación que se recogen en el mismo, mientras que, en el artículo 318 bis

ción de la trata, tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas», en *Estudios penales y criminológicos*, Nº 31, 2011, p. 338.

214 En este sentido LLORIA GARCÍA defiende esta categorización en ambos fenómenos. *Vid.*, LLORIA GARCÍA, P., «Trata de seres...», *cit.*, 2016, pp. 333-334.

215 *Vid.*, CASADO CABALLERO, V., «La trata de mujeres de mujeres con fines de explotación sexual: la globalización de la violencia de género» en *Investigación y género, logros y retos: III Congreso Universitario Nacional «investigación y género»*, Isabel Vázquez Bermúdez (Coord.), 2011, p.262.

el traslado no se realiza con fines de explotación, sino que tiene como objetivo ayudar a la persona/s en cuestión a entrar en el país de manera ilícita. Una vez dentro se rompe la relación entre el autor y la víctima²¹⁶.

- 5) Por último, el consentimiento es el elemento definidor del límite entre una y otra conducta. En el caso del tráfico ilegal de personas, el ciudadano se traslada de manera voluntaria y consiente, mientras que en el caso de la trata, las víctimas se trasladan sin haber consentido, bien porque su consentimiento nunca se prestó, bien porque ese consentimiento dado no se considera válido al haberse obtenido de forma viciada.

En definitiva, mientras que en el tráfico ilegal (el *smuggling*) existe un acuerdo concertado y a la vez desmesurado, entre el traficante y el emigrante para que el primero le ayude a cruzar ilegalmente la frontera de un Estado, en la trata (el *trafficking*) existe fuerza, coacción y/o engaño utilizados en el traslado de la víctima de un lugar a otro, durante o en algún momento del proceso. Este factor adicional es usado con el propósito de explotar a la persona²¹⁷.

En ocasiones, incluso dependiendo de las circunstancias, muchas de estas agraviadas de la inmigración clandestina pueden acabar convirtiéndose en víctimas de la trata. Es el caso del mercado del sexo alimentado mayormente por la inmigración clandestina. Según refiere SERRA el 92% de las prostitutas en España son extranjeras²¹⁸.

216 LLORIA GARCÍA, P., «El delito de trata de seres humanos y la necesidad de creación de una ley integral», en *Estudios penales y criminológicos*, Nº 39, 2019, p. 360.

217 *Vid.*, SERRA CRISTOBAL, R., «La trata de mujeres...», *cit.*, p. 275.

218 Dentro de este porcentaje, según refiere esta autora, se incluye aquellas mujeres que ejercen la prostitución de forma voluntaria, por lo que significa que no toda la prostitución es trata. *Vid.*, SERRA CRISTOBAL, R., «La trata de mujeres...», *cit.*, p. 275.

SEGUNDA LECTURA

Villacampa Estiarte, C. (2019). La trata de seres humanos: concepto y caracterización. En Pérez Alonso, E. y Pomares Cintas, E. (Coords.). La trata de seres humanos en el contexto penal iberoamericano. Valencia, España. Tirant lo blanch, pp. 21-62.

Se aborda el concepto normativo internacional de trata, concibiéndola como una especie de moderna esclavitud, asimismo se hace referencia a las causas que la originan, sus diversas manifestaciones, entre otros puntos relevantes.

MONOGRAFÍAS

ALTA CALIDAD EN
INVESTIGACIÓN
JURÍDICA



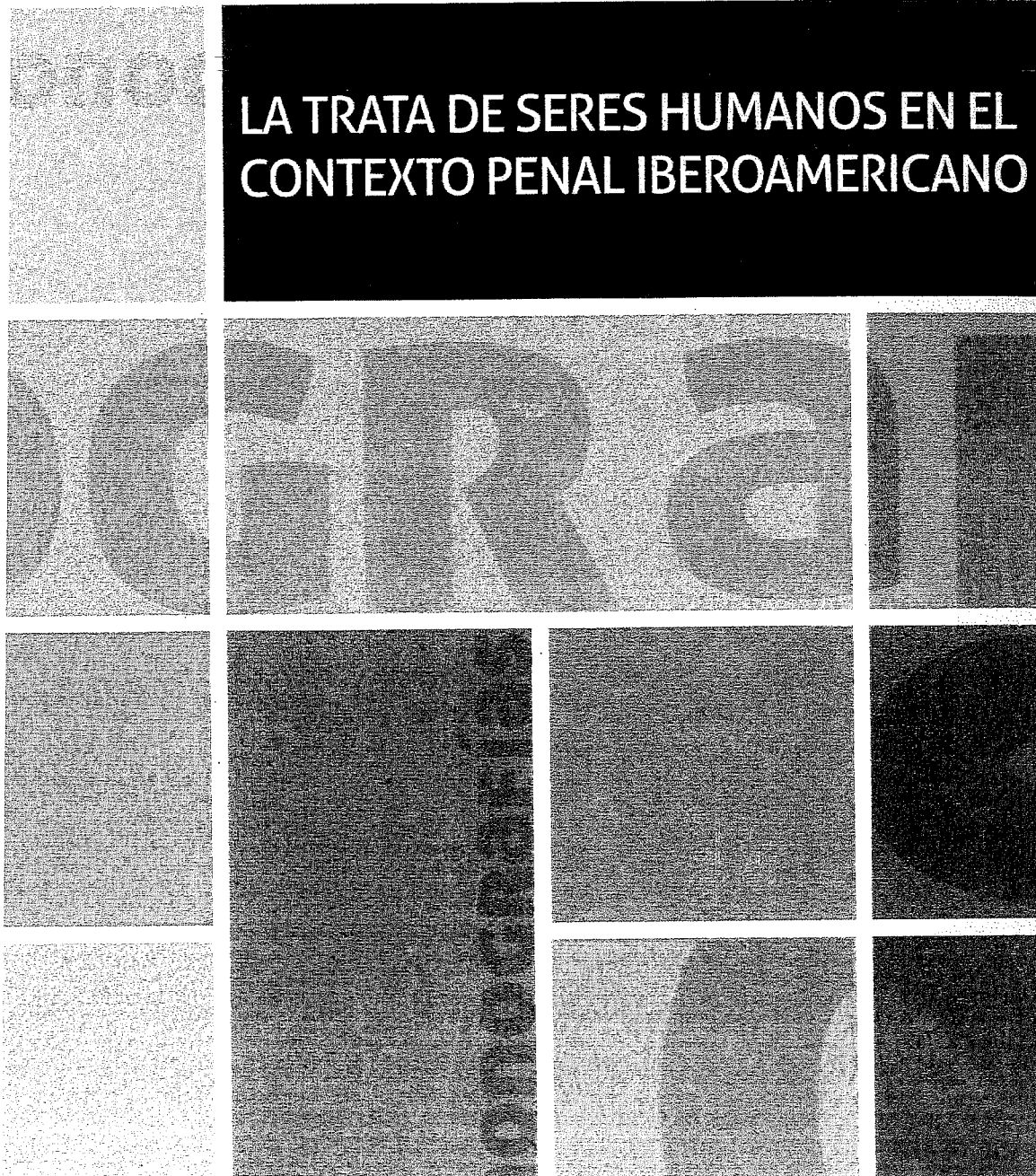
tirant
lo blanch

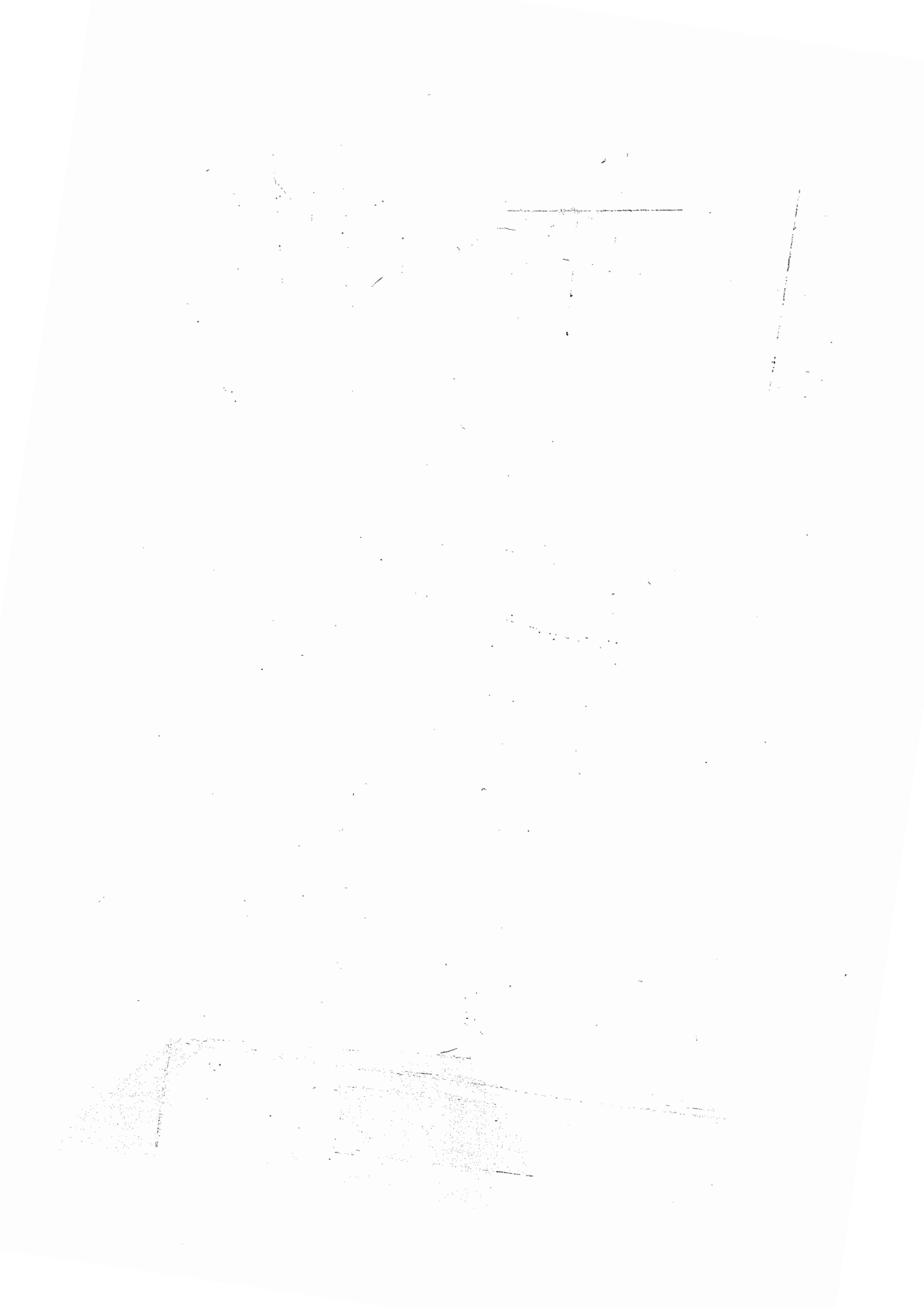
+ebook
GRATIS

ESTEBAN PÉREZ ALONSO Y ESTHER POMARES CINTAS
Coordinadores

FRANCISCO JAVIER ÁLVAREZ GARCÍA	GILBERTO MARTÍÑON CANO
URMILA BHOOLA	MARCO ANTONIO MEDINA RAMÍREZ
PAULO CÉSAR CORREA BORGES	RAÚL PARIONA ARANA
WALDIMEIRY CORREA DA SILVA	ESTEBAN PÉREZ ALONSO
LUIS LAFONT NICUESA	ESTHER POMARES CINTAS
ROSARIO LÓPEZ WONG	PERCY VELÁSQUEZ DELGADO
LAURANA MALACALZA	FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUE
CARLINA VILLACAMPA ESTIARTE	

LA TRATA DE SERES HUMANOS EN EL CONTEXTO PENAL IBEROAMERICANO





LA TRATA DE SERES HUMANOS EN EL CONTEXTO PENAL IBEROAMERICANO

Esteban Pérez Alonso
Esther Pomares Cintas
Coordinadores

Francisco Javier Álvarez García Gilberto Martiñon Cano
Urmila Bhoola Marco Antonio Medina Ramírez
Paulo César Correa Borges Raúl Pariona Arana
Waldimeiry Correa Da Silva Esteban Pérez Alonso
Luis Lafont Nicuesa Esther Pomares Cintas
Rosario López Wong Percy Velásquez Delgado
Laurana Malacalza Fernando Velásquez Velasquez
Carlina Villacampa Estiarte
Autores



RED IBEROAMERICANA DE INVESTIGACIÓN
SOBRE FORMAS CONTEMPORÁNEAS
DE ESCLAVITUD Y DERECHOS HUMANOS



tirant lo blanch
Valencia, 2019

Copyright © 2019

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 los autores y de los editores.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

© Esteban Pérez Alonso
Esther Pomares Cintas
Francisco Javier Álvarez García
Urmila Bhoola
Paulo César Correa Borges
Waldimeiry Correa Da Silva
Luis Lafont Nicuesa
Rosario López Wong
Laurana Malacalza
Gilberto Martiñon Cano
Marco Antonio Medina Ramírez
Raúl Pariona Arana
Percy Velásquez Delgado
Fernando Velásquez Velasquez
Carolina Villacampa Estiarte

© 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-747-2019
ISBN: 978-84-9190-877-7
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
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>

LA TRATA DE SERES HUMANOS: CONCEPTO Y CARACTERIZACIÓN

CAROLINA VILLACAMPA ESTIARTE

*Catedrática de Derecho penal
Universitat de Lleida*

SUMARIO: I. CONCEPTO NORMATIVO-INTERNACIONAL DE TRATA; II. TRATA DE PERSONAS *VERSUS* CONTRABANDO DE MIGRANTES O MIGRACIÓN ILEGAL; III. LA TRATA DE SERES HUMANOS COMO MODERNA ESCLAVITUD; IV. LAS CAUSAS DE LA TRATA DE SERES HUMANOS; V. EL PROCESO EN QUE LA TRATA CONSISTE; VI. LAS DISTINTAS MANIFESTACIONES DE LA TRATA DE SERES HUMANOS; VII. LA TRATA DE SERES HUMANOS: UN FENÓMENO DIFÍCILMENTE CUANTIFICABLE.

I. CONCEPTO NORMATIVO-INTERNACIONAL DE TRATA

La trata de seres humanos constituye una realidad compleja de describir, fundamentalmente por su carácter multifactorial. En función de la disciplina científica desde la que este complejo fenómeno se aborde en su conceptualización se destacarán los aspectos más sugerentes atendiendo al prisma desde el que sea observado. Sin embargo, puesto que el ángulo de aproximación a la trata lo constituye en este trabajo el Derecho penal, resulta razonable partir del concepto de trata de personas en el que invariablemente se basa la comunidad jurídica cuando aborda esta materia. Dicho concepto no es otro que el contenido en el art. 3 del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños, que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional del año 2000 —también conocido como Protocolo de Palermo—. La aprobación de dicho instrumento normativo constituyó un hito en la lucha contra la trata de personas a nivel internacional, pues constituye el primer documento emitido por Naciones Unidas en que el concepto de trata deja de ser identificado únicamente con la trata de blancas, como hasta el momento había sucedido, incorporándose al mismo una serie de conductas realizadas con determinados medios y con invariable finalidad de explotar a la víctima con independencia de su nacionalidad.

La doctrina considera, pues, mayoritariamente que el concepto normativo-internacional de trata deriva de lo dispuesto en el art. 3 del Protocolo¹. Según éste:

a) 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. Esta 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 órgano;

b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado;

c) La captación, el transporte, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considera ‘trata de personas’ incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo;

d) por ‘niño’ se entenderá toda persona menor de 18 años”.

No han sido introducidas modificaciones de gran calado en relación con la definición contenida en este Protocolo anejo a la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional en ninguno de los documentos

¹ En este sentido, RIJKEN, *Trafficking in Persons. Prosecution from a European perspective*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2003, pp. 55 y ss.; ZHANG, *Smuggling and trafficking in human beings. All roads led to America*, Praeger, Westport/Connecticut/London, 2007, p. 2 y ss.; ARONOWITZ, *Human Trafficking, Human Misery. The global trade in human beings*, Praeger, Westport/Connecticut, London, 2009, p. 106; SCARPA, *Trafficking in Human Beings. Modern Slavery*, Oxford University Press, New York, 2008, pp. 5 y ss.; NACIONES UNIDAS. OFICINA CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, *Manual para la lucha contra la trata de personas*, Nueva York, 2007, archivo pdf. accesible en www.unodc.org, pp. xi y ss.; UNODC, “Module 1: Definitions of trafficking in persons and smuggling of migrants”, en UNODC, *Anti-human trafficking manual for criminal justice practitioners*, United Nations, New York, 2009, archivo pdf. accesible en www.unodc.org (ult. Visita 20-03-2017), p. 2. En España, por todos, parten de dicho concepto, SERRA CRISTÓBAL, en SERRA CRISTÓBAL/LLORIA GARCÍA, *La trata sexual de mujeres. De la represión del delito a la tutela de la víctima*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2007, pp. 60 y ss.; PÉREZ ALONSO, *Tráfico de personas e inmigración clandestina (un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 171 y ss.; DAUNIS RODRÍGUEZ, *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*, Ed. Comares, Granada, 2009, pp. 43 y ss; MARTINEZ AMBITE, “Capítulo 1. La trata de mujeres aproximación a un fenómeno esclavista”, en RED ACOGE, *Esclavas en tierra de nadie. Acercándonos a las víctimas de la trata de mujeres*, Madrid, 2005, p. 13.

posteriormente emitidos a nivel europeo, ya en el seno del Consejo de Europa, ya en el seno de la Unión, que vinculan al Estado Español.

En tal sentido, no se observan sustanciales diferencias entre la definición de la trata contenida en el Protocolo de Palermo y la contenida en el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, firmado en Varsovia el 16 de mayo de 2005 —Convenio de Varsovia— que define la trata de seres humanos en el art. 4. Ciertamente, el concepto de trata que da el Convenio debe incriminarse por los Estados firmantes con independencia de su carácter transnacional o integrado en un supuesto de criminalidad organizada², a diferencia de lo que sucede en el Protocolo de Palermo. Más allá de ello, de referirse a la “contratación” en lugar de a la “captación”, y a la “acogida” en lugar de a la “recepción”, no existen más diferencias remarcables entre éste y el texto antecedente³.

Tampoco la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo 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 y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, que constituye el último documento normativo supranacional adoptado en Europa que conceptúa la trata de seres humanos, introduce modificaciones sustanciales en el concepto de trata incluido en el art. 2 de la norma. Ciertamente, nos hallamos nuevamente aquí ante un concepto de trata que deja de circunscribirse a la que tiene carácter transnacional y referida exclu-

² En concreto establece el art. 4 literalmente que “Para los fines de este convenio: a) La expresión ‘trata de seres humanos’ designa la contratación, el transporte, el traslado, el alojamiento o la acogida de personas mediante amenazas de recurrir a la fuerza, recurso a la fuerza o cualquier otra forma de coerción, mediante raptos, fraude, engaño, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad o mediante la oferta o aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra con fines de explotación. La explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena o bien otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos; b) el consentimiento de una víctima de la ‘trata de seres humanos’ ante una posible explotación, tal y como se define en el párrafo (a) del presente artículo se considerará irrelevante cuando se utilice uno cualquiera de los medios enunciados en el párrafo (a); c) la contratación, el transporte, el traslado, el alojamiento o la acogida de un niño con fines de explotación tendrán la consideración de ‘trata de seres humanos’, aunque no impliquen el empleo de ninguno de los medios enunciados en el párrafo a) del presente artículo; d) el término ‘niño’ designa a toda persona de menos de dieciocho años de edad; e) el término ‘víctima’ designa a toda persona física sometida a la trata de seres humanos tal y como se define en este artículo”.

³ Pormenorizadamente acerca de las diferencias de la definición contenida en el art. 4 del Convenio del Consejo de Europa y la Decisión Marco Europea, así como de ésta última en relación con el Protocolo anejo a la Convención de Palermo, vid. PÉREZ ALONSO, Tráfico de personas e inmigración clandestina, op. cit., pp. 190 y ss.

sivamente a supuestos de criminalidad organizada, pero que al margen de dichas consideraciones resulta en gran parte coincidente con el contenido en el Protocolo de Palermo. Apenas cambian las modalidades de la conducta típica en relación con lo que dispone la referida norma internacional⁴, a no ser por la inclusión como modalidad típica específica en la Directiva de las conductas consistentes en el intercambio o transferencia de control sobre las personas, que implícitamente pueden considerarse incorporadas al concepto de trata del Protocolo de Palermo. Sin embargo, sí se incluye específicamente como modalidad de explotación en la Directiva no contemplada en el Protocolo la tendente a explotar las actividades criminales de la víctima, lo que se conoce como trata para explotación criminal, que solo recientemente ha alcanzado carta de naturaleza, así como la mendicidad, además de concretarse qué se entiende por situación de vulnerabilidad.

De ahí que pueda afirmarse que, pese a la aparición de ulteriores documentos internacionales que pretenden la armonización de las legislaciones estatales en lo que a la trata se refiere, la definición que de la misma contiene el Protocolo de Palermo, pese al paso del tiempo, continúa siendo perfectamente actual.

Como derivado de la referida definición se ha considerado que la trata se compone de tres esenciales elementos, cuales son, la acción, los medios y la finalidad de explotación, que deben concurrir cumulativamente para que pueda hablarse de trata. Los dos primeros elementos del concepto pertenecen, cuando el correspondiente delito de trata se tipifica conforme a lo dispuesto en el precepto, a la parte objetiva del tipo, o el *actus reus*, para los países del *common law*.

⁴ Dispone el art. 2 Directiva 2011/36/UE “1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que sean punibles las conductas siguientes cuando se cometan intencionadamente: La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, incluido el intercambio o la transferencia de control sobre estas personas, mediante la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona, con el fin de explotarla. 2. Existe una situación de vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa real o aceptable excepto someterse al abuso. 3. La explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena, u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, incluida la mendicidad, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre, la explotación para realizar actividades delictivas o la extracción de órganos. 4. El consentimiento de una víctima de la trata de seres humanos para su explotación, prevista o consumada, no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios contemplados en el apartado 1. 5. Cuando la conducta a que se hace referencia en el apartado 1 afecte a un niño, constituirá infracción punible de trata de seres humanos aun cuando no se haya recurrido a ninguno de los medios contemplados en el apartado 1. 6. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por ‘menor’ cualquier persona menor de dieciocho años”.

Mientras que la finalidad de explotación debe concurrir tan sólo en la mente del autor, sin ser necesario que llegue efectivamente a acontecer para que la conducta de la trata se perfeccione. Con ello, tenemos que este tercer elemento integra el tipo subjetivo, en tanto que elemento subjetivo del injusto, en los sistemas de Derecho penal continental, si bien formaría parte del *mens rea* en los supuestos en que la incriminación se produzca en sistemas de Derecho penal con tradición de *common law*⁵.

En lo que al primero de los elementos se refiere, la acción, la definición del Protocolo anejo a la Convención de Palermo, de modo semejante a la contenida en el resto de documentos regionales emitidos a nivel europeo, constituye un reflejo de la idea de la trata como proceso, puesto que se describe el periplo de la víctima desde su lugar de origen hasta su lugar de destino. Esto es, la acción describe la conducta desde que la víctima es captada, pasando por el transporte y el traslado, hasta la acogida o la recepción en su lugar de destino. Sin embargo, más allá de este componente geográfico de la trata⁶, que requiere un cambio de ubicación en el espacio físico de la víctima que no necesariamente debe ser transnacional y que además, en caso de serlo, no requiere del cruce ilegal de fronteras, los verbos que integran la conducta de trata antes transcritos se refieren también a este fenómeno en su acepción de traspaso de poder sobre una persona. En concreto, cuando el art. 1 del Protocolo de Palermo se refiere a “traslado”, e incluso a la “acogida”, unidos al hecho de que entre los medios comisivos de la trata se incluya la concesión o la recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, se puede considerar que se está aludiendo también a la trata en tanto que comercio de personas, en que el traslado físico del tratado, de producirse, no constituye necesariamente un elemento esencial de la conducta. Y ello no solamente con el objeto de considerar

⁵ Ubica los elementos como *actus reus* o como *mens rea* UNODC, “Module 1: Definitions of trafficking in persons and smuggling of migrants”, en UNODC, *Anti-human trafficking manual for criminal justice practitioners*, op. cit., p. 4. Ampliamente acerca del concepto de trata en la literatura Española, vid. por todos, PÉREZ CEPEDA, A., *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y Derecho penal*, Comares, Granada, 2004; PÉREZ ALONSO, E., *Tráfico de personas e inmigración clandestina*, op. cit., *passim*; DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito penal como herramienta de la política migratoria*, op. cit., *passim*; VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2011; POMARES CINTAS, E., *El Derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito de trata de seres humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

⁶ En dicho sentido, PÉREZ ALONSO, *Tráfico de personas e inmigración clandestina*, op. cit., p. 176.

incorporados en el concepto los supuestos de trata interna, que evidentemente caben en él, sino también aquellos otros en que el traslado geográfico ni siquiera resulta significativo.

En relación con el segundo de los elementos que integran el concepto de trata, el consistente en los medios comisivos, las definiciones antedichas, principalmente la contenida en el Protocolo de Palermo, se refieren tanto al empleo de medios coercitivos, cuanto al de medios fraudulentos, cuanto, finalmente, al de medios de carácter abusivo. Se incluyen en el concepto, pues, los supuestos de trata forzada, los de trata fraudulenta y los de trata abusiva⁷. Así, entre los medios que configuran la trata como trata forzada, se cuenta el empleo tanto de coacción, como de amenaza o fuerza, incluyéndose el rapto. Esto es, la integran el empleo de *vis física* y de *vis compulsiva*. En lo que a la trata fraudulenta se refiere, los medios que la integrarían serían el empleo de fraude y de engaño. Finalmente, en lo atinente a la trata abusiva, viene configurada por el empleo de las situaciones de abuso de poder o abuso de una situación de vulnerabilidad de la víctima, así como finalmente la concesión o la recepción de pagos o beneficios para conseguir el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra. Los referidos como último de los supuestos pueden darse en los casos en que el proceso de trata se origina, en que el pago o la dádiva constituyen el mecanismo para que el progenitor o el tutor de una persona, por ejemplo, la ceda en trata, como para los supuestos de sucesivos traslados de la posesión sobre la persona tratada. Así en los casos en que un tratante vende la víctima a otro o bien se la arrienda.

En los supuestos en que un niño sea la víctima de la trata, incluyéndose en tal concepto a los menores de dieciocho años, no se requiere el empleo de ninguno de dichos medios para que la conducta se considere integrante de trata. Basta, pues, con la realización de algunas de las acciones antes indicadas, a las que debe acompañar la concurrencia de una de las finalidades de explotación para colmar todos los requisitos del concepto en este caso. La razón de haber rebajado el umbral de exigencia para que respecto de los menores el límite mínimo de lo que normativamente debe considerarse como trata se vea rebajado tiene que ver con el hecho de que los menores se consideran víctimas especialmente vulnerables a los efectos de ser objetivo de este tipo de conductas, motivo por el que requieren de mayor protección.

En lo tocante al tercero de los elementos de la trata, la finalidad de explotación que debe concurrir en el proceso, el Protocolo de Palermo deja abierto el elenco de posibles finalidades de explotación de la trata, lo mismo que el Con-

⁷ Emplean dicha terminología, PÉREZ ALONSO, Tráfico de personas e inmigración clandestina, op. cit., pp. 178-179; VILLACAMPA ESTIARTE, El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional, op. cit., pp. 33 y ss.

venio de Varsovia o la Directiva 2011/36/UE. Dichas finalidades de explotación, que siempre tienen una traducción económica más o menos lucrativa, fueron establecidas teniendo en cuenta las distintas formas de trata. Si bien me referiré posteriormente a ellas con mayor detenimiento, baste ahora con indicar que las formas de explotación referidas reflejan los supuestos de trata para explotación sexual —mediante la expresión “la explotación de la prostitución ajena o de otras formas de explotación”— los supuestos de trata para la explotación laboral — que podrían considerarse fundamentalmente incorporadas en las referencias a los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud— y finalmente la trata con la finalidad de extracción de órganos. Junto a estas formas más tradicionalmente conocidas de trata, la Directiva 2011/36/UE se ha referido específicamente a la trata para explotación criminal. No es ahora el momento de analizar en profundidad tales conceptos; sin embargo, sí conviene aclarar que pese a que existen conceptos contenidos entre las posibles finalidades fácilmente desentrañables, por hallarse reflejados en convenios internacionales, otros no lo son tanto. Así sucede, por ejemplo con la referencia a la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, bastante más abiertas, pero que decidieron dejarse así frente a la ausencia de acuerdo en la Comisión *ad hoc* para la elaboración de una Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional acerca de si la prostitución libremente aceptada de los adultos debía considerarse integrada en esta forma de explotación o no. Frente a dicha falta de acuerdo, se concluyó que este aspecto debía dejarse indefinido, de forma que fuesen cada uno de los Estados parte quienes decidiesen lo que considerasen conveniente al adaptar su respectiva legislación a lo dispuesto en el Protocolo⁸.

Para finalizar, en lo que al consentimiento se refiere, se indica cómo el prestado por la víctima no se tendrá en cuenta toda vez que su prestación se haya obtenido empleando los medios propios de la trata, esto es, la coerción, el fraude o cualquiera otro de los medios que implican abuso de poder mencionados en cualquiera de los tres instrumentos. La razón de dicha negación no debe buscarse en que arbitrariamente quiera negarse validez al consentimiento libremente prestado por un adulto a ser objeto de cualquier actividad, sino al empleo de los referidos medios, que convierten en inválido al consentimiento⁹.

⁸ Al respecto, vid., SCARPA, *Trafficking in Human beings. Modern slavery*, op. cit., pp. 5-6.

⁹ En este sentido, UNODC, “Module 1: Definitions of trafficking in persons and smuggling of migrants”, en UNODC, *Anti-human Trafficking manual for criminal justice practitioners*, op. cit., p. 8.

II. TRATA DE PERSONAS *VERSUS* CONTRABANDO DE MIGRANTES O MIGRACIÓN ILEGAL

Partiendo de las características esenciales del concepto de trata de seres humanos (*trafficking in human beings*), puede deducirse que lo que es esencial al fenómeno es no tanto el traslado de las personas de un lugar a otro, con el eventual cruce de fronteras que ello pueda implicar, cuanto el empleo de determinados medios coercitivos, defraudatorios o abusivos, con la finalidad última de explotar económicamente a las personas. Esto es, en el concepto de trata de personas lo de menos es el traslado, y lo de más es la cosificación a que se reduce a los seres humanos. Por contraposición, el concepto contrabando de migrantes o migración ilegal (*smuggling of migrants*) hace referencia a una realidad distinta, aunque relacionada con la anterior, en que lo esencial es el cruce ilícito de una frontera. Ciertamente, ambas realidades se hallan íntimamente relacionadas, puesto que al cabo acostumbran a suponer la venida a los países de destino de personas que abandonan su lugar de origen habitualmente con la esperanza de prosperar económica y socialmente. Sin embargo, mientras en el caso de la trata de personas el trasladado es la víctima de un proceso cuyo destino final no decide, el contrabando de migrantes o migración ilegal supone el tránsito transfronterizo de las personas con incumplimiento de las normas de extranjería vigentes en el territorio a que se pretende acceder. En este segundo fenómeno el proceso no le viene impuesto al trasladado, quien mantiene el dominio del hecho sobre el traslado, cuanto menos el espiritual, puesto que el cambio de situación obedece a su voluntad, habiendo consentido en el proceso.

La distinción de ambas realidades en la comunidad jurídica, lo mismo que la determinación del concepto normativo de la trata de personas, parte de la diferenciación que entre ambos fenómenos establecieron sendos Protocolos adicionales a la Convención de Palermo. De un lado, el ya mencionado Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños, que se ocupa del fenómeno de la trata de personas. De otro, el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que también complementa la referida Convención. El mencionado protocolo define en su artículo 3 a) el “tráfico ilícito de migrantes” como la “facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material”, identificando la “entrada ilegal” con “el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor”.

La diferencia entre ambas realidades se tradujo en su momento a la normativa europea emitida tanto en materia de trata de personas cuanto de migraciones

ilegales. Por un lado, a la trata de personas, que antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa se integraba en el tercer pilar, se dedicó la Decisión Marco del Consejo de 19 de julio de 2002, relativa a la Lucha contra la Trata de Seres Humanos (2002/629/JAI), que posteriormente ha sido sustituida por la referida Directiva 2011/36/UE. En contraposición, a la migración ilegal, que con carácter previo a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa formaba parte del primer pilar, se dedicaron, de un lado, la Directiva 2002/90/CE, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la Ayuda a la Entrada, a la Circulación y a la Estancia de Irregulares¹⁰, y de otro la Decisión Marco del Consejo de 28 de noviembre de 2002, destinada a Reforzar el Marco Penal para la Represión de la Ayuda a la Entrada, a la Circulación y a la Estancia de Irregulares¹¹.

La separación, pues, de ambos fenómenos, cuanto menos a nivel normativo, ha sido clara al menos en la comunidad anglosajona desde la aprobación de los referidos protocolos complementarios a la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Internacional. Sin embargo, la claridad de dicha distinción, como se sabe, se vio ensombrecida en España, en que hasta la introducción del delito de trata de seres humanos mediante la reforma del Código penal operada por LO 5/2010, ambos fenómenos delictivos se incriminaban me-

¹⁰ En virtud del art. 1 de la referida disposición los Estados deben establecer sanciones adecuadas: a) contra cualquier persona que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a entrar en el territorio de un Estado miembro o a transitar a través de éste, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre la entrada o tránsito de extranjeros; b) contra cualquier persona que intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a permanecer en el territorio de un Estado miembro, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre estancia de extranjeros. En virtud del núm. 2 del precepto “los estados miembros podrán decidir, en aplicación de su legislación y de sus prácticas nacionales, no imponer sanciones a la conducta definida en la letra a) del apartado 1 en los casos en que el objetivo de esa conducta sea prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate”.

¹¹ Sobre el contenido de ambas normas pueden consultarse diversos estudios efectuados por la doctrina española. Vid, entre otros, DE LEÓN VILLALBA, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2003, pp. 131 y ss.; PÉREZ CEPEDA, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, op. cit., pp. 73 y ss.; VILLACAMPA ESTIARTE, “Normativa europea y regulación del tráfico de personas en el Código penal español”, en RODRÍGUEZ MESA/RUIZ RODRÍGUEZ (coords.), *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el Siglo XXI*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006; CUGAT MAURI, en GARCÍA ARÁN (Coord.), *Trata de personas y explotación sexual*, pp. 56 y ss.; GUARDIOLA LAGO, *El tráfico de personas en el Derecho penal Español*, Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 58 y ss.; PÉREZ ALONSO, “Regulación internacional y europea sobre el tráfico ilegal de personas”, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.)/PÉREZ ALONSO (coord.), *El derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 31 y ss.

diante el delito de tráfico de personas del art. 318 bis CP, creando una situación de confusión en la normativa interna de dos realidades bien diferenciadas en normativa internacional que había sido ya puesta de manifiesto por la doctrina especializada¹².

Pese a la situación legislativa que en su momento se produjo en España, en normativa internacional la diferenciación de ambos conceptos, la trata de personas por una parte, y las migraciones ilegales por otra, se halla claramente establecida tras la aprobación de los Protocolos complementarios a la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. En virtud de

¹² Vid., por todos, VILLACAMPA ESTIARTE, “Normativa europea y regulación del tráfico ilegal de personas”, op. cit., p. 103; PÉREZ ALONSO, Tráfico de personas e inmigración clandestina, op. cit., pp. 401 y ss, quien identifica abiertamente el tráfico con la trata de personas. Quizá sin hacer equivaler absolutamente el tráfico a la trata, pero requiriendo algún elemento añadido que lo singularice respecto de la inmigración clandestina, PÉREZ CEPEDA, Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal, op. cit., pp. 243 y ss.; GARCÍA ARÁN, en GARCÍA ARÁN (coord.), Trata de personas y explotación sexual, op. cit., pp. 217 y ss; SERRANO PIEDECASAS, “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en LAURENZO COPELLO (coord.), Inmigración y Derecho penal, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 388; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, “Ley de extranjería y Derecho penal”, en La Ley, 2001, p. 1738; RODRÍGUEZ MESA, Delitos contra los derechos de los trabajadores extranjeros, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 63 y ss.; TERRADILLOS BASOCO, “Tráfico ilegal de emigrantes”, en ZUÑIGA RODRÍGUEZ/MÉNDEZ RODRÍGUEZ/DIEGO DÍAZ-SANTOS, Tráfico ilegal de emigrantes, Ed. Colex, Madrid, 2001, p. 28; LAURENZO COPELLO, “Últimas reformas en el Derecho penal de extranjeros: un paso más en la política de exclusión”, en Jueces para la democracia, núm. 50, 2004, p. 33; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, “Protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en CARBONELL MATEU/DEL ROSAL BLASCO/MORILLAS CUEVA/ORTS BERENGUER/QUINTANAR DÍEZ (coords.), Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal, Dykinson, Madrid, 2005, p. 822; DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO/DURÁN SECO/OLAIZOLA NOGALES/JERICÓ OJER, “Extranjería y Derecho Penal: las últimas reformas”, en Revista jurídica de Castilla y León, n° 12, abril 2007, pp. 97-98; CANCIO MELIÁ/MARAVÉ GÓMEZ, “el Derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal”, en BACIGALUPO, S./CANCIO MELIÁ (coords.), Derecho penal y política transnacional, Ed. Atelier, Barcelona, 2005, p. 354; TORRES FERNÁNDEZ, “El tráfico de personas con fines de inmigración ilegal del artículo 318 bis del Código penal”, en La Ley, diario 6491, 2006, p. 2; GARCÍA ESPAÑA, “Victimización de inmigrantes”, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.)/PÉREZ ALONSO (coord.), El derecho penal ante el fenómeno de la inmigración, op. cit., pp. 175-176; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, “sobre la actual configuración de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en CARBONELL MATEU/DEL ROSAL BLASCO/MORILLAS CUEVA/ORTS BERENGUER/QUINTANAR DÍEZ (coords.), Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal, op. cit., pp. 797-798; MARTÍNEZ ESCAMILLA, La inmigración como delito. Un análisis político-criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del art. 318 bis CP, Ed. Atelier, Barcelona, 2007, p. 65; GUARDIOLA LAGO, El tráfico de personas en el Derecho penal español, op. cit., p. 284; DAUNIS RODRÍGUEZ, El derecho penal como herramienta de la política migratoria, op. cit., pp., 81-82.

los conceptos contenidos en éstos, la propia Oficina Contra la Droga y el Delito de Naciones Unidas establece que ambas realidades entrañan el movimiento de seres humanos con la finalidad de obtener algún tipo de beneficio, aunque en el caso de la trata deben concurrir dos elementos adicionales en relación con el tráfico, esto es, tratarse de una captación indebida por el empleo de los medios comisivos propios de la trata, de un lado, y de otro debe realizarse con alguna finalidad de explotación, aunque dicho propósito finalmente no se cumpla¹³. A juicio de este organismo, la diferencia entre uno y otro fenómeno radica en que mientras en la trata de personas tanto la fuente principal de ingresos para los delincuentes como el motivo impulsor del delito es el lucro que se espera obtener con la explotación de la víctima en el lugar de destino, en el caso de las migraciones ilegales, la fuente principal de ingresos es el precio pagado por el inmigrante para sufragar los gastos del viaje, con lo que no se establece una relación persistente entre el delincuente y el migrante una vez finalizado el traslado geográfico¹⁴. En las migraciones ilegales lo esencial es el movimiento transfronterizo, que en el caso de la trata no integra ni siquiera un elemento constitutivo.

Partiendo de las mencionadas consideraciones, el referido organismo sintetiza las diferencias entre la trata de personas y la migración ilegal en tres esenciales¹⁵:

- El consentimiento: la migración ilegal es siempre una actividad que se realiza contando con la anuencia de la persona traficada, pese a que el traslado pueda hacerse en condiciones peligrosas o degradantes. En el caso de la trata, por contra, las víctimas nunca han consentido en ser sometidas a la situación, y si lo hicieron en un principio, el consentimiento pierde su valor por la coacción, el engaño o el abuso de los traficantes.
- La explotación: mientras en los supuestos de migración ilegal, la relación entre traficante y traficado finaliza con la llegada de los inmigrantes a su destino, no sucede así en el caso de la trata, que implica la explotación persistente de las víctimas.
- Transnacionalidad: la migración ilegal es siempre transnacional, mientras que la trata puede no serlo. La trata se produce, pues, con independencia de que las víctimas sean trasladadas de un Estado a otro, de forma legal o ilegal, pues caben supuestos de trata interna, de personas desplazadas de un lugar a otro dentro del mismo estado.

¹³ Vid. NACIONES UNIDAS. OFICINA CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, Manual para la lucha contra la trata de personas, op. cit., p. xiv.

¹⁴ NACIONES UNIDAS. OFICINA CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, *ibidem*.

¹⁵ Vid. NACIONES UNIDAS. OFICINA CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, o.u.c., p. xv. En semejantes términos, UNODC, “Module 1: Definitions of trafficking in persons and smuggling of migrants”, en UNODC, *Anti-human trafficking manual for criminal justice practitioners*, op cit., pp 12-13.

A las diferencias consideradas esenciales entre ambos fenómenos por Naciones Unidas pueden añadirse otras¹⁶. Entre ellas que el uso de la coacción es más común en la trata que en la migración ilegal, tanto para la obtención del consentimiento, en muchas ocasiones, como en la determinación a la explotación, a diferencia de lo que sucede en la migración, en que el propio inmigrante consiente en el traslado. Las personas objeto de trata acostumbran a ver limitada su libertad de movimientos, o bien se las aísla, constituyendo una práctica habitual que se les confisquen los documentos de viaje o de identidad, mientras que las personas objeto de migración son libres de dejar el lugar en el que se hallan o de cambiar de trabajo. La trata no siempre requiere el movimiento actual y físico de la víctima, es decir, el traslado geográfico no es esencial en ella, mientras que en la migración ilegal se requiere necesariamente que se facilite el tránsito ilegal de una persona de un Estado a otro, con lo que es necesario el traslado geográfico internacional. Finalmente las personas tratadas son siempre explotadas, esto es, consustancial a la trata que la víctima esté trabajando, mientras que en el caso de la migración ilegal la persona trasladada no tiene por qué hallarse desarrollando una actividad productiva, basta con que pretenda entrar ilegalmente en un Estado o bien permanezca en él de manera ilegal.

En definitiva, tales características diferenciadoras conducen a una única conclusión, la de la persona tratada como víctima de la trata y la de quien ha sido objeto de migración ilegal como cómplice de la conducta del traficante y, por tanto, en condiciones incluso de ser sancionado por el tránsito ilegal transfronterizo. En definitiva, parece que los dos conceptos, el de trata y el de migración ilegal, se hayan pergeñado como opuestos justamente para poder justificar las políticas restrictivas en materia de inmigración que conducen a la exclusión de la ciudadanía y de la residencia legal en países del primer mundo a los inmigrantes del tercer y cuarto mundo. Políticas que en el caso de Europa han cristalizado en la concepción de la Europa fortaleza¹⁷, inaccesible para aquellos a quienes de cada vez les resulta más difícil conseguir a una situación de legalidad residencial. Pero que además, en el ámbito estrictamente penal, han supuesto el tránsito de la identificación inmigrante-infractor a la de inmigrante-delincuente. En suma, a co-

¹⁶ En este sentido, ZHANG, *Smuggling and trafficking in human beings*, op. cit., p. 8.

¹⁷ Ampliamente sobre la política europea de exclusión en materia de inmigración ASKOLA, *Legal responses to trafficking in women for sexual exploitation in the European Union*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2007, p. 67 y ss. Contra este concepto restrictivo de ciudadanía, apelando a la necesidad de adoptar un concepto de ciudadanía global, PORTILLA CONTRERAS, "La exclusión de la inmigración ilegal en el debate entre las teorías universalistas y postmodernistas", en ZUGALDIA ESPINAR (dir.)/PÉREZ ALONSO (coord.), *El Derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*, op. cit., pp. 10 y ss.

nectar la inmigración con un incremento de la delincuencia¹⁸, llegando a legitimar la aplicación de un Derecho penal de excepción a quienes no han alcanzado el estatus de ciudadano, y legitimando con ello la construcción de un Derecho penal del enemigo en torno a la figura del inmigrante ilegal¹⁹.

Frente a los infractores de las estrictas disposiciones legales en que han derivado estas restrictivas políticas migratorias, se sitúan las víctimas de la trata de personas. En relación con éstas, el mensaje es que la protección es tanto o más necesaria que la persecución penal de los tratantes, a lo que se anuda que no pueden verse responsabilizadas no sólo por las infracciones —mayormente administrativas, aunque en ocasiones penales— que puedan cometer caso en que infrinjan las leyes de extranjería, sino además por los delitos en cuya comisión eventualmente puedan verse envueltas como consecuencia del padecimiento de la trata. Sin embargo, debe tenerse en cuenta, cuando se hace esta tajante distinción, que aunque el fenómeno de la trata y el de la migración ilegal son distintos, se hallan estrechamente relacionados, tanto es así que en muchas ocasiones resulta difícil distinguir a una víctima de trata de un inmigrante ilegal —que parece no ser víctima de nada— y que incluso muchos procesos que pueden comenzar como meros traslados ilegales acaban convirtiéndose en casos de trata en el mismo tránsito.

Ciertamente, conceptualmente debe distinguirse una conducta que constituye cosificación de un humano, frente a la que éste debe hallarse protegido con independencia de su nacionalidad, del cruce de fronteras e incluso de la mera eventualidad del traslado geográfico, de conductas que implican la mera vulneración de las normas de entrada y permanencia en los Estados. Sin embargo, si ello se hace, se debe ser muy consecuente con los efectos jurídicos anudados a una y otra conducta. Esto es, para el caso del mero tránsito transfronterizo ilegal, la respuesta jurídico-penal al problema debe reducirse a supuestos de abuso de situaciones de necesidad de los trasladados que doten de algún referente individual a la conducta que justifique su relevancia penal, relegando los meros incumplimientos de normas de entrada y permanencia a la categoría de ilícitos administrativos, con la previsión de las correspondientes sanciones administrativas, entre las que cabe la

¹⁸ Acerca de dicha identificación y de su plasmación en la reforma penal operada por LO 11/2003, entre otros, NAVARRO CARDOSO, “Extranjería, inmigración y sistema penal”, en RODRÍGUEZ MESA/RUÍZ RODRÍGUEZ (coords.), *Inmigración y sistema penal*, op. cit., pp. 223 y ss; BRANDÁRIZ GARCÍA, “Control de los migrantes y Derecho penal del enemigo”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. 7, nº 2, 2012, pp. 19 y ss.

¹⁹ Ampliamente sobre la paulatina identificación del inmigrante como principal destinatario del sistema penal, vid. BRANDÁRIZ GARCÍA, *Política-criminal de la exclusión*, Ed. Comares, Granada, 2007, pp. 126 y ss.

expulsión. Por el contrario, cuando de la verdadera cosificación de las personas se trata, esto es, frente a auténticos supuestos de desconsideración hacia su condición de humanos, no puede bastar la mera previsión penal de la correspondiente conducta delictiva, por grave que sea la sanción impuesta, sino que la respuesta jurídica debe ser integral, y sobre todo victimocéntrica. Si no lo es, como hasta el momento no lo ha sido en la normativa internacional adoptada al respecto, es decir, si cabe continuar repatriando a las víctimas como principio general de actuación, por ejemplo, cabe preguntarse si la establecida distinción entre trata de personas y migración ilegal no será una forma de enmascarar, bajo un supuesto halo de protección de las víctimas de la trata, lo que continúa siendo expresión de una política de inmigración restrictiva²⁰.

III. LA TRATA DE SERES HUMANOS COMO MODERNA ESCLAVITUD

Desde que KEVIN BALES, uno de los mayores especialistas contemporáneos en trata de seres humanos, empleara la expresión “moderna esclavitud” en su conocida obra “Disposable people; New Slavery in the Global Economy”²¹, ésta ha hecho fortuna, y desde entonces se emplea con profusión para describir este fenómeno. El empleo de esta expresión para caracterizar esta situación no es desde luego casual. Los motivos de su empleo, y esto no es más que pura especulación, quizá deban buscarse en el hecho de que sea justamente Estados Unidos el país donde esta expresión se originó y donde fraguó. Fueron los Estados Unidos el primer país que tomó consciencia de que la trata representaba un grave problema en el interior de sus fronteras. Si tomamos en consideración que en este país, que se considera la quintaesencia del ejercicio de las libertades, todavía se mantiene

²⁰ Apuntan esta posibilidad, ASKOLA, *Legal responses to trafficking in women for sexual exploitation in the European Union*, op. cit., pp. 77 y ss., en que la autora pone de manifiesto como en el ámbito europeo las medidas para luchar contra la trata de personas surgen en el marco del afán por controlar la inmigración clandestina; en semejantes términos, KRIEG, “Trafficking in Human Beings: the EU approach between Border Control, Law Enforcement and Human Rights”, en *European Law Journal*, vol. 15, No. 6, p. 789; MAQUEDA ABREU, “A propósito de la trata y de las razones que llevan a confundir a las inmigrantes con esclavas”, en CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC/ORTS BERENGUER (dirs.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del sesenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 1251 y ss.

²¹ Se trata de una obra publicada en 1999 por la University of California Press. Aquí se ha manejado la versión en castellano: BALES, *La nueva esclavitud en la economía global*, (traducc. Borrajo Castanedo), Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid, 2000.

viva la memoria colectiva de lo que la trata trasatlántica de esclavos supuso, resulta comprensible que la relación establecida entre ambas formas de esclavitud representase un reclamo moral de primera magnitud que permitió despertar las conciencias²². Los paralelismos establecidos en algunas comparecencias públicas de personalidades norteamericanas tras la aprobación del Protocolo de Palermo y de la misma normativa federal norteamericana constituyen buena muestra de ello²³. Incluso la relación establecida a lo largo de la tramitación parlamentaria de la *Trafficking of Victims Protection Act* de 2000 con la esclavitud contribuyen a poner de manifiesto el empleo más o menos consciente de dicha estrategia, si bien en algunas de dichas discusiones parlamentarias demostraron que lo que subyacía al proceso de gestación en la normativa federal norteamericana para luchar contra este fenómeno era más el peso de la lucha contra la trata de blancas que la de aquélla que tenía por objeto el comercio trasatlántico de esclavos negros²⁴.

Sea cual fuere la motivación interna que permitió que en los Estados Unidos aflorara y comenzara a publicarse en la literatura especializada esta semblanza ya a finales de los noventa, según el decir de algunos más para evitar la trata de mujeres del Este como consecuencia fundamentalmente del desmembramiento de la antigua Unión Soviética²⁵, lo cierto es que ha hecho fortuna. No negamos que no pueda asistir cierta dosis de razón a quienes, como BRAVO, han acusado a este paralelismo de maniqueo, no porque no exista, sino porque básicamente surgió como una forma de emocional e irreflexiva exhortación a la acción que en Estados Unidos puede haber dejado como legado una legislación demasiado apegada a la reacción penal contra la trata de blancas. No obstante, se ha generalizado el empleo del paralelismo en la comunidad internacional y, con el andar de tiempo, probablemente haya logrado que paulatinamente se convierta en mayoritaria la opinión entre los expertos de que el abordaje de esta problemática debe edificarse sobre la base del respecto a los derechos humanos y ser, por tanto, integral.

²² A despertar conciencias se refieren explícitamente BALES/SOODALTER, BALES/SOODALTER, *The Slave next door. Human trafficking and slavery in America today*, University of California Press, Berkeley and Los Angeles, 2009, p. 17, cuando explicitan cuál es el objetivo de la obra que escriben.

²³ Así lo demuestra BRAVO, "Exploring the analogy between modern trafficking in Human beings and the transatlantic slave trade", en *International Law Journal*, 2007, p. 251, cuando hace referencia a las palabras de Bush en una comparecencia ante la Asamblea General de Naciones Unidas, apelando a la necesidad de actuar frente a una lacra que se ha mantenido oculta en la sociedad tras más de dos siglos de abolición formal de la esclavitud.

²⁴ Así lo refiere BRAVO, "Exploring the analogy between modern trafficking in Human beings and the transatlantic slave trade", op. cit., p. 249-250.

²⁵ En dicho sentido, BRAVO, o.u.c., pp. 247-248.

El referido planteamiento, el que establece una conexión entre el actual fenómeno de la trata de personas y el tradicional de la trata trasatlántica de esclavos, sugiere que, pese a la prohibición legal de la esclavitud —que se produjo en el seno del Imperio Británico en 1834 y en Estados Unidos, una vez finalizada la guerra civil, en 1865—, el trabajo forzado ha continuado permaneciendo oculto en nuestra sociedad²⁶, alimentado en los últimos lustros por la globalización.

La historia nos informa acerca de que el comercio trasatlántico de esclavos se originó con el descubrimiento de América y vino precedido del tráfico de personas a Europa y los territorios europeos como precursores del traslado de esclavos africanos a América. Se introdujo por los portugueses y españoles, quienes de tal forma reemplazaban las poblaciones indígenas del nuevo mundo, diezmadas por las epidemias y por la demanda incesante de trabajadores de las economías coloniales. El resultado de este proceso que podría identificarse con la esclavitud tradicional fueron más de tres siglos de trata trasatlántica de personas. Entre 1660 y 1867 un total de 10 millones de esclavos fueron trasladados a América, siendo en el siglo previo a la abolición cuando se produjo la mayor parte de este comercio. Aunque fueron Portugal y España las metrópolis que comenzaron el negocio del comercio de esclavos, a principios del s. XVIII Gran Bretaña se hizo con la mayor parte de este comercio, logrando transportar unos tres millones de esclavos al nuevo continente entre los años 1700 y 1810²⁷. A inicios del s. XIX grupos abolicionistas radicados en Gran Bretaña y Estados Unidos, entre otros países, comenzaron sus campañas para la abolición de la esclavitud. Hacia mediados de siglo, el tráfico de esclavos fue considerado mundialmente ilegal. Gran Bretaña lo criminalizó en 1807, aboliendo definitivamente la esclavitud, como se ha dicho, en 1834²⁸. En Estados Unidos, aunque formalmente el tráfico de esclavos se prohibió mediante una Ley del Congreso aprobada el mismo año que en Gran Bretaña al amparo de lo establecido en la decimotercera enmienda de la Constitución del país, el tráfico ilegal continuó durante años, sin que se consiguiera erradicar finalmente esta práctica hasta 1865, cuando tras la guerra de secesión se prohibió por ley la posesión legal de esclavos²⁹.

²⁶ Así, PICARELLI, “Historical approaches to the trade in human beings”, en LEE (ed.), *Human trafficking*, William Publishing, Cullompton/Devon, 2007, pp. 27 y 28, afirma que en el s. XIX se abolió la esclavitud, pero no el trabajo forzado.

²⁷ Al respecto, vid, RICHARDSON, “Volume of Trade”, en DRESCHER/ENGERMAN (eds.), *A historical guide to world slavery*, Oxford University Press, New York, 1998.

²⁸ Acerca de los tratados suscritos entre Gran Bretaña y terceros países para acabar con el comercio internacional de esclavos, vid, ampliamente, FISCHER, “The suppression of Slavery in International Law”, en *International Law Quarterly*, 1950, 3, pp., 43 y ss.

²⁹ Ampliamente sobre el movimiento abolicionista en Estados Unidos y el proceso de abolición de la esclavitud, BALES/TRODD/WILLIAMSON, *Modern Slavery. The secret*

Sin embargo, tras esta legal proscripción de la propiedad formal de personas, se sostiene que la esclavitud tiene una continuidad en la historia. En América del Norte, tras dicha supuesta abolición, miles de afroamericanos pasaron de ser propiedad de los antiguos amos a situaciones de servidumbre por deudas. Junto a tal forma de esclavitud, se añade como demostración de que la práctica continúa el hecho de que supuestamente miles de mujeres inmigrantes fueron forzadas a trabajar en Estados Unidos durante las primeras décadas del s. XX, siendo en muchas ocasiones obligadas a prostituirse. Nos hallamos frente al fenómeno conocido como “trata de blancas”, que hizo tanta mella en Estados Unidos que provocó la aprobación de la *Mann Act* de 1910, imponiendo penas a quienes esclavizaran sexualmente a mujeres blancas dentro de las fronteras de Estados Unidos³⁰. Pero es que la idea que subyace a la esclavitud, el control absoluto de una persona sobre otra³¹, se ha mantenido constante, con distintas manifestaciones, hasta la actualidad. Así, diferentes formas de esclavitud han tenido su manifestación a lo largo del s. XX, favorecidas por la estructura feudal de algunas sociedades, como ocurre en los casos de India, Nepal, Pakistan o Bangladesh³². En dicha centuria, la esclavitud también se vio alimentada por algunas estructuras estatales; ejemplos de ello los constituyen los encarcelamientos de disidentes políticos en la Rusia de los años treinta hasta los sesenta, o el régimen nacionalsocialista alemán con sus campos de trabajo³³. Contemporáneamente, el ejército nipón esclavizó a coreanos, chinos y cientos de otros ciudadanos de países asiáticos en sus campos de trabajo, a los que también fueron a parar parte de los prisioneros aliados, así como otras tantas mujeres y niños que fueron sexualmente esclavizados en las denominadas “áreas de descanso” (*comfort stations*) diseminadas en los territorios ocupados por el ejército japonés³⁴.

Según la concepción preconizada por BALES, la esclavitud constituye una suerte de fenómeno consustancial a la humanidad, transversal, con distintas manifestaciones que se suceden en el tiempo y en el espacio, y que fundamentalmente ha adquirido nuevos bríos y distintas características tras la segunda Guerra Mundial. Tras ésta, la explosión demográfica y el rápido cambio económico y social producido, que ha enriquecido a las clases dominantes y empobrecido todavía más a las ya miserables, haciéndose todavía más profunda la brecha con el fin de la guerra fría y la globalización económica, ha generado un cambio en la

World of 27 million people, Oneworld, Oxford, 2009, pp. 6 y ss.

³⁰ Al respecto, vid. BALES/TRODD/WILLIAMSON, o.u.c., pp. 14 y ss.

³¹ De esta opinión, BALES, *La nueva esclavitud en la economía global*, op. cit., p. 7. En semejantes términos, BALES/SOODALTER, *Slaves Next door*, op. cit., p. 13.

³² Vid. al respecto, BALES/TRODD/WILLIAMSON, *Modern Slavery*, op. cit., p. 15.

³³ Cfr., BALES/TRODD/WILLIAMSON, *ibidem*.

³⁴ Nuevamente, BALES/TRODD/WILLIAMSON, *ibidem*.

configuración de las siempre subsistentes relaciones de esclavitud. La modificación de la configuración de estas relaciones se explica fundamentalmente por la aplicación de las leyes del mercado. Se ha producido un incremento considerable de la oferta de personas explotables, el aumento demográfico y las pésimas condiciones vitales de una parte importante de la población mundial han generado que haya aumentado mucho el número de esclavos potenciales, con lo que su precio ha caído en picado³⁵. Si el precio de un esclavo en los Estados del Sur de Estados Unidos podía rondar entre los 1.000 y los 1.800 dólares hacia 1850, lo que se calcula que equivaldría a entre 20.000 y 40.000 dólares actuales, en la actualidad se estima que cuesta menos de 100 dólares. Incluso más, en algunas partes del globo pueden llegar a ser adquiridos por mucho menos dinero, con lo que se estima que la media de precio puede rondar los 90 dólares, en opinión de BALES³⁶. La caída en el precio de los esclavos, producida por un incremento considerable de la bolsa de posibles esclavos, ha determinado, como se ha indicado, una modificación de la constante en el tiempo “situación de esclavitud”, que sin dejar de existir es en la actualidad distinta en algunos aspectos a la que había venido siendo tradicionalmente.

Las características de este nuevo tipo de esclavitud las singulariza BALES³⁷, y quienes con carácter posterior le hemos seguido³⁸, en los siguientes puntos:

- En la esclavitud tradicional los esclavos eran propiedad de su dueño, representaban una elevada inversión, y por tanto había que cuidarlos. En la actualidad los tratantes no reclaman la propiedad de sus esclavos. Sin embargo, ello no constituye un obstáculo para que los tengan completamente subyugados. Pero puesto que no son de su propiedad, no se sienten obligados a mantenerlos.

³⁵ Al respecto, vid. BALES, *La nueva esclavitud*, op. cit., p. 15.

³⁶ Vid. BALES/TRODD/WILLIAMSON, *Modern slavery*, op. cit., p. 29. No obstante, no exponen las fuentes de las que parten para llegar a la referida estimación.

³⁷ Vid. ampliamente, BALES, *La nueva esclavitud en la economía global*, op. cit., pp. 15 y ss.; BALES/TRODD/WILLIAMSON, *Modern slavery*, op. cit., pp. 27 y ss.; BALES/SOODALTER, *The Slave next door*, op. cit. pp. 13 y ss.

³⁸ Vid., entre otros, en Estados Unidos, BRAVO, “Exploring the analogy between modern trafficking in humans and the transatlantic slave trade”, op. cit., pp. 265 y ss.; OBOKATA, *Trafficking of Human Beings from a Human Rights perspective: Towards a Holistic approach*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2006, pp. 18 y ss.. En España, por todos, PÉREZ ALONSO, *Tráfico de personas e inmigración clandestina*, op. cit., pp. 61 y ss.; VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, op. cit., pp. 49 y ss.; VILLACAMPA ESTIARTE, “La moderna esclavitud y su relevancia jurídico-penal”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 10, 2013, pp. 293 y ss.

- En la esclavitud tradicional un esclavo tenía un coste de adquisición elevado. Lo elevado del referido coste tenía que ver con la menor oferta de esclavos, y ésta, a su vez, no solamente con el hecho de que todavía no se había producido una explosión demográfica como la acaecida tras la segunda guerra mundial, sino también con que los esclavos eran difíciles de transportar. En la actualidad, la globalización de las comunicaciones hace muy fácil el traslado de personas de un extremo a otro del mundo, y además sumamente económico. Ello no era así en el s. XIX. Así, la menor disponibilidad de producto en el mercado, hacía que el precio se mantuviese elevado.
- La rentabilidad de un esclavo durante lo que se ha identificado como período de esclavitud tradicional era relativamente baja. El esclavo, en primer lugar, había representado una elevada inversión, que no se recuperaba con facilidad. Pero es que además, era habitual que el patrono mantuviese al esclavo en su casa, y también que se hiciese cargo del mantenimiento de la familia del mismo, con lo cual la rentabilidad que éste producía se reducía a aquella que era capaz de generar con su trabajo en el campo básicamente. Por contra, en las modernas formas de esclavitud, la rentabilidad se multiplica. No solamente el esclavo no es propiedad del patrono, con lo que éste puede desentenderse de su manutención, sino que además de no cobrar por su trabajo o cobrar una cantidad muy por debajo de la que debería percibir por los servicios que presta, en muchas ocasiones debe hacerse además cargo del pago de su traslado al lugar en que la explotación se produce. A ello se añade que los servicios prestados por los modernos esclavos en ocasiones son altamente rentables. Así sucede, por ejemplo, en algunas formas de esclavitud sexual, en la que el costo de mantenimiento del esclavo está muy por debajo de la cantidad de dinero que es capaz de generar³⁹.
- En la tradicional esclavitud, como se ha indicado, la oferta de esclavos era escasa. Esto es, existía escasez de producto en el mercado, fundamentalmente debido a la dificultad de las comunicaciones y lo costoso del viaje desde ultramar. No así en la actual esclavitud, en la que sabemos que el número de esclavos ha aumentado exponencialmente, tanto debido al aumento del número de personas en situación de riesgo para ser explotadas, cuanto porque el desarrollo de los transportes y las comunicaciones facilita enormemente la puesta a disposición de dichas personas.

³⁹ Algunas estimaciones pueden verse en KARA, *Sex Trafficking. Inside the business of Modern Slavery*. Columbia University Press, New York, 2009, pp. 17 y ss., también en apéndice B.

- El incremento exponencial de la oferta ha determinado también una ulterior diferencia entre la esclavitud tradicional y la esclavitud moderna. Mientras en aquella la relación entre el patrono y el esclavo era a largo plazo, en las nuevas formas de esclavitud dicha relación acostumbra a reducirse mucho en el tiempo, durando escasos años, e incluso meses. En las tradicionales formas de esclavitud el esclavo era una propiedad valiosa del patrono, que éste se encargaba de mantener en buenas condiciones, cuanto menos de trabajo. En la actualidad, los esclavos son tan baratos que no es necesario cuidarlos y mantenerlos durante años para rentabilizar la inversión. Son sencillamente desechables.
- La tradicional esclavitud implicaba que el patrono mantenía al esclavo. Siendo de su propiedad y habiendo representado una importante inversión, era el encargado de procurarle alimento y cobijo y de cuidar al esclavo. En la actualidad, la ausencia de propiedad legal del esclavo por parte del patrono y su bajo costo de adquisición hacen muy fácil a éste desentenderse tanto del cobijo, cuanto del sustento y del bienestar del esclavo. La desechabilidad de tales personas facilita su expulsión por parte del patrono cuando dejan de ser útiles. Así, la mayor parte de esclavos corren con la cuenta de su alojamiento y manutención; que normalmente son detraídas de sus ganancias, hasta el punto de que en ocasiones, en lo que a la supuesta contabilidad de patrono se refiere, el costo de alojamiento y la manutención son superiores a la porción de los ingresos generados que el patrono le permite ingresar al esclavo, con el consiguiente aumento paulatino de la deuda contraída por éste con aquél. Por si ello fuera poco, cuando el esclavo enferma, es más fácil expulsarlo, o simplemente dejar que el tiempo transcurra, pues siempre será más barato adquirir uno nuevo a escaso costo que correr con los gastos de un tratamiento médico.
- Finalmente, en la esclavitud tradicional las diferencias étnicas resultaban de gran trascendencia. En definitiva, se trataba de un tipo de esclavitud que permitía una justificación naturalista, basada en una supuesta superioridad de la raza blanca sobre las demás. La nueva forma de esclavitud, sin embargo, no se halla fundamentada, o cuanto menos no esencialmente, sobre este tipo de diferencias. Lo que en la actualidad hace que las personas se conviertan en seres disponibles y susceptibles de ser explotados tiene que ver más con la pobreza extrema, con las condiciones económicas y la escasez de oportunidades de promoción, que con la raza.

En suma, la nueva esclavitud se caracteriza, como indica BALES⁴⁰, por constituir una relación en virtud de la cual una persona es controlada por otra a través del empleo de la violencia, o la amenaza de violencia, o la coacción psicológica, con la consiguiente pérdida de la libertad de voluntad y libertad de movimiento, que es económicamente explotada y que no recibe nada más que lo estrictamente necesario para su subsistencia.

Como formas mediante las cuales llegar a esta situación, que consiste en el control absoluto y la explotación económica por parte de otro, BALES, TRODD y WILLIAMSON han identificado esencialmente cuatro formas que implican sometimiento mediante violencia⁴¹:

- En primer lugar, se refieren a la esclavitud prendaria (*chattel slavery*), la más parecida a la esclavitud tradicional, pero que no es la más habitual en la actualidad, pese a que en algunos países del norte y del oeste de África todavía se practica, como en Mauritania⁴². En ella una persona acostumbra a ser esclavizada durante su vida o nacida esclava o vendida como esclava y el patrono acostumbra todavía a reclamar la propiedad del esclavo.
- En segundo lugar, se refieren a la servidumbre por endeudamiento (*debt bondage slavery* o *bonded labor*), que constituye la forma más habitual de la moderna esclavitud. En su virtud, una persona se entrega a sí misma —o es entregada— en garantía de un préstamo, aunque nunca se establece ni la duración ni la naturaleza del servicio que debe prestar para pagarlo, de manera, además que el trabajo no suele tener la virtualidad de reducir la deuda, con lo que éste puede convertir en deudores a los descendientes, quienes a su vez serán esclavizados. Este tipo de esclavitud se observa especialmente en India y Pakistán; un ejemplo paradigmático de la misma lo constituye el sistema *peshgi* empleado en las ladrillerías en Pakistán⁴³.
- La tercera forma de esclavitud es la contractual, que se ha incrementado tan rápidamente que constituye la segunda forma de esclavizar en la actualidad y además es la que más está creciendo. Se oculta tras las modernas formas de relación laboral. Se trata de esclavitud articulada a través de la firma de contratos mediante los cuales a los trabajadores se les pro-

⁴⁰ Vid. BALES/TRODD/WILLIAMSON, *Modern Slavery*, op. cit., p. 31.

⁴¹ Al respecto, BALES, *La nueva esclavitud*, op. cit., pp. 21 y ss, en que únicamente refería tres manifestaciones: la esclavitud prendaria, la servidumbre por endeudamiento y la esclavitud contractual; BALES/TRODD/WILLIAMSON, *Modern Slavery*, op. cit., pp. 33-36, que incluyen cuatro formas.

⁴² Una exhaustiva descripción de la situación en Mauritania puede hallarse en BALES, *La nueva esclavitud*, pp. 88 y ss.

⁴³ Sobre el mismo vid. BALES, *La nueva esclavitud*, op. cit., pp. 159 y ss.

cura trabajo, en fábricas o en establecimientos, pero son esclavizados en el momento de llegar a su destinación. Este tipo de esclavitud se produce habitualmente en el sur-este de Asia, en Brasil, en algunos Estados Árabes y en algunas zonas del subcontinente indio. Un ejemplo de este tipo de esclavitud lo constituyen las condiciones de trabajo en los hornos de carbón vegetal en la selva amazónica brasileña⁴⁴.

- Finalmente, la cuarta forma de esclavitud viene constituida por el trabajo forzado. Ciertamente, todo supuesto de esclavitud representa una forma de trabajo forzado; sin embargo, esta específica forma de esclavitud se refiere a aquellos supuestos en que la misma no es practicada por un particular, sino que resulta impuesta por el gobierno o por cualquier otro grupo oficial. Como ejemplo esta cuarta forma de esclavitud identificada por BALES, TRODD y WILLIAMSON, que no coincide exactamente con el concepto de trabajo forzado sostenido desde la Organización Internacional del Trabajo, puede mencionarse la obligación que Uzbekistán impone a sus escolares y estudiantes universitarios de trabajar durante tres meses al año en los campos de algodón propiedad del gobierno⁴⁵.

IV. LAS CAUSAS DE LA TRATA DE SERES HUMANOS

Es en dos razones fundamentales, la explosión demográfica producida tras la Segunda Guerra Mundial unida al empobrecimiento paulatino de un importante porcentaje de la población global, producido gracias a la generalización del modelo económico capitalista, aunque también por otras causas —como catástrofes naturales o conflictos armados— en las que cabe buscar el origen del cambio de configuración de las tradicionales formas de esclavitud en la moderna relación del esclavo con su explotador; factores que resultan convenientemente catalizados en situaciones de ausencia de protección legal y corrupción. Y es que, en efecto, como causa de vulnerabilización, la globalización económica tal como se ha producido explica que la brecha entre países pobres y países ricos y, con ello el número de personas en disposición de ser explotadas, se ha visto sustancialmente incrementado. Ciertamente, la globalización económica supone la generalización de un determinado modelo económico, lo que en sí no representa algo intrínsecamente ni bueno ni malo, circunstancia que cambia cuando se produce la exporta-

⁴⁴ Sobre dicha realidad, vid. BALES, o.u.c., pp. 130 y ss.

⁴⁵ Al respecto, BALES/TRODD/WILLIAMSON, *Modern slavery*, op. cit., p. 34, en que diferencian el concepto que ellos mantienen de trabajo forzado del derivado de las convenciones de la OIT.

ción global de un modelo económico en sí dañino. Y es que tras la caída del telón de acero y la conversión de las economías socialistas en economías capitalistas, con la consiguiente extinción del modelo económico propio de los países del Este, el único modelo económico superviviente, aquél que ha sido globalizado, ha sido el capitalista en su versión más extrema, la neoliberal⁴⁶. La ideología de base de la globalización ha sido así la que la ha convertido en dañina, pues se ha articulado sobre la base de un modelo económico neoliberal que ha conducido al empequeñecimiento paulatino del Estado hasta su práctica desaparición, con la consiguiente mengua del Estado social; la globalización ha acontecido, pues, edificada sobre un modelo que postula la dictadura del capital y que desconoce todo lo que no sea el señorío de las leyes del mercado. Dicho modelo ha traído consigo el gradual empobrecimiento del tercer mundo, preso de su deuda, obligado a seguir los dictados del modelo capitalista desde una muy débil situación de partida, aquella en que lo han situado unos niveles de deuda exterior insuperables, con la consiguiente ampliación de la brecha entre los países pobres y los países ricos.

En el contexto de la globalización económica capitalista es donde puede situarse la ascensión de la trata de personas, y la de la moderna esclavitud, a nivel global. Más allá de razones culturales que puedan sustentar el mantenimiento de tradicionales formas de esclavitud que todavía perviven en países como Mauritania, el fenómeno de la moderna esclavitud puede explicarse en términos casi exclusivamente económicos, y en ello ha tenido mucho que ver la globalización económica en la forma en que se ha producido. Esto no sólo porque las economías emergentes puedan ver en la explotación despiadada de la fuerza de trabajo un mecanismo infalible para alcanzar el objetivo de la maximalización de la producción al menor de los costes posibles, favoreciendo la esclavización ya en origen, sino además porque ha sido uno de los desencadenantes de movimientos migratorios masivos, provocados por la necesidad de escapar de escenarios de pobreza endémica, que han precipitado traslados de los explotados de países de origen a países de destino, provocando la consiguiente trata de personas que concluye en esclavización.

⁴⁶ Acerca de ese proceso y de la ideología que le ha servido de base, vid. FALK, *La globalización depredadora. Una crítica*, (traducc. Bevia/Resines), Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid, 2002, pp. 15-91; FARIÑAS DULCE, *Globalización, ciudadanía y Derechos Humanos*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 5-30; ELLWOOD, *Globalización* (traducc. Veskovíc Kresic), Intermon Oxfam ediciones, Barcelona, 2006, pp. 17 y ss.; RITZER, *La globalización de la Nada*, (traducc. Sautié), Editorial Popular, Madrid, 2006, pp. 125-162; GEORGE, “¿Globalización de los derechos?” (traducc. Recassens Pons), en GIBNEY (ed.), *La globalización de los derechos humanos*, Ed. Crítica, Barcelona, 2003, pp. 23 y ss.

Dada la relación existente entre trata de seres humanos y moderna esclavitud, así como de éstas con traslados masivos de población, los tradicionalmente denominados como *push factors* —factores que impulsan a las personas de los países de origen a los países de destino— y *pull factors* —razones que atraen a las personas procedentes de países de origen a países de destino— no pueden ser omitidos cuando se trata de explicar las causas de la trata⁴⁷.

Así, entre los factores que inducen a los migrantes a abandonar sus países de origen (*push factors*), de forma más o menos voluntaria, acudiendo a los países de destino, se incluyen aquellos que tienen que ver con la situación de pobreza que se vive en las zonas que nutren de mercancía humana el mercado. Aspectos como la pobreza, la falta de educación, la ausencia de trabajo o de otros posibles mecanismos para prosperar se cuentan entre ellos. Junto a factores de tipo económico, otros de tipo cultural coadyuvan a la esclavización, así la costumbre arraigada en algunas sociedades de dar a un hijo o algún familiar en garantía del pago de un préstamo —como en la India— lo mismo que entregar a un hijo para que, a cambio de realizar tareas domésticas en casa de algún pariente adinerado o con proyección social, le sea procurada una buena educación. Entre estos segundos grupos de factores, las desigualdades de género, que incrementan la vulnerabilidad de las mujeres y las niñas frente a este fenómeno, que les niegan todavía más si cabe el acceso a la prosperidad y que incluso están conduciendo a lo que se viene denominando como feminización de la pobreza, contribuyen a la esclavización. Al mismo tiempo, algunas prácticas culturales propias de culturas patriarcales resultan aun hoy directamente esclavizantes para las mujeres; así sucede con la práctica arraigada en la India o Nepal en que no resulta extraño que se ofrezcan hijas como siervas de Dios —*devadasi* en India o *deuki* en Nepal— lo mismo que

⁴⁷ Ampliamente sobre estos factores explicativos, BALES, La nueva esclavitud, op. cit., pp. 13 y ss.; SCARPA, Trafficking in human Beings. Modern slavery, op. cit., pp. 12 y ss.; ARONOWITZ, Human Trafficking, Human Misery, op. cit., pp. 7 y ss., en relación con las migraciones internacionales, y p. 111 en referencia a la trata; ZHANG, Smuggling and trafficking in Human beings. All roads lead to America, op. cit., pp. 11 y ss.; KARA, Sex trafficking. Inside the business of Modern Slavery, op. cit., pp. 23 y ss.; ABADDER, The Entrapment of the Poor into Involuntary Labor. Understanding the Worldwide Practice of Modern-Day Slavery, The Edwin Mellen Press, Lewinston/Queenston/Lampeter, 2008, pp. 55. En la literatura española, amplias exposiciones pueden hallarse en PÉREZ CEPEDA, Globalización, tráfico internacional ilícito y derecho penal, op. cit., pp. 1-23; PÉREZ ALONSO, Tráfico de personas e inmigración clandestina, op. cit., pp. 52 y ss.; SERRA CRISTÓBAL, en SERRA CRISTÓBAL/LLORIA GARCÍA, La trata sexual de mujeres. De la represión del delito a la tutela de la víctima, op. cit., pp. 30 y ss.; JIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS/SUSAJ/REQUENA ESPADA, “La dimensión laboral de la trata de personas en España”, en RECPC, 11-04 (2009), pp. 5 y ss.; VILLACAMPA ESTIARTE. El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho internacional, op. cit., 2011, pp. 85 y ss.

en Ghana, Benin, Nigeria o Togo —las llamadas *trokosi*— circunstancia que acaba implicando que muchas de estas mujeres sean sexualmente esclavizadas por los ministros del culto a las que se ofrecen⁴⁸.

Desde el punto de vista de la demanda, como factores que atraen a países desarrollados a personas en disposición de ser esclavizadas (*pull factors*), se incluyen las mayores facilidades para trasladarse de un lugar a otro de que se goza en la actualidad —con las consiguientes oportunidades de viaje más baratas— el incremento de los salarios y el estándar vital en grandes ciudades y países extranjeros, el asentamiento de rutas de migración y el establecimiento de colonias de la propia etnia o nacionalidad en los países de destino. La demanda activa de trabajadores inmigrantes en los países de destino combinada con la existencia de agencias de recluta y personas dispuestas a facilitar trabajo y viaje, todo ello unido a las elevadas expectativas de oportunidades en otros países fomentadas por los medios de comunicación global y por internet, así como por las vivencias supuesta o realmente positivas de otros antiguos migrantes regresados temporal o definitivamente al país de origen, constituyen elementos de llamada de los desplazados a países de destino.

V. EL PROCESO EN QUE LA TRATA CONSISTE

Pese a la estrecha relación existente entre trata y esclavitud, el concepto de trata no se focaliza específicamente en la fase de explotación del tratado, que constituye la finalidad del proceso y que a menudo es la fase que más se dilata en el tiempo, sino que se circunscribe al tránsito de una situación de no sometimiento a la de sometimiento. No en vano indican BALES, TRODD y WILLIAMSON que, pese a la identificación, la esclavitud y la trata no son lo mismo y que se está produciendo una identificación entre ambas realidades que debe evitarse⁴⁹. En su opinión, plenamente compartible, la trata constituye un simple mecanismo mediante el cual conseguir esclavizar a las personas. Esto es, se trata de la referencia nominativa al proceso de esclavización, pero no al resultado de tal proceso, que es en lo que constituye propiamente la esclavitud, también la moderna. Destacan además que implica una referencia solamente parcial a la situación global de esclavitud, puesto que solo un pequeño porcentaje de las personas esclavizadas en el mundo, que estiman que rondan los veintisiete millones, ha sido previamente objeto de trata

⁴⁸ Vid. BALES/TRODD/WILLIAMSON, *Modern Slavery*, op. cit., pp. 91 y ss.

⁴⁹ Cfr. BALES/TRODD/WILLIAMSON, o.u.c., pp. 35 y ss. También en sentido diferenciador RIJKEN, *Trafficking in persons. Prosecution from a European perspective*, op. cit., p. 56 y ss., si bien incluyendo la explotación dentro del concepto de la trata.

—alrededor de dos millones y medio, según sus cuentas—. La mayor parte de personas que viven en esclavitud son sedentarios, jamás han sido trasladados de un lugar a otro, pues permanecen en sus países de origen. Añaden que únicamente en los países industrializados y en el Medio Este una parte importante de los esclavos han sido víctimas de la trata —aproximadamente el setenta y cinco por ciento— mientras en Asia, América latina y África subsahariana las víctimas de la trata no alcanzan a más del veinte por ciento del total de personas esclavizadas⁵⁰.

Sin que quepa considerar únicamente como víctimas de trata a aquellas que han sido geográficamente desplazadas, o cuanto menos no solo aquéllas cuyo desplazamiento geográfico sea determinante, resulta adecuado efectuar la distinción que estos autores proponen entre el proceso que conduce a la esclavitud y la esclavitud misma. La trata, como concepto, no alude a la fase de explotación de los servicios de una persona, que constituyen la esclavitud propiamente dicha, sino al proceso conducente a dicha situación. Cuanta sea la importancia que en este proceso se otorgue al desplazamiento geográfico dependerá de que se sostenga un concepto de trata más apegado al traslado en el espacio, que no parece acorde con la admisión junto a la trata internacional de la trata interna y de nacionales dentro de este concepto, o bien más identificado con la adquisición de una situación de control sobre una persona.

La anterior reflexión conduce a la conclusión de que la trata de personas constituye un proceso. Así se deduce de las acciones incluidas en el concepto normativo internacional de trata de seres humanos analizadas en anteriores epígrafes. En este sentido, el concepto normativo de trata no hace más que reflejar el sustrato criminológico de la misma, conforme al cual ésta encarna una conducta que se desenvuelve a lo largo del tiempo, y que consta de varias fases. Normalmente, se han identificado como estadios que se atraviesan en el proceso de la trata tres fases, entre las que generalmente se incluye la explotación, que he indicado que queda fuera del concepto normativo de trata. Las referidas fases se designan como la fase de recluta o captación, de transporte y de explotación⁵¹.

⁵⁰ Vid. BALES/TRODD/WILLIAMSON, *ibidem*.

⁵¹ Por todos, en relación con la caracterización de la trata como proceso y su estructuración en fases, ZAHNG, *Smuggling and trafficking in human beings*, op. cit., pp. 9 y ss.; REPETSKAIA, "Classifying the Elements of Human Trafficking", en STOECKER/SHELLEY, *Human traffic and transnational crime. Eurasian and American Perspectives*, Rowan and Littlefield Publishers, inc. Lanham/Boulder/New York/Toronto/Oxford, 2005, pp. 47 y ss.; KARA, *Sex trafficking. Inside the business of modern Slavery*, op. cit., pp. 4 y ss.; ABADDER, *The entrapment of the poor into involuntary labor. Understanding the Worldwide Practice of Modern-Day Slavery*, op. cit., pp. 37 y ss.; SCARPA, *Trafficking in human beings. Modern slavery*, op. cit., pp. 17 y ss.; SERRA CRISTÓBAL, en SERRA CRISTÓBAL/LLORIA GARCIA, *La trata sexual de mujeres*, op. cit., pp. 75 y ss.; VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho internacional*, op. cit., pp. 57 y ss.

Si la trata constituye el proceso que conduce a la esclavización, la primera de las fases debe necesariamente consistir en la captación de la víctima, que suele producirse en los países de origen, cuanto menos en los supuestos de trata internacional. Generalmente, las formas de captación varían en función del tipo de trata frente al que nos hallemos, esto es, en función de cual sea la finalidad para la que se pretenda explotar a la víctima. Además, la forma de adquisición o de recluta varía también en función de que nos hallemos ante una primera adquisición o ante una adquisición subsiguiente, lo que generalmente se produce cuanto la propiedad de la víctima pasa de un tratante a otro. En tales casos puede suceder que la víctima se compre, se arriende o simplemente sea ofrecida como regalo. Cuando se trata de primeras adquisiciones cabe que las víctimas sean captadas mediante anuncios —como vallas publicitarias— el empleo de nuevas tecnologías o mediante conocidos que ofrecen buenas posibilidades de trabajo —formas de adquisición que acostumbran a implicar engaño— directamente mediante la compra de la víctima a quien tiene poder sobre ella o el trueque —en algunos países asiáticos los niños víctima de trata son directamente comprados a sus padres, u objeto de cambio por bienes de consumo— o incluso con el empleo de mecanismos incluso más coercitivos, como el secuestro. Generalmente el empleo de medios como los últimos mencionados acostumbra a producirse en regiones desestabilizadas o que directamente padecen conflictos militares.

Las formas de adquisición de la víctima pueden asimismo dividirse en función de cual sea su finalidad, si la venta futura o bien la inmediata explotación. Cuando se trata de la futura venta, quien recluta vende a un intermediario, quien a su vez puede vender a la víctima al final explotador. Una modalidad de captación de las víctimas que podría considerarse específica de los supuestos de trata para explotación sexual es la seducción. Algunas víctimas de prostitución forzada son originariamente captadas a través de promesas de amor. KARA apunta cómo en Europa central y del este los “loverboys” son personas a la caza de chicas atractivas y vulnerables, que engatusan con regalos caros y promesas de un futuro juntos en uno de los países de destino, al que trasladan a la muchacha, forzándola a prostituirse una vez allí. En muchas ocasiones se emplean documentos falsos para efectuar el viaje, y tampoco es poco habitual que se haga ir a la chica primero, prometiéndole reunirse luego con ella, mientras en el país de destino la espera un supuesto amigo del novio, que acostumbra a ser un tratante o el regente de un burdel⁵².

⁵² Vid. KARA, *Sex trafficking*, op. cit., p. 9. Indica este autor como esta forma de captación es más habitual en los casos de trata en Europa. Sin embargo, indica que también es un mecanismo empleado para traficar mujeres desde América del Sur hasta Estados Unidos.

Una vez que la víctima ha sido captada, bien porque ha firmado un contrato mediante el que se le han ofrecido unas condiciones de trabajo razonables, mediante el empleo de fraude, bien porque se han empleado medios más coactivos, ésta es transportada al lugar donde la explotación va a tener lugar. En cuanto a las formas de traslado de la víctima, lo cierto es que las mismas admiten muy diversas modalidades, en función de si el traslado implica el cruce de fronteras, si las víctimas han consentido al mismo o si se produce en condiciones de legalidad o ilegalidad⁵³. Aunque el completo proceso que implica la trata no esté consentido por la víctima, lo cierto es que las víctimas a menudo consienten en el traslado. El transporte no necesariamente ha de ser internacional. En los supuestos de trata interna tiene lugar en el mismo país en que la captación se ha producido. En éstos la víctima, que puede ser cualquiera —nacional o extranjera— puede ser trasladada desde su lugar de origen a otro lugar del mismo país, o bien permanecer en su ciudad o núcleo poblacional de origen, con lo que tenemos casos de trata, como hemos antes indicado, que no requieren traslado geográfico. En los supuestos de trata interna, los traslados que se dan pueden implicar cambio de circunscripción administrativa, pero no necesariamente debe ser así.

Aun cuando la trata interna se produce y justamente por dicho motivo los documentos internacionales que la definen no requieren el cruce internacional de fronteras para considerar producido el fenómeno, lo más habitual todavía es que la trata implique el traslado del país de origen al de destino. Esto es, el tránsito de países de origen, generalmente países económicamente deprimidos, a países de destino. Al exponer las razones que explican la existencia de este fenómeno se harán más evidentes los motivos por los que la trata internacional es más habitual que la interna. Sin embargo, se observa cómo en algunos supuestos de trata el traslado tiene lugar en dos distintas fases. Una primera en la que se produce el traslado de un área rural a otra urbana dentro del mismo país, y un segundo momento en que se produce el traslado internacional de las víctimas. Se considera que la finalidad de este proceso en dos fases de traslado es conseguir una mayor destrucción psicológica de los tratados antes de trasladarlos a otro país⁵⁴.

Una vez en el país de destino, puede tener lugar un nuevo traslado, en el que nuevamente no tiene mayor relevancia el traslado geográfico. A esta situación nos hemos referido también al hablar de la captación. Esto es, una vez que la víctima ya ha sido traficada e internacionalmente trasladada, puede serlo nuevamente en el país de destino. Es común que cuando lleguen al país de destino las víctimas sean cambiadas de lugar de explotación con frecuencia, con lo que puede suceder que

⁵³ Cfr. REPETSKAIA, "Classifying the Elements of Human Trafficking Crimes", op. cit., p. 48.

⁵⁴ Sobre esta práctica, que se deduce del método de entrevistas por él analizado que está cada vez más extendida, vid. KARA, Sex trafficking, op. cit., p. 11.

la víctima sea trasladada de un país a otro, que lo sea dentro de las fronteras del primer país al que se la ha destinado o que ni siquiera se produzca un traslado en el espacio, sino que simplemente la víctima pase de estar bajo el control de un tratante al de otro⁵⁵.

Los medios de transporte empleados en el traslado de las víctimas pueden ser también de lo más variados. Cuando se accede al país de destino legalmente, se acostumbran a emplear medios de transporte públicos. No así cuando la entrada del país es ilegal, en que los medios de transporte empleados acostumbran a ser privados.

Llegamos a la tercera de las fases del proceso, la de la explotación. En ella la víctima ha llegado ya al lugar de destino, generalmente se halla indocumentada, puede que ni siquiera tenga información acerca de dónde se encuentra, generalmente carece de cualquier tipo de apoyo social o familiar y además, las más de las veces, incluso carece de las capacidades idiomáticas necesarias para comunicarse con normalidad. En dicha situación de aislamiento resulta fácil someter a la víctima. Si ésta ha sido traficada empleando el engaño o el fraude, es en el lugar de destino donde descubre en qué se torna el supuesto trabajo para el que se había trasladado al Estado de destino. Si ha sido traficada mediante el empleo de medios coercitivos, el empleo de los mismos suele mantenerse a lo largo de todo el proceso. Sin embargo, en el momento en que la víctima llega al lugar de destino ha sufrido ya tal proceso de destrucción psicológica y de aislamiento que asumir la situación de explotación puede parecer la única salida posible. También en esta tercera fase del proceso, que es propiamente la que representa la esclavitud, las formas de explotación varían sustancialmente en función de determinados criterios cualitativos, tales como cuál sea el objeto de explotación, el tipo de coacción empleado, el sector económico en que las víctimas son explotadas o el tipo de trabajo que ellas desarrollan⁵⁶. En cualquier caso, lo que resulta común a todas ellas es que en esta fase las víctimas resultan obligadas a desarrollar una serie de actividades con significación económica y que generalmente no reciben salario alguno por desempeñarlas y en caso de recibir algún tipo de emolumento éste resulta desproporcionadamente bajo atendiendo al importe económico que tiene la actividad que desarrollan.

En referencia a las formas de coerción que pueden emplearse en esta fase, los tratantes generalmente recurren bien a formas de coerción física, bien de coerción

⁵⁵ En este sentido, SERRA CRISTÓBAL en SERRA CRISTÓBAL/LLORIA GARCÍA, *La trata sexual de mujeres*, op. cit., pp. 77-78.

⁵⁶ De esta opinión, REPETSKAIA, "Classifying the Elements of Human Trafficking Crimes", op. cit., p. 55.

psicológica, a las que se añade la coerción legal⁵⁷. La coerción física no implica más que el empleo de la fuerza física. En estos supuestos se recurre a la fuerza física, a golpear a la víctima, para forzar la explotación, empleándose el castigo físico como mecanismo para enseñar a la víctima el código de reglas a cumplir. Además del castigo físico, en este tipo de coerción se incluye también la privación de ciertos bienes esenciales sin los que la víctima no puede subsistir, como la comida, el agua, e incluso la asistencia médica, que acaban produciendo daños físicos en la víctima. También el empleo de sustancias narcóticas o drogas se incluye en este conjunto de medios. En cuanto a la coacción psicológica, consiste en someter a la víctima a situaciones de violencia psíquica. Éstas pueden consistir en la amenaza de hacer públicas informaciones difamatorias para la víctima o su familia, las amenazas de empleo de violencia o la violencia económica, esto es, aprovechar la situación de dependencia económica de la víctima para explotarla. Así, por ejemplo, en los casos de servidumbre por deudas, el tratante tiene en la deuda, y en su posible incremento, un instrumento de presión. Generalmente, las víctimas acaban debiendo a los tratantes el importe del viaje así como los gastos generados para la preparación de los documentos, con lo cual habitualmente tienen una deuda que saldar. A ésta, además, se puede añadir el montante del alojamiento y la manutención, e incluso los gastos médicos, si en algún momento llega a facilitarse asistencia médica. Finalmente, cabe una tercera forma de coerción, la denominada coerción legal, que se produce cuando existe una relación jurídica de base, como el matrimonio, la custodia o la adopción, que sirva como apoyo para inducir la explotación.

Para finalizar la explotación, que siempre consiste en sacar provecho de la actividad ajena, puede consistir tanto en aprovecharse del trabajo legal como del ilegal que la víctima desarrolle, además, evidentemente, de sacar provecho económico de la propia fisonomía de la víctima —así de la venta de sus órganos, o del alquiler de su útero, por ejemplo—.

El proceso de trata contribuye a la destrucción psicológica de la víctima. Las conductas con relevancia criminal de que se hace objeto a la víctima de la trata —además, obviamente, del delito de trata en sí mismo considerado— consisten en amenazas, extorsión, apropiación de los documentos de identidad de la víctima y atentados contra la propiedad, detenciones ilegales y secuestros, delitos contra la libertad sexual de la víctima, lesiones e incluso homicidios y asesinatos, intentados o consumados⁵⁸.

Los delitos cometidos habitualmente en la fase de recluta, además de aquellos que puedan implicar la formulación de falsas promesas —en el caso del ordena-

⁵⁷ Cfr. REPETSKAIA, o.u.c., pp. 55-57.

⁵⁸ Al respecto, vid. ZHANG, *Smuggling and Trafficking in Human beings*, op. cit., p. 9.

miento penal español, estafas o delitos contra los derechos de los trabajadores— consisten fundamentalmente en el raptó —nuestra detención ilegal— y falsificación de documentos. En la fase de transporte y entrada, pueden cometerse malos tratos, lesiones, privaciones de libertad, violaciones y otros atentados contra la libertad sexual e incluso prostitución forzada, pero también falsificación y retención de documentos, corrupción de funcionarios o infracciones de la correspondiente Ley de extranjería. Durante la fase de explotación, que según el concepto normativo de trata ya no forma propiamente parte de ésta, los delitos cometidos pueden consistir en coacciones, amenazas, determinación a la prostitución así como otros delitos contra la libertad sexual —entre ellos la violación, los abusos y las agresiones sexuales— lesiones, malos tratos, detenciones ilegales, sustracción de documentos, abortos forzados, tortura e incluso el homicidio⁵⁹. A éstos podrían añadirse, en el caso del ordenamiento penal español, los delitos contra los derechos de los trabajadores, entre otros posibles ilícitos que puedan cometerse en estos supuestos. Y en el caso de aquellos ordenamientos que junto a la trata prevean la esclavitud, será éste el principal delito a añadir a los mencionados como comisibles en la fase de explotación.

VI. LAS DISTINTAS MANIFESTACIONES DE LA TRATA DE SERES HUMANOS

Como se ha indicado, el ciclo de la trata de seres humanos se cierra con la explotación de éstos, que es la finalidad que mueve el proceso. Ciertamente, la que constituye propiamente fase de explotación no integra, como se ha visto, el concepto normativo de trata, que se circunscribe a la captación y al transporte o traslación del control sobre la persona. Sin embargo, en la concepción criminológica de la trata es justamente la finalidad de explotación que principalmente se persigue para con la víctima la que ha servido para clasificar las formas, o si se prefiere, las distintas manifestaciones de la trata. Tanto es así que estas distintas manifestaciones del fenómeno han sido las que han hallado reflejo, como se ha visto con sutiles diferencias, en los documentos internacionales que han fijado el concepto normativo de trata. Sobre esta base, se ha distinguido la trata para explotación sexual y la trata para explotación laboral. Junto a estas formas de

⁵⁹ Refieren estos delitos, aunque en su correspondiente jurídico-penal propia de Estados Unidos, ZHANG, o.u.c., p. 10; ARONOWITZ, *Human Trafficking, Human Misery. The global trade in human beings*, op. cit., pp. 105 y ss.; NACIONES UNIDAS. OFICINA CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, *Manual para la lucha contra la trata de personas*, op. cit., p. 113.

trata, se incluyen otras manifestaciones específicas de la misma, como el tráfico de órganos, la recluta de niños en conflictos armados e incluso la trata de niños para adopciones ilegales⁶⁰. Más recientemente, la aprobación de la Directiva 2011/36/UE ha permitido añadir a estas formas tradicionales de trata la que tiene por finalidad la explotación criminal de las víctimas.

En definitiva, en la mayor parte de supuestos de trata, lo que el tratante busca es explotar económicamente a la víctima, fundamentalmente mediante la apropiación del beneficio obtenido por ésta a través de la prestación de determinados servicios. Con carácter general, pues, las formas de trata se establecen en función del servicio que presta la víctima. Cuanto menos en las dos primeras formas de trata nos hallamos frente al forzamiento de la víctima a la prestación de un servicio, que puede ser legal o ilegal en función de la clase de servicio prestado y también del Estado en que se preste. De la trata consistente en la explotación de la prestación de servicios se ha desgajado la trata para explotación sexual, probablemente porque en sus orígenes la trata de personas se relacionó esencialmente con la sexual de mujeres y niños, por lo que esta forma de explotación se ha mantenido singularizada. Junto a la trata para la explotación de los servicios prestados por la víctima —sean de tipo sexual o cualquier otro tipo de prestación labora— se han singularizado otros tipos de trata, que bien tienen como objeto a menores de edad, y en ese sentido no siempre suponen la explotación económica del menor, como la recluta para la intervención en conflictos armados, o la trata para adopciones ilegales, o que tienen directamente como objetivo la explotación de la misma fisonomía de la víctima —así los supuestos de trata para extracción de órganos o los supuestos de trata para gestación—.

Atendiendo, pues, a los posibles ámbitos en los que se produce la explotación económica de la persona esclavizada, lo mismo que se ha identificado en el campo de la trata de personas —a menudo el camino que conduce a la esclavización— pueden distinguirse los siguientes supuestos:

- La explotación sexual: se trata de la forma de explotación más detenidamente analizada desde la academia, pese a que no es la que más víctimas genera, como después veremos. También es aquella cuyos contornos han suscitado más debate, pues se ha tratado del ámbito en que los movimientos abolicionistas respecto de la prostitución han pretendido inci-

⁶⁰ Una completa descripción de las tipologías de la trata puede hallarse en PÉREZ CEPEDA, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, op. cit., pp. 32 y ss.; PÉREZ ALONSO, *Tráfico de personas e inmigración clandestina*, op. cit., pp. 73 y ss.; VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho internacional*, op. cit., pp. 64 y ss.; SCARPA, *Trafficking in Human Beings. Modern slavery*, cit., pp. 22 y ss.

dir —sobre todo mediante el diseño de instrumentos internacionales para proteger a las víctimas de trata— para incriminar cualquier caso de favorecimiento de la prostitución ajena⁶¹. Deberían entenderse incluidos en este ámbito todos los supuestos de explotación de cualquier tipo de servicios de contenido sexual prestados por las víctimas. Cabrían pues aquí los casos de explotación de la prostitución ajena —incluyéndose únicamente la forzada, en atención a los medios comisivos que deben concurrir en la explotación—, pero también la de cualquier otro tipo de actividad sexual, como el empleo para la elaboración de material pornográfico o en espectáculos pornográficos. Junto a la intervención en este tipo de actividades de naturaleza sexual, podrían entenderse incluidos en este tipo de explotación los supuestos de matrimonios forzados o venta de esposas⁶².

Ciertamente, la trata de seres humanos para obligar a las personas tratadas a contraer matrimonio ha sido específicamente mencionada como una de las posibles finalidades de explotación de la trata en el CP español mediante la reforma operada al Código Penal español por Ley Orgánica 1/2015 (art. 177.1.e). Esto sin que ningún instrumento internacional obligase a tal incriminación específica, sobre todo atendiendo a que la misma podía ya entenderse comprendida en el concepto de trata para explotación sexual e incluso en el amplio concepto de trata para explotación laboral consistente en la prestación de servicios forzados⁶³. Sin embargo, ante el peligro de privilegiar a los tratantes que trafican con víctimas para obligarlas a contraer matrimonio al incriminar el matrimonio forzado como delito contra la libertad de obrar en el art 172 bis CP de no haberse contemplado específicamente esta forma de trata, resulta adecuado, cuanto menos a efectos pedagógicos, la referencia expresa al destino al matrimonio forzoso de la víctima como una de las posibles manifestaciones de la trata, máxime atendiendo a que éste resulta un fenómeno sobre el que cada vez se cuenta con más información en literatura especializada⁶⁴.

⁶¹ Acerca de tales cuestiones vid. VILLACAMPA ESTIARTE, El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho internacional, op. cit., pp. 65 y ss.

⁶² Vid. PÉREZ ALONSO, Tráfico de personas e inmigración clandestina, op. cit., 2008, pp. 75-76.

⁶³ Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional, op. cit., pp. 65 y ss.

⁶⁴ Al respecto, en la literatura española, vid. IGAREDA GONZÁLEZ, “El problema de los matrimonios forzados como violencia de género”, en Oñati Socio-legal Series, v. 5, n. 2 (2015), pp. 613 y ss; IGAREDA GONZÁLEZ, “Matrimonios forzados: ¿otra oportunidad para el derecho penal simbólico?”, Indret, enero 2015; TORRES ROSELL, “Matrimonio forzado: aproximación fenomenológica y análisis de los procesos de incriminación”, Estudios Penales y Criminológicos, 2015, pp. 831 y ss.

- La explotación laboral: podrán entenderse comprendidos en esta categoría todos los demás supuestos de explotación en que el objeto de la misma tiene que ver con la realización de cualquier tipo de actividad productiva por parte de la víctima, tanto si la explotación es para una actividad legal, como si se trata de explotar a la víctima en actividades de carácter ilícito. La mayor parte de víctimas de las contemporáneas formas de esclavitud se hallan comprendidas en este supuesto, en que la victimización no afecta tan hegemonícamente a mujeres y niñas como en la explotación sexual, pues aquí el sexo victimizado en mayor medida depende del tipo de actividad laboral en que se emplee a los esclavos. El número de víctimas varones es superior al de mujeres cuando la explotación se produce en plantaciones agrícolas, mientras que la explotación para el servicio doméstico afecta más a las mujeres.

En relación con la explotación de las víctimas en actividades productivas, una forma habitual de explotación de éstas consiste en aprovecharse de su trabajo en plantaciones agrícolas. Constituye ésta un tipo de práctica que se halla muy extendida en la zona oeste y central de África. En países como Benin, Gabón, Mali, Costa de Marfil, Ghana, Nigeria, Togo, Camerún, Burkina Faso, Guinea e incluso Níger no es poco habitual que niños y adolescentes sean explotados en plantaciones agrícolas. Tanto es así que en 2005 se firmó a impulso de varios senadores norteamericanos el protocolo del cacao, que establece un sistema de certificación de cacao producido por trabajadores no esclavizados para productores de Ghana y Costa de Marfil. De la plaga de la explotación de trabajadores en plantaciones agrícolas, sin embargo, no escapan tampoco países del primer mundo, siendo sonados algunos casos de explotación de peones mejicanos en plantaciones agrícolas en Estados Unidos, en zonas como Texas, Arizona o Nuevo Méjico, como sucedió con el famoso caso Flores⁶⁵.

Asia, pese a constituir un ámbito geográfico donde la explotación sexual de esclavos se halla extendida, también constituye un continente donde la que supone explotación laboral se halla claramente establecida en algunos ámbitos. Han sido denunciados los casos de explotación producidos en la industria de ladrillos en India o Pakistán, que constituyen ejemplos claros de esclavitud por deudas, pero también los de muchos menores que prestan servicios en situación de esclavitud en la producción de alfombras en estos mismos países⁶⁶. Asimismo, en el sudeste asiático se han documentado casos de explotación en condiciones de esclavitud en la industria

⁶⁵ Ampliamente, BALES/TRODD/WILLIAMSON, *Modern Slavery*, op. cit., pp. 43 y ss.

⁶⁶ Vid. BALES, *La nueva esclavitud en la economía global*, op. cit., pp. 159 y ss.

pesquera, con tripulaciones cautivas en barcos de pesca en Tailandia⁶⁷, lo mismo que los casos de explotación laboral que están comenzando a documentarse en China para alimentar la necesidad incesante de mano de obra de esta emergente potencia industrial. Pero otras regiones del planeta tampoco escapan a este tipo de prácticas, de éstas constituye un ejemplo paradigmático la explotación de trabajadores brasileños en los hornos de carbón vegetal en la selva amazónica.

Mención aparte merece la esclavitud doméstica, que siendo una de las formas de explotación en actividades lícitas que más generalizada se encuentra en regiones del globo, con el consiguiente creciente interés en su estudio, se halla todavía muy oculta, debido probablemente al aislamiento en que viven muchos esclavos domésticos⁶⁸. Sin embargo, en algunas zonas, como Estados Unidos, se considera que el número de personas sometidas a este tipo de explotación es el segundo más elevado en número total de esclavos⁶⁹, y en Europa se están descubriendo paulatinamente más casos, que parece que se producen a iniciativa privada de personas adineradas y con cierta posición social —como diplomáticos⁷⁰— sin la intervención de redes organizadas que se dediquen al traslado de personas con la finalidad de someterlas a ese tipo de esclavitud. Un célebre ejemplo de este tipo de esclavitud es el que aborda la sentencia del TEDH en el caso *Siliadin vs. Francia* —dictada el 26-07-2005— en que se condenó al Estado francés por violación del art. 4 Convenio Europeo de Derechos Humanos en el supuesto de una adolescente togolesa que había sido trasladada de su país natal a París, donde había sido explotada durante años en el servicio doméstico de dos familias de su misma nacionalidad.

Pero la explotación de una persona para la realización de actividades productivas, más allá del trabajo legal también puede referirse a la realización de actividades ilícitas, así la comisión de delitos o la práctica de la mendicidad. De hecho, la trata para explotación criminal ha ganado carta de

⁶⁷ Vid. SCARPA, *Trafficking in human beings. Modern slavery*, op. cit., p. 29.

⁶⁸ Ampliamente sobre la problemática específica referida a este tipo de esclavitud, así como sobre los métodos empleados por los patronos para someter a sus víctimas, vid. BALES/SOODALTER, *The Slave next door*, op. cit., pp. 18 y ss.

⁶⁹ Sobre el particular, FREE THE SLAVES AND HUMAN RIGHTS CENTER (University of California at Berkeley), *Hidden Slaves: Forced labor in the United States*, septiembre 2004, archivo pdf. accesible en www.freetheslaves.net (última visita 15-03-2017), p. 14.

⁷⁰ Vid. COUNCIL OF EUROPE (PARLIAMENTARY ASSEMBLY), *Domestic Slavery*, report submitted by Mr. John Connor to the Committee on Equal Opportunities for Women and Men (17 May 2001), Doc 9102, accesible en <http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/doc01/EDOC9102.htm> (última visita 15-03-2017).

naturaleza normativa tras su previsión específica en la Directiva 2011/36/UE; sin embargo, anteriormente este tipo de trata podía considerarse una forma de trata para explotación laboral⁷¹.

En relación con la explotación de la práctica de la mendicidad, en los últimos años se observa como este tipo de actividad está siendo desarrollada cada vez más por personas que vienen obligadas a ello. Generalmente se recurre al empleo de menores desplazados a quienes se traslada desde sus lugares de origen a países del primer mundo para mendigar en las calles de las ciudades, pues se considera que son más capaces que los adultos de inducir lástima. Sin embargo, en ocasiones también se emplea a adultos que padecen algún tipo de mutilación física o discapacidad sensorial o mental. La mendicidad callejera como actividad para la que se emplea esclavos constituye una práctica identificada en algunos países del este asiático. Así, niños y adultos camboyanos son trasladados forzosamente a Tailandia para la práctica de este tipo de actividad, lo que se documenta desde 1997⁷². El fenómeno también se halla extendido en Europa, en que el 6.4% de las víctimas de trata asistidas en países del Sur-este europeo en 2004 eran personas que habían sido traficadas tanto para la práctica de la mendicidad como para la realización de actividades delictivas, como pequeños robos, o venta de drogas⁷³. En cuanto a su nacionalidad, fundamentalmente se trataba de albanos, búlgaros, rumanos y moldavos.

Junto a la mendicidad callejera, otra posible forma de explotar a las víctimas de la moderna esclavitud consiste en su empleo para la realización de actividades ilícitas, tales como pequeños hurtos, e incluso la comisión de delitos contra la salud pública —así pequeños actos de tráfico de drogas, o directamente ser utilizados como “mulas” en su traslado al país de destino—. Incluso otra de las posibles actividades ilícitas en las que se obliga a colaborar a las víctimas puede ser en la misma trata de personas, forzándolas a realizar tareas de vigilancia o transporte de las víctimas u otro tipo de actividades secundarias en esta actividad⁷⁴. El uso de perso-

⁷¹ Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, op.cit., pp. 72 y ss.

⁷² Al respecto, vid. ILO, *A New kind of Trafficking: Child Beggars in Asia*, 1998, 26 world of Work, passim. accesible en <http://www.ilo.org/public/english/bureau/inf/magazine/26/child.htm> (última visita 17-03-2017).

⁷³ En relación con estos datos, SCARPA, *Trafficking in human beings. Modern slavery*, op. cit., p. 31 y bibliografía allí citada.

⁷⁴ Al respecto, por todos, SCARPA, *Trafficking in human beings, Modern slavery*, op. cit. pp. 29-30; SERRA CRISTÓBAL, en SERRA CRISTÓBAL/LLORIA GARCÍA, *La trata sexual de mujeres*, op. cit., p. 96.

nas forzadas a la comisión de actos delictivos como forma de explotación ha sido documentada en varios estudios recientemente. En España se llevó a cabo un estudio cualitativo con 45 mujeres encarceladas en dos prisiones catalanas, 10 de las cuales se concluyó que habían sido víctimas de trata de seres humanos para ser empleadas en 8 de los casos como mulas portando droga, y en otros 2 supuestos cometiendo delitos contra el patrimonio⁷⁵. Con carácter anterior, habían sido detectadas como víctimas de trata internas en diversos centros penitenciarios en Inglaterra y Gales⁷⁶. Posteriormente, el programa europeo RACE, coordinador por *Free the Slaves*, ha puesto de manifiesto la existencia de evidencia acerca de este tipo de trata en Gran Bretaña, Irlanda, República Checa u Holanda, mayoritariamente a través de la explotación de los tratados en el cultivo de cannabis o en la delincuencia patrimonial callejera⁷⁷.

- Para concluir, otras formas de explotación de las víctimas, que se refieren exclusivamente a los menores, pueden consistir en el empleo de éstos en conflictos armados —como esclavas sexuales de la soldadesca en ocasiones en el caso de las niñas o realizando actividades como correo o directamente de lucha en el caso de los niños— o en su destino a adopciones ilegales —en este segundo caso sólo cuando la finalidad de la adopción suponga algún tipo de explotación, ya sexual ya de actividad productiva del menor—⁷⁸. Finalmente, la explotación directa de la fisionomía de la víctima, a través de la extracción de órganos u otros elementos corporales —como la sangre— constituye una forma particularmente abyecta de explotación.

⁷⁵ Ampliamente sobre esta investigación, VILLACAMPA ESTIARTE/TORRES ROSELL, “Mujeres víctimas de trata en prisión en España”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 8, 2012, pp. 411 y ss.

⁷⁶ En tal sentido, HALES/GELSTHORPE, *The criminalisation of Migrant Women*, Institute of Criminology. University of Cambridge, Cambridge, 2012, *passim*.

⁷⁷ RACE, *Trafficking for Forced Criminal Activities and Begging in Europe. Exploratory Study and Good Practice Examples*, 2015, archivo accesible en http://www.antislavery.org/includes/documents/cm_docs/2014/t/trafficking_for_forced_criminal_activities_and_begging_in_europe.pdf (últ. visita 15-03-2017), pp. 14 y ss.

⁷⁸ Únicamente las adopciones con finalidad de explotación podrían considerarse una forma de trata de seres humanos, como se deduce de los trabajos preparatorios del Protocolo de Palermo, y como se afana en aclarar el US DEPARTMENT OF STATE, *Trafficking in Persons Report*, 2010, pdf. Accesible en www.state.gov (última visita 13-02-2017), p. 8.

VII. LA TRATA DE SERES HUMANOS: UN FENÓMENO DIFÍCILMENTE CUANTIFICABLE

Cuando se trata de cuantificar la trata de seres humanos y la moderna esclavitud en general, el camino se halla sembrado de dificultades. La aproximación fenomenológica a cualquier realidad, sobre todo si con ella se pretende comprender la magnitud del problema frente al que las instancias institucionales se enfrentan, requiere conocer la prevalencia de este tipo de actuaciones. En el ámbito que ahora nos ocupa la obtención de dicha información está deviniendo una tarea tan compleja que un sector nada desdeñable de la literatura se ha ocupado específicamente de los problemas a los que los investigadores deben enfrentarse para obtener datos acerca de este fenómeno. El problema principal para la obtención de datos y la cuantificación son la escasez de los mismos y la imposibilidad de comparar los recopilados al respecto. Como consecuencia no existe demasiada información fidedigna sobre el particular, no solo por la ausencia de datos comparables, sino también por las mismas características de la moderna esclavitud y la trata de personas, que constituyen conductas a menudo cometidas en el marco de la delincuencia organizada transnacional, así como la propia invisibilidad de las víctimas, que en la mayor parte de ocasiones no están en condiciones de denunciar y que en muchos casos no llegan ni quiera a identificarse como tales.

La ausencia de datos reales ha dado lugar a muchas estimaciones. Las cifras que se habían venido publicando hasta la salida a la luz de estudios efectuados sobre la base de metodologías expuestas y contrastadas no pasaban más que de meras aproximaciones de escaso valor práctico, pero tenían gran potencialidad a efectos de incentivar una visión distorsionada del problema. El baile de cifras y estimaciones acerca de la dimensión que fenómenos como el de la moderna esclavitud y la trata tienen ha contribuido no solo al desconocimiento de esta realidad, sino posiblemente a la magnificación de la misma, pues constituye un elemento común que acompaña a las estimaciones la afirmación, por ejemplo, de que la trata de personas es un fenómeno en franca expansión. Tanto es así que hay autores que se preguntan si la reacción de la comunidad internacional especialmente contra la trata, urgiendo a los países a su incriminación, no estará basada en el pánico moral inducido por dudosas estimaciones, como en su momento sucediera ya con la trata de blancas.

Sin embargo, con el objeto de poner fin a esta situación de desinformación, además de producirse el diseño de sistemáticas para la recogida de datos a adoptar con carácter universal, en los últimos años se han implementado mecanismos de cuantificación que nos permiten acercarnos un poco más a esta realidad. A este respecto, dos son los instrumentos y los documentos de ellos derivados que deben

ser destacados. El primero de ellos viene constituido por las estimaciones sobre la prevalencia global de trabajo forzoso que ha efectuado la OIT desde 2005, aplicando el llamado “Counter-Trafficking Module Database” y el segundo es la base de datos global contra la trata de personas (GPAT) de la Oficina de Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (UNODC), que recoge de manera sistemática la información de distintos países, que puede ser así comparada, y ha dado lugar ya a la emisión de diversos informes globales sobre trata en 2006, 2009, 2012, 2014 y 2016.

En tres distintas ocasiones la OIT ha efectuado informes globales de seguimiento de la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo conteniendo estimaciones acerca de las dimensiones del trabajo forzoso en nuestra sociedad. La primera de ellas en 2005, puede considerarse la primera estimación acerca de las modernas formas de esclavitud efectuadas empleando metodología propia, contrastada y expuesta pormenorizadamente, obteniéndose un montante estimado de personas sometidas a trabajo forzoso en el mundo⁷⁹. La segunda de ellas en 2009, en que, sin efectuarse una estimación del número de personas en dicha situación, más allá de lo concluido en 2005, se cuantificó el coste que este tipo de fenómeno tenía, tanto en lo referente a las ganancias que ello generaba para los explotadores, como en lo concerniente a lo dejado de ingresar por los trabajadores forzosos⁸⁰. Finalmente, el último de los informes globales, el de 2012, contiene de nuevo una segunda estimación acerca del número de personas sometidas a trabajo forzoso en el mundo, obteniéndose las cifras mediante el empleo de la misma metodología que se empleara en la estimación del informe de 2005, aunque mejorada⁸¹.

Con independencia de los costes económicos que tiene el trabajo forzoso, aspecto este a que ya se ha aludido anteriormente, en lo que a las estimaciones de personas sometidas a trabajo forzoso efectuadas en 2005 y 2012 por la OIT se refiere se ha empleado la misma metodología, si bien mejorada en la segunda de las ocasiones. Aunque en otros tipos de estimaciones globales la OIT con-

⁷⁹ Vid. OIT, Una alianza global contra el trabajo forzoso, Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, Informe IB, Conferencia Internacional del Trabajo, 93ª reunión, Ginebra, 2005, pdf. accesible en www.ilo.org (última visita 19-02-2017), passim.

⁸⁰ Vid. OIT, El costo de la coacción, Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, Informe IB, Conferencia Internacional del Trabajo, 98ª reunión, Ginebra, 2009, pdf. accesible en www.ilo.org (última visita 19-02-2017), passim.

⁸¹ Ampliamente sobre la metodología y los resultados de esta segunda estimación, vid. ILO, ILO Global Estimate of Forced Labour. Results and methodology, pdf. accesible en www.ilo.org, (última visita el 06-02-2017), 2012, passim.

taba con los datos que le facilitaban los países, respecto al trabajo forzoso, al no contar con datos fiables procedentes de instancias nacionales, desarrolló su propia metodología. La misma consistió en 2005 y 2012 en un método estadístico especial designado como “doble muestreo” de los casos de trabajo forzoso notificados. Este procedimiento, también denominado de captura-recaptura, en su forma más simple, consiste en confeccionar dos listas independientes (captura y recaptura), en que cada una de ellas representa una muestra aleatoria de la población objeto de valoración. Se cuenta el número de personas que aparecen en cada una de las listas, así como el que aparece en ambas listas, de manera que las tres cifras resultantes constituyen la base de la valoración del tamaño del conjunto de la población considerada⁸². En las dos estimaciones de la OIT, dos equipos compuestos por personas distintas elaboraron dos listas independientes, tanto en 2005 como en 2012 sobre la base de notificaciones validadas de casos de trabajo forzoso⁸³.

El concepto de trabajo forzoso de que se parte en ambos supuestos es el contemplado en el Convenio núm. 29 OIT, que incluye el trabajo forzoso impuesto por el Estado y el impuesto por agentes privados —tanto con fines de explotación sexual comercial⁸⁴, como con fines de explotación laboral, que se refiere a todo aquel impuesto con fines distintos a la explotación sexual comercial⁸⁵—. Se consideran incluidos en el concepto de trabajo forzoso la esclavitud, prácticas similares a la esclavitud, servidumbre por deudas y servidumbre de la gleba y también la trata de personas, salvo la que tiene por finalidad la extracción de órganos, los matrimonios forzados o la adopción ilegal⁸⁶.

Partiendo de tales conceptos, en 2005, en valoración mínima de trabajo forzoso, se estimó que el número global de víctimas ascendía a 12.300.000. De éstas, el grupo más numeroso fue el de aquellos que fueron víctimas de explotación económica (7.810.000 personas), seguidos por aquellos que fueron explotados por el Estado y los militares (2.490.000 personas) y finalmente, al margen del grupo residual que se describía como mezcla (610.000 personas), los explotados con fines

⁸² Vid. OIT, *Una alianza global contra el Trabajo forzoso*, op. cit., pp. 11 y 12.

⁸³ Que incluían casos recopilados por los medios de comunicación (periódicos, radio, televisión, internet), organizaciones no gubernamentales, documentos de los gobiernos, otras organizaciones internacionales, informes académicos, informes sindicales y los mismos informes OIT. Vid. ILO, *ILO Global Estimate of Forced Labour*, op. cit., p. 21.

⁸⁴ Que incluye supuestos de hombres y mujeres que han entrado involuntariamente en la prostitución o en otras formas de actividad sexual comercial, o los que han entrado en la misma por voluntad propia, pero no pueden abandonarla, así como los niños que son obligados a ejercer actividades sexuales comerciales.

⁸⁵ En el que se incluyen, entre otros, el trabajo en servidumbre, el trabajo doméstico forzoso o el trabajo forzoso en la agricultura y en áreas rurales remotas.

⁸⁶ ILO, *ILO Global Estimate of Forced Labour*, op. cit., pp. 19-20.

de explotación sexual ascendían a 1.390.000 personas. En cuanto a la trata de personas, el número mínimo de personas tratadas estimado era de 2.450.000. En consecuencia, solo alrededor del 20% del trabajo forzoso y sólo una cuarta parte del trabajo forzoso exigido por los agentes privados era el resultado de la trata.

En la estimación efectuada en 2012 con datos recogidos comprendiendo el período 2002-11⁸⁷, la OIT concluye que 20.900.000 personas —alrededor de 3 de cada mil personas— son víctimas de trabajo forzoso en todo el mundo. Esta cifra representa una estimación conservadora —que no mínima, como en 2005— con un error estándar del 7% (1.400.000), lo que sitúa la cifra entre 19.500.000 y 22.300.000 personas, con un 68% de nivel de confianza.

De éstas, 18.700.000 personas (90%) son explotadas por la economía privada, frente a sólo 2.200.000 personas (10%) explotadas por el Estado, por ejemplo en trabajo penitenciario que incumple los estándares de la OIT, en trabajo impuesto por el ejército estatal o por fuerzas militares rebeldes. En 2012 se incide en la tendencia que aparecía ya clara en la estimación de 2005, aunque de forma evidente, confirmando que el trabajo forzoso se produce en gran medida en el sector privado. De los explotados en la empresa privada, sólo 4.500.000 personas (22%) son víctimas de explotación sexual forzada, frente a 14.200.000 personas (68%) sometidas a explotación laboral forzada en actividades económicas como la agricultura, la construcción, el trabajo doméstico o en ciertas manufacturas. La mayor relevancia de la explotación laboral frente a la sexual es algo que ya se reflejaba en la estimación de 2005, pese a que hasta el momento la trata para explotación sexual haya centrado mucho más el interés de académicos y grupos de intervención que la trata para explotación laboral.

En relación con los informes globales sobre tráfico de seres humanos de UNODC, pese a que no hayan tenido la trascendencia de los informes de la OIT, en el sentido de dar a conocer resultados obtenidos de los datos recopilados directamente por la organización y con el empleo de una metodología *ad hoc*, la Oficina contra la Droga y el Delito de Naciones Unidas ha elaborado cinco informes mundiales sobre trata de personas, el primero en 2006⁸⁸, seguido de los de

⁸⁷ Amplia exposición de los resultados en ILO, ILO Global Estimate of Forced Labour, op. cit., pp. 13 y ss. Con carácter más sintético, ILO, 21 million people are now victims of forced labour, ILO says, accesible en www.ilo.org (última visita 12-02-2017), pp 1-3.; ILO, Questions and answers on forced labour, accesible en www.ilo.org (última visita 12-02-2017), pp. 1-5.

⁸⁸ Vid. UNODC, Trafficking in persons: global patterns, 2006, pdf. accesible en www.unodc.org (última visita 13-02-2017).

2009⁸⁹, 2012⁹⁰, 2014⁹¹ y 2016⁹² todos ellos sobre la base de los datos facilitados a la organización por los países sometidos a estudio. En éstos, a diferencia de la realidad analizada por la OIT, se trata de dar a conocer aspectos relacionados con la realidad de la trata de personas, partiendo del concepto que de la misma ofrece el Protocolo de Palermo, esto es, datos concernientes de los procesos conducentes a una situación de esclavización más que a la esclavización misma.

El último de los informes de Naciones Unidas indica cómo ninguno de los 136 países analizados resulta inmune a la trata de seres humanos, dado que los flujos de trata detectados en los dos últimos años son variados, desde intra hasta intercontinentales. En países del sur y el occidente europeo se han hallado víctimas de hasta 137 distintas nacionalidades, de forma semejante a lo que sucede en otros países de destino, como los norteamericanos o del medio este. Se detecta un cambio en el perfil de las víctimas de la trata en los últimos diez años, puesto que de cada vez se visibiliza más la victimización de los hombres por estas conductas. Si en los originarios informes de Naciones Unidas se indicaba que mayoritariamente las víctimas de este fenómeno eran mujeres y niñas sexualmente explotadas, en la actualidad el perfil de las víctimas es menos homogéneo. Ya en 2014, el 28% de las víctimas detectadas fueron menores (niñas y niños) y el 21% hombres, si bien las mujeres continúan siendo el 51% de las víctimas. Además, entre 2012 y 2014 un 40% de las víctimas de trata lo era para explotación laboral, de las cuales el 63% resultaron ser hombres. Generalmente las víctimas y sus traficantes tienen la misma nacionalidad o procedencia, lo que puede favorecer la confianza de la víctima, lo mismo que tener el mismo sexo que ésta, haciendo así también más fácil la captación. Por último, cabe destacar como las finalidades de explotación de la trata también se han diversificado; si bien la trata para explotación sexual y laboral continúan siendo las más comunes, las víctimas son tratadas para ser empleadas como mendigos, para hacerlas contraer matrimonios forzados o de conveniencia, emplearlas en el fraude de prestaciones, en la producción de pornografía o para la extracción de órganos.

⁸⁹ El contenido completo del informe se ha publicado como UNODC, Global report on Trafficking in Persons, 2009, pdf. accesible en www.unodc.org (última visita 13-02-2017).

⁹⁰ El texto completo se contiene en UNODC, Global report on trafficking in persons, 2012, pdf. accesible en www.unodc.org (última visita 13-02-2017). En español, UNODC, Informe mundial sobre trata de personas 2012. Resumen ejecutivo, pdf. accesible en www.unodc.org (última visita 13-02-2017).

⁹¹ El contenido completo del informe se ha publicado como UNODC, Global report on Trafficking in Persons, 2014, pdf. accesible en www.unodc.org (última visita 13-02-2017).

⁹² El contenido completo del informe se ha publicado como UNODC, Global report on Trafficking in Persons, 2016, pdf. accesible en www.unodc.org (última visita 13-02-2017).

TERCERA LECTURA

Pérez Alonso, E. (2019). Marco normativo y política criminal contra la trata de seres humanos en la Unión Europea. En Pérez Alonso, E. y Pomares Cintas, E. (Coords.). La trata de seres humanos en el contexto penal iberoamericano. Valencia, España. Tirant lo blanch, pp. 63-113.

En la presente lectura se desarrolla de manera profunda el marco normativo y la política criminal contra la trata de personas en el ámbito de la Unión Europea, destacando el paradigma de los derechos humanos y victimocéntrico con la Directiva 2011/36/UE.

MONOGRAFÍAS

ALTA CALIDAD EN
INVESTIGACIÓN
JURÍDICA



tirant
lo blanch

+ebook
GRATIS

ESTEBAN PÉREZ ALONSO Y ESTHER POMARES CINTAS
Coordinadores

FRANCISCO JAVIER ÁLVAREZ GARCÍA	GILBERTO MARTIÑON CANO
URMILA BHOOLA	MARCO ANTONIO MEDINA RAMÍREZ
PAULO CÉSAR CORREA BORGES	RAÚL PARIONA ARANA
WALDIMEIRY CORREA DA SILVA	ESTEBAN PÉREZ ALONSO
LUIS LAFONT NICUESA	ESTHER POMARES CINTAS
ROSARIO LÓPEZ WONG	PERCY VELÁSQUEZ DELGADO
LAURANA MALACALZA	FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ
CARLINA VILLACAMPA ESTIARTE	

LA TRATA DE SERES HUMANOS EN EL CONTEXTO PENAL IBEROAMERICANO

LA TRATA DE SERES HUMANOS EN EL CONTEXTO PENAL IBEROAMERICANO

Esteban Pérez Alonso
Esther Pomares Cintas
Coordinadores

Francisco Javier Álvarez García Gilberto Martiñon Cano
Urmila Bhoola Marco Antonio Medina Ramírez
Paulo César Correa Borges Raúl Pariona Arana
Waldimeiry Correa Da Silva Esteban Pérez Alonso
Luis Lafont Nicuesa Esther Pomares Cintas
Rosario López Wong Percy Velásquez Delgado
Laurana Malacalza Fernando Velásquez Velasquez
Carlina Villacampa Estiarte
Autores



RED IBEROAMERICANA DE INVESTIGACIÓN
SOBRE FORMAS CONTEMPORÁNEAS
DE ESCLAVITUD Y DERECHOS HUMANOS



tirant lo blanch
Valencia, 2019

Copyright © 2019

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 los autores y de los editores.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

© Esteban Pérez Alonso
Esther Pomares Cintas
Francisco Javier Álvarez García
Urmila Bhoola
Paulo César Correa Borges
Waldimeiry Correa Da Silva
Luis Lafont Nicuesa
Rosario López Wong
Laurana Malacalza
Gilberto Martiñon Cano
Marco Antonio Medina Ramírez
Raúl Pariona Arana
Percy Velásquez Delgado
Fernando Velásquez Velasquez
Carolina Villacampa Estiarte

© 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-747-2019
ISBN: 978-84-9190-877-7
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
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>

MARCO NORMATIVO Y POLÍTICA CRIMINAL CONTRA LA TRATA DE SERES HUMANOS EN LA UNIÓN EUROPEA

ESTEBAN PÉREZ ALONSO

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Granada. Director de la Red Iberoamericana de investigación sobre formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. EL PARADIGMA MIGRATORIO Y CRIMINOCÉNTRICO; 1. Antecedentes; 2. El Programa de Tampere; A. La trata de seres humanos en el Programa de Tampere; B. La Decisión Marco del Consejo (2002/629/JAI) relativa a la lucha contra la trata de seres humanos; III. LA TRANSICIÓN A UN NUEVO PARADIGMA; 1. El Programa de La Haya; A. La trata de seres humanos en el Programa de La Haya; B. Plan de la Unión Europea sobre mejores prácticas, normas y procedimientos para luchar contra la trata de seres humanos y prevenirla; C. El trabajo posterior; a) El Parlamento europeo; b) La Comisión europea; c) El Consejo europeo; D. Documento orientado a la acción para la dimensión exterior de la UE en materia de trata de seres humanos; 2. Programa de Estocolmo; IV. EL PARADIGMA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y VICTIMOCÉNTRICO; 1. Antecedentes; 2. La Directiva 2011/36/UE; 3. Estrategia de la UE para la erradicación de la trata de seres humanos; 4. Actividad de seguimiento posterior; V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La trata de seres humanos constituye una de las violaciones más graves de los derechos humanos que se están produciendo en la actualidad prácticamente en todos los países del mundo. En esencia, la trata supone un grave atentado a la libertad y dignidad de la persona, que es sometida y dominada por otra para explotarla (económicamente) como si de una cosa se tratara, por lo que determina la falta de libertad y la degradación de la persona. A esta nueva forma de delincuencia se le denomina la esclavitud del siglo XXI y ha adquirido una dimensión mundial muy importante, siquiera sea por el volumen de negocio que genera. Este negocio criminal se basa en las vidas baratas y en los grandes beneficios. Se calcula que en el mundo puede haber cinco millones de víctimas, de las cuales quinientas mil son explotadas sexualmente en Europa, generando unos beneficios de siete mil millones de dólares anuales⁹².

⁹² Para una caracterización general de la trata de personas vid. AA.VV.: *Trata de personas y explotación sexual*. M. García Arán (Coord.), Comares, Granada, 2006; AA.VV.: *La trata sexual de mujeres. De la represión del delito a la tutela de la víctima*. R. Serra Cristóbal y P. Lloria García (Coords.), Madrid, 2007; PÉREZ ALONSO, E.:

Se trata, por tanto, de un viejo fenómeno que aparece disfrazado bajo nuevas formas y métodos, pero en el fondo comporta una situación de extrema explotación del ser humano que se ve reclutado y apartado de su familia y de su entorno natural y social más próximo, mediante el empleo de violencia, intimidación y engaño o abusando de la situación de necesidad o de la vulnerabilidad en la que se encuentra, para ser explotado personalmente en otro lugar, perdiendo su condición de persona, ya sea en el contexto sexual, principalmente en el ejercicio involuntario de la prostitución, ya sea sometiéndolo a esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso, o ya sea para la extracción de sus órganos. Desde la perspectiva de las víctimas, además, hay que señalar que se trata de un fenómeno con un alto componente de género, de minoría de edad y de extranjería, a lo que lógicamente también hay que añadir la pobreza extrema en que se encuentran muchas de las víctimas, por lo que de un modo u otro en la mayoría de los casos aflora la idea de vulnerabilidad como elemento caracterizador de las víctimas.

Como es fácil imaginar, la trata de seres humanos ha provocado una profunda preocupación a escala mundial y una intensa actividad de los organismos internacionales y regionales en pos de su erradicación. Dicha actividad ha quedado plasmada en múltiples instrumentos universales, internacionales y regionales, especialmente en el ámbito de la Unión Europea, que son los que nos van a interesar en este trabajo para poder analizar la política legislativa que se está siguiendo en la Unión Europea en materia de trata de seres humanos⁹³. En este contexto hay

Tráfico de personas e inmigración clandestina. (Un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal). Tirant lo Blanch, Valencia, 2008; VILLACAMPA ESTIARTE, C.: El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el derecho internacional. Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2011; AA.VV.: Estudios sobre la lucha contra la trata de seres humanos. M. Richard González, I. Riaño Brun y M. Poelemans (Coords.), Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2013. Sobre la trata de seres humanos como una manifestación del fenómeno más general de las formas contemporáneas de esclavitud, vid. AA.VV.: El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud. E. Pérez Alonso (Dir.), P. Mercado Pacheco, S. Olarte Encabo, A. Lara Aguado, I. Ramos Tapia, E. Pomares Cintas, P. Esquinas Valverde (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

⁹³ Vid. al respecto, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: “Las nuevas corrientes internacionales en materia de persecución de delitos sexuales a la luz de los documentos de organismos internacionales y europeos”. En, Delitos contra la libertad sexual. Estudios de Derecho Judicial. N° 21. 1999, pp. 325 y ss.; del mismo autor: “Tráfico y trata de seres humanos: regulación internacional y europea”. En, Estudios sobre la lucha contra la trata de seres humanos. M. Richard González, I. Riaño Brun y M. Poelemans (Coords.), Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2013, pp. 23 y ss.; DE LEÓN VILLALBA: Tráfico de personas e inmigración ilegal. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 86 y ss.; del mismo autor: “El marco europeo de lucha contra el tráfico de personas y la legislación sancionadora española”. En, La Armonización del Derecho Penal español: Una evaluación legislativa. Boletín de información. Suplemento al núm. 2015.

que destacar, sin duda, la Directiva 2011/36/UE del Parlamento europeo y del Consejo 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 y por la que se sustituye la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo⁹⁴. Esta Directiva constituye el instrumento jurídico más importante adoptado por la UE, donde queda perfectamente plasmada la actual política europea en materia de trata de seres humanos y que está suponiendo la culminación de un largo y tortuoso camino en el que finalmente se ha impuesto el paradigma de derechos humanos y victimocéntrico a la hora de abordar este fenómeno⁹⁵. Aunque, hay que reconocer igualmente que este proceso no está cerrado definitivamente, sino que todavía quedan aspectos importantes por desarrollar y superar en la política europea sobre la trata de seres humanos.

Ministerio de Justicia. 2006, pp. 108 y ss.; PÉREZ CEPEDA: Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal. Comares, Granada, 2004, pp. 61 y ss.; de la misma autora: "Propuesta legislativa para la armonización de las decisiones marco relativas a los delitos de tráfico ilícito de personas". En, La Armonización del Derecho Penal español: Una evaluación legislativa. Boletín de información. Suplemento al núm. 2015. Ministerio de Justicia. 2006, pp. 119 y ss.; GARCÍA COSO, E.: "Los avances de la UE contra el crimen organizado, tráfico de personas e inmigración ilegal". Instituto Universitario de Investigación sobre seguridad interior; www.uned.es; VILLACAMPA ESTIARTE, C.: "Normativa europea y regulación del tráfico de personas en el Código Penal español". En, Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI. M.J. Rodríguez Mesa y L.R. Ruiz Rodríguez (Coords.). Tirant lo Blanch. Valencia. 2006; pp. 69 y ss.; de la misma autora: El Delito de trata..., pp. 176 y ss.; de la misma autora: "La nueva Directiva europea relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. ¿Cambio de rumbo de la política de la Unión en materia de trata de seres humanos?". Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 13-14, 2001; REBOLLO VARGAS y otros autores: Trata de personas..., pp. 33 y ss.; CUGAT MAURI y otros autores: Trata de personas..., pp. 56 y ss.; BERMEJO ROMERO DE TERREROS, J.A.: "Inmigración ilegal y trata de seres humanos". En, La Armonización del Derecho Penal español: Una evaluación legislativa. Boletín de información. Suplemento al núm. 2015. Ministerio de Justicia. 2006, pp. 98 y ss.; PÉREZ ALONSO, E.J.: "Regulación internacional y europea sobre el tráfico de personas". En, El Derecho Penal ante el fenómeno de la inmigración. José Miguel Zugaldía Espinar (Dir.). Esteban Pérez Alonso (Coord.). Tirant lo Blanch. Valencia. 2007, pp. 31 y ss.; del mismo autor: Tráfico de personas..., pp. 120 y ss.; TERRADILLOS BASOCO, J.: "Las políticas penales europeas de inmigración". En, Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración: retos contemporáneos de la política criminal. L. Puente Alba (Dir.), Comares, Granada, 2008, pp. 195 y ss.; DÍAZ BARRADO, C.M.: "La lucha contra la trata de seres humanos en la Unión Europea: los componentes para una política propia". Revista de Derecho Comunitario Europeo, N° 45, 2013, pp. 461 y ss.

⁹⁴ DO L 101/1, de 15.4.2011.

⁹⁵ Así, por todos, vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C.: "La nueva Directiva europea...", pp. 2 y ss.

Dicha política ha estado caracterizada desde un principio por el predominio de un enfoque trafiquista y crimonocéntrico del fenómeno sobre el enfoque de derechos humanos y victimocéntrico que se ha abierto camino en la actualidad. En efecto, como tendremos ocasión de analizar, el abordaje de la trata de seres humanos en la Unión Europea ha estado muy predeterminado por la política migratoria y el control de los flujos migratorios, instrumentalizando o condicionando la trata en gran medida como medio para enfrentar la lucha contra la inmigración clandestina hacia la fortaleza europea. Política que ha atendido fundamentalmente al aspecto criminalizador y punitivista del fenómeno, dejando en un lugar muy secundario los aspectos preventivos y victimológicos de la trata⁹⁶. Por ello, no sería exagerado afirmar que en la Unión Europea —y de forma especial en España— “so pretexto de luchar contra el tráfico ilegal de personas, verdadera forma de esclavitud que debe ser erradicada, se ha luchado contra el tráfico de personas ilegales, pues la nota de ilegalidad se ha puesto en la persona y no en la acción de la que es víctima”⁹⁷. En definitiva, el fenómeno de la trata se ha focalizado desde la perspectiva migratoria y criminalizadora y no desde la perspectiva de la violación de derechos humanos que comporta y de la necesaria asistencia y protección a las víctimas que reclama.

Del mismo modo, tampoco sería exagerado afirmar que la política criminal de la Unión Europea en materia de trata de seres humanos no ha sido originaria ni propia, sino que más bien ha estado condicionada o incluso ha ido a remolque de la iniciativa de los organismos internacionales y regionales. En efecto, los dos instrumentos jurídicos más importantes adoptados en el ámbito de la Unión Europea en contra de la trata de seres humanos, sin duda, están predeterminados por uno de alcance universal y por otro de alcance internacional. Así, por un lado, la Decisión Marco (2002/629/JAI) del Consejo de 19-7-2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos puede considerarse como el desarrollo comunitario del Protocolo Adicional para reprimir y combatir la trata de personas, especialmente mujeres y niños, adoptado en Palermo en el año 2000, junto a la Convención contra la Delincuencia organizada transnacional de Naciones

⁹⁶ Vid. PÉREZ ALONSO, E.: *Tráfico de personas...*, pp. 41 y ss., 208 y ss.; del mismo autor: “El delito de trata de seres humanos: regulación internacional, europea y española”. En, *Nuevos retos en la lucha contra la trata de personas con fines de explotación sexual. Un enfoque multidisciplinar*. A. Lara Aguado (Dir.), Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2012, pp. 359 y ss.; del mismo autor: “La trata de seres humanos en el Derecho Penal español”. En, *La delincuencia organizada: un reto a la política criminal actual*. C. Villacampa Estiarte (coord.), Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2013, pp. 98 y ss.; VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de trata...*, pp. 145 y ss.; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: “Tráfico y trata...”, pp. 23 y ss.

⁹⁷ Cfr. PÉREZ ALONSO, E.: *Tráfico de personas...*, pp. 145 y 146.

Unidas. Por otro lado, la Directiva 2011/36/UE también puede considerarse en gran medida como el desarrollo comunitario del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, firmado en Varsovia en 2005. Este convenio está abierto a la firma de los 46 Estados miembros del Consejo de Europa y, además, a los Estados que tomaron parte en su elaboración, como Canadá, Estados Unidos, Japón, México y la Santa Sede. Por ello, no debe considerarse como un convenio de ámbito regional, sino de carácter internacional, además de ser realmente el promotor del cambio de paradigma en el abordaje de la trata desde la perspectiva de los derechos humanos y de las víctimas.

No obstante, debe reconocerse igualmente que en una valoración de conjunto de la actividad legislativa e institucional de la UE en materia de trata de seres humanos, se está configurando de un sector específico y singular en el ámbito comunitario que se ha ido generando en las últimas dos décadas, no sin dificultades y contradicciones, en el proceso de instauración del espacio de libertad, seguridad y justicia para la Unión⁹⁸. Incluso, no sería exagerado afirmar que estamos ya ante un sector institucional y normativo propio y autónomo en el ámbito de la UE, que nos permite hablar ya tanto de una política europea como de un derecho europeo propios y específicos en materia de trata de seres humanos, con autonomía decisoria y conceptual, aunque lógicamente debe ser coordinado y enmarcado en el contexto más general de actuación de los organismos internacionales y regionales en esta materia.

II. EL PARADIGMA MIGRATORIO Y CRIMINOCÉNTRICO

El Tratado de Ámsterdam aprobado el 2 de octubre de 1997⁹⁹ tenía como uno de los objetivos fundamentales de la Unión Europea “mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas respecto al control de fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia” (art. 2)¹⁰⁰. Este último aspecto requiere de la necesaria cooperación policial y judicial en materia penal, reflejada en el Título VI del Tratado, donde se enmarca la lucha contra la trata de personas en el ámbito de la Unión Europea. De hecho, en el art. 29 se hace una referencia expresa a la trata de seres humanos como uno de los delitos que hay que combatir especialmente. De este modo,

⁹⁸ Así también vid. DÍAZ BARRADO, C.: “La lucha contra la trata de seres humanos...”, pp. 462 y ss.

⁹⁹ DOCE C, núm. 340, de 10 de noviembre de 1997.

¹⁰⁰ Vid. DO C 325/1, de 24.12.2002, donde se publica las versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

la trata se aborda *prima facie* desde la perspectiva criminocéntrica en el contexto de la delincuencia organizada transnacional, pero, sobre todo, se parte de un enfoque trafiquista vinculado a la lucha contra la inmigración ilegal. Ambos aspectos vienen a caracterizar claramente el primer modelo europeo de actuación en esta materia y que podríamos denominar como el paradigma migratorio y criminocéntrico.

1. *Antecedentes*

No obstante, conviene señalar que el paradigma migratorio y criminocéntrico no surge realmente con el Tratado de Ámsterdam, sino que encuentra antecedentes inmediatos en la política legislativa europea desarrollada en la década de los noventa, donde el vínculo entre inmigración clandestina y trata de seres humanos también estaba latente¹⁰¹. Aunque hay que reconocer que en aquel momento la trata estaba concebida casi exclusivamente desde la perspectiva de la explotación sexual de las víctimas y orientada en primera línea a mujeres y niños. En esta línea cabe destacar, sin duda, la importantísima Resolución del Parlamento Europeo sobre la trata de personas, de 18 de enero de 1996¹⁰², donde la considera incompatible con la dignidad y el valor de la persona humana y como una grave violación de los derechos humanos. Señala, además, que la trata se ha convertido en un campo preferente de la actividad de la delincuencia internacional organizada donde se explota, con total desprecio de las personas, la indigencia, la inexperiencia juvenil y la pobreza para la prostitución, el tráfico de drogas, la entrada ilegal de personas, el trabajo clandestino organizado en condiciones de esclavitud y el comercio de órganos humanos. En su párrafo primero define la trata como “el acto ilegal de quien, directa o indirectamente, favorece la entrada o la estancia de un ciudadano procedente de un tercer país con el fin de explotarle valiéndose de engaños o de cualquier otra forma de constricción o abusando de una situación vulnerable o de incertidumbre administrativa”.

Ese mismo año, la Comisión presenta la Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a la trata de mujeres con fines de explotación sexual,

¹⁰¹ Con anterioridad, vid. la Resolución del Parlamento Europeo sobre la explotación de la prostitución y el comercio de seres humanos, DO C 120/352, de 16.5.1989.

¹⁰² Vid. DO C 32/88, de 5.2.1996. Dicha resolución fue elaborada sobre la base del completo Informe sobre la trata de personas emitido por la Comisión de Libertades Públicas y de Asuntos Interiores del Parlamento Europeo de 14 de diciembre de 1995, A4-0326/95, donde se define la trata de personas como “todo acto o toda actividad encaminados a conducir a una persona o a mantenerla en la prostitución, la pornografía o un trabajo degradante, en su caso mediante su desplazamiento en el medio nacional o internacional, incluso con su consentimiento o recurriendo a engaños, amenazas, medios coercitivos u otros”.

de 20 de noviembre de 1996¹⁰³, con el propósito de estimular el debate político y promover un enfoque europeo coherente sobre el tema. A tal efecto se tiene como base los trabajos de la Conferencia Internacional sobre la trata de mujeres celebrada en Viena en 1996. En esta comunicación se hacen propuestas interdisciplinarias sobre inmigración, cooperación judicial, cooperación policial, cooperación social y empleo y de cooperación con terceros países.

Algunas de esas propuestas fructificaron rápidamente, como la Acción Común 96/700/JAI, de 29 de noviembre de 1996, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, por la que se establece un programa de estímulo e intercambios destinado a los responsables de la acción contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de niños¹⁰⁴. Se trata del conocido Programa STOP, cuyos objetivos son estimular, apoyar y reforzar las redes y la cooperación práctica entre los responsables de la acción contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños en los Estados miembros, y mejorar y adaptar su formación y cualificaciones. Otro programa importante fue el DAPHNE, que parte de la iniciativa DAPHNE puesta en marcha en 1997 para combatir la violencia ejercida contra los niños, adolescentes y las mujeres, en donde se incluyó también la trata. Igualmente hay que destacar la propuesta de incluir la trata de seres humanos bajo la competencia de la Unidad de Drogas de Europol¹⁰⁵, que fue llevada a cabo mediante la Acción Común 96/748/JAI, de 16 de diciembre de 1996, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, por la que se amplía el mandato otorgado a la Unidad de Drogas de Europol¹⁰⁶. Posteriormente, se adopta la Decisión del Consejo, de 3 de diciembre de 1998, para completar la definición de la trata de seres humanos incluida en el anexo del Convenio de Europol¹⁰⁷. En esta decisión se amplía la definición de trata de seres humanos ofrecida por el Convenio de Europol de 1995¹⁰⁸, considerando como tal “el acto de someter a una persona al poder real e ilegal de otras personas mediante la violencia o mediante amenazas o abusando de una relación de autoridad o mediante engaño, en particular con

¹⁰³ Vid. COM (96) 567 final.

¹⁰⁴ Vid. DO L 322/7, de 12.12.1996.

¹⁰⁵ Anunciada en la Comunicación del Consejo [COM (96) 567 final].

¹⁰⁶ Vid. DO L 342/4, de 31.12.1996.

¹⁰⁷ Vid. Decisión del Consejo, de 3 de diciembre de 1998, por la que se completa la definición de la forma de delincuencia “trata de seres humanos” incluida en el anexo del Convenio de Europol, DO C 26/21, de 30.1.1999.

¹⁰⁸ La trata de personas se incluye en el Listado de otras formas graves de delincuencia internacional de las que Europol se podía ocupar, que se recoge como Anexo al Convenio de Europol. Vid. Convenio basado en el artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea por el que se crea una Oficina europea de policía, hecho mediante Acto del Consejo en Bruselas el 26 de julio de 1995, DO C 316, de 27.11.1995.

objeto de entregarla a la explotación de la prostitución ajena, a formas de explotación y de violencias sexuales respecto a menores de edad o el comercio ligado al abandono de niños. Estas formas de explotación incluyen asimismo las actividades de producción, venta o distribución de material de pornografía infantil”.

En este contexto previo, debe destacarse especialmente la Acción Común (97/154/JAI), de 24 de febrero de 1997, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de niños¹⁰⁹. En ella se invitaba a los Estados miembros a revisar su legislación penal respecto a la trata de personas y a fomentar la cooperación judicial y la protección de las víctimas en los procedimientos judiciales. Debe tenerse en cuenta que, con el propósito de tipificar penalmente la trata, se ofrece una definición de “trata de seres humanos” y de “explotación sexual” de niños y adultos. Al mismo tiempo se establecen las medidas que deben adoptarse a escala nacional y de cooperación entre los Estados miembros. Pero, sin duda, se trata de un claro ejemplo sobre el paradigma migratorio de la Unión Europea en esta materia. Como muestra baste la definición que ofrece de la trata: “cualquier conducta que facilite la entrada, tránsito, residencia o salida del territorio de un Estado miembro para los fines expuestos en las letras a), b) y d) de la parte B del presente título” (Título I, parte A, i). Las conductas que deben ser revisadas en las legislaciones nacionales y que complementan el concepto de trata son: “a) explotación sexual de una persona que no sea un niño, con fines lucrativos, en la que: —se recurra a la coacción, en particular mediante violencia o amenazas, se recurra al engaño— o haya abuso de autoridad u otras formas de presión, de modo tal que la persona carezca de una opción real y aceptable que no sea la de someterse a la presión o abuso de que es objeto; b) trata de personas que no sean niños con fines lucrativos para la explotación sexual de aquéllas en las condiciones descritas en la letra a); c) explotación sexual o abusos sexuales cometidos con niños; d) trata de niños con fines de explotación sexual o abuso de éstos”.

Durante los días 24 a 26 de abril de 1997 se celebra una Conferencia Ministerial de la Unión Europea en La Haya. Dicha conferencia culmina con la aprobación de la Declaración Ministerial sobre directrices europeas relativas a la adopción de medidas eficaces para la prevención y lucha contra la trata de mujeres con fines de explotación sexual. En ella se insiste nuevamente en la adopción de un enfoque global para abordar esta problemática. Tras esta primera actividad desarrollada por los distintos organismos europeos, el Parlamento aprobó la Resolución sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la tra-

¹⁰⁹ Vid. DO L 63/2 de 4.3.1997. Vid. al respecto, DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: “Trata de seres humanos y explotación sexual de menores. Exigencias de la Unión y legislación española”. *Revista Penal*. N° 2. 1998, pp. 17 y ss.

ta de mujeres con fines de explotación sexual [COM (96)0567 —C4— 0638/96], de 16 de diciembre de 1997¹¹⁰. En ella se hace un balance de las actuaciones desplegadas y se insiste en adoptar un enfoque global y multidisciplinar para combatir la trata de mujeres, prestando una especial atención protectora a las víctimas.

Con este mismo propósito, el día 9 de diciembre de 1998, la Comisión presentó una segunda Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo sobre nuevas medidas en el ámbito de la lucha contra la trata de mujeres¹¹¹. En este documento de trabajo se evalúan los progresos realizados, se profundiza en algunas acciones en curso y se recomiendan nuevas iniciativas específicas¹¹².

2. *El Programa de Tampere*

El principal objetivo del Tratado de Ámsterdam de crear un espacio de libertad, seguridad y justicia se ha ido desarrollando a lo largo del tiempo a través de diversos programas que se han ido aprobando y que comenzaron con el Programa de Tampere adoptado por el Consejo Europeo de octubre de 1999. Aunque, quizá, antes de dicho programa hay que tomar como punto de partida el Plan de acción del Consejo y de la Comisión, de 3 de diciembre de 1998, sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de este espacio¹¹³. Este plan, conocido como Plan de Acción de Viena, también se ocupa del tema de la trata de personas, centrándose sobre todo en la cooperación judicial en materia penal. La trata de seres humanos es uno de los delitos en donde tiene que producirse una aproximación de normas penales entre los Estados miembros para que pueda considerarse de un modo igualmente eficaz en toda la Unión. Por ello, debería someterse a unas normas comunes mínimas en lo que se refiere a la tipificación de los delitos y, además, deberían perseguirse con la misma intensidad cualquiera que sea

¹¹⁰ Resolución A4-0372/97, DO C 14/39, de 19.1.1998.

¹¹¹ Vid. COM (1998) 726 final de, 9.12.1998.

¹¹² Los objetivos marcados por esta comunicación son: a) garantizar que el problema de la trata de mujeres sigue ocupando un lugar destacado en la agenda política de la Unión Europea; b) intensificar la cooperación internacional y europea, fomentando la participación de los gobiernos y ONG de los países de origen, tránsito y destino; c) impulsar un planteamiento multidisciplinar centrado en la prevención, la investigación, la represión, la condena efectiva de los traficantes y la asistencia a las víctimas; d) dirigir un mensaje claro a los países candidatos, en el contexto del proceso de adhesión, sobre la necesidad de adoptar medidas nacionales y cooperar con la Unión Europea en este ámbito.

¹¹³ Vid. Plan de Acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, DO C 19/1, de 23.1.1999.

el lugar en el que se cometan¹¹⁴. Por lo que podemos comprobar claramente como el documento originario para la creación del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia contemplaba solamente un enfoque criminocéntrico de la trata.

Pero sin duda alguna la creación del espacio de libertad, seguridad y justicia fue el objetivo central de la cumbre comunitaria celebrada en Tampere. En el programa aprobado en dicha cumbre se advierte que la garantía de una libertad que se disfrute en condiciones de seguridad y justicia no debe ser accesible solo a los ciudadanos de la Unión, sino que tiene una vis atractiva a otros ciudadanos de todo el mundo. Por ello, “la Unión ha de desarrollar políticas comunes en materia de asilo e inmigración, teniendo en cuenta al mismo tiempo la necesidad de llevar a cabo un control coherente de las fronteras exteriores para poner fin a la inmigración ilegal y para luchar contra quienes la organizan y cometen delitos internacionales conexos”¹¹⁵.

La política de asilo y migración común de la Unión se debe articular sobre cuatro elementos básicos: la colaboración con los países de origen, un sistema europeo común de asilo, un trato justo de los nacionales de terceros países y la gestión de los flujos migratorios. En relación con este último elemento de la política común, el Consejo declaró que “está decidido a hacer frente a la inmigración ilegal en su origen, en especial luchando contra quienes se dedican a la trata de seres humanos y la explotación económica de los migrantes. Insta a que se adopte legislación que prevea sanciones rigurosas para este grave delito”¹¹⁶, por lo que se aprecia claramente el vínculo entre trata e inmigración clandestina. Pidió, además, que se crearan sin demora equipos conjuntos de investigación, de acuerdo con las posibilidades del Tratado, como primer paso para luchar, entre otros delitos, contra la trata de personas¹¹⁷. Y, en último término, consideró que en el ámbito del Derecho Penal la labor para acordar definiciones, inculpaciones y sanciones comunes debía centrarse, en primer lugar, en una serie limitada de sectores de especial importancia. Entre estos sectores se incluía la trata de seres humanos, en particular la explotación de mujeres y la explotación sexual de la infancia¹¹⁸, por lo que nuevamente primaba el enfoque criminocéntrico.

¹¹⁴ Vid. los apartados 18 y 46.

¹¹⁵ Vid. apartado 3 de las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere. SN 200/99.

¹¹⁶ Vid. apartado 23.

¹¹⁷ Vid. apartado 43.

¹¹⁸ Vid. apartado 48.

A. La trata de seres humanos en el Programa de Tampere

Tras la celebración de este Consejo, el Parlamento Europeo aprobó la Resolución sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre nuevas medidas en el ámbito de la lucha contra la trata de mujeres [COM (1998) 726 —C5-0123/1999— 1999/2125 (COS)], de 19 de mayo de 2000¹¹⁹. En esta importante resolución el Parlamento asumió las propuestas hechas por la Comisión en su Comunicación de 1998. Al tiempo que ofreció un amplio elenco de medidas y acciones para combatir la trata de mujeres.

Una de las primeras actuaciones llevadas a cabo tras el Consejo de Tampere fue la adopción de la Decisión del Consejo (2001/87/CE), de 8 de diciembre de 2000, referente a la firma del Convenio de la Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y de los Protocolos adjuntos sobre la lucha contra la trata de personas, especialmente mujeres y niños, y contra el tráfico de migrantes por tierra, mar y aire, en nombre de la Comunidad Europea¹²⁰.

Con el propósito de dar cumplimiento a la última de las exigencias señaladas del Consejo de Tampere, la Comisión presentó el 22 de diciembre de 2000 una Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo¹²¹ que contenía una propuesta de Decisión Marco del Consejo relativa a lucha contra la trata de seres humanos, junto a otra propuesta de Decisión Marco del Consejo relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil¹²²⁻¹²³. El

¹¹⁹ Vid. DO C 59/307, de 23.2.2001.

¹²⁰ Vid. DO L 30/44, de 1.2.2001.

¹²¹ Vid. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, COM (2000) 854 final, de 22.12.2000.

¹²² Dicha propuesta fructificó en la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, DO L 13/44, de 20.1.2004. En este contexto conviene tener presente otros documentos europeos importantes, como, por ejemplo, Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento, de 27 de noviembre de 1996, sobre la lucha contra el turismo sexual que afecta a niños, COM (96) 547 final, DO C 3 de, 7.1.1997; Decisión N° 276/1999CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de enero de 1999, por la que se aprueba un plan plurianual de acción comunitaria para propiciar una mayor seguridad en la utilización de Internet mediante la lucha contra los contenidos ilícitos y nocivos en las redes mundiales, DO L 33/1 de 6.2.1999; Decisión del Consejo (2000/375/JAI), de 29 de mayo de 2000, relativa a la lucha contra la pornografía infantil en Internet, DO L 138/1, de 9.6.2000; Resolución del Consejo relativa a la aportación de la sociedad civil en la búsqueda de niños desaparecidos y explotados sexualmente, DO C 283/1, de 9.10.2001. Vid. al respecto, HUBER, B.: "Encuadre normativo contra el abuso sexual infantil en la legislación europea y alemana. Una visión general"; www.eniacsoluciones.com.ar.

¹²³ Vid. DO C 62 E/324, de 27.2.2001.

objetivo principal de esta propuesta fue introducir en la legislación de los Estados miembros tipos delictivos y sanciones adoptadas conjuntamente para mejorar la cooperación policial y judicial en estos ámbitos. Sobre todo, teniendo en cuenta que la Acción Común de febrero de 1997 no había logrado sus objetivos, por la ausencia de definiciones, inculpaciones y sanciones comunes en el Derecho Penal de los Estados miembros. Además, la Comisión advierte que su objetivo consiste en combatir no solo las infracciones vinculadas a la trata de seres humanos con fines de explotación sexual, sino también las vinculadas a la trata de seres humanos con fines de explotación laboral.

Sin embargo, antes de que esta importante propuesta fructificara, hay que destacar otro ejemplo más de la vinculación entre inmigración clandestina y trata de personas en la política europea, que se consolida con el Plan global para la lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos en la Unión Europea, aprobado por el Consejo el día 28 de febrero de 2002¹²⁴, y que fue conocido con el nombre de “Plan de Acción de Santiago”. Dicho plan había sido propuesto en el Consejo Europeo de Laeken celebrado en diciembre de 2001¹²⁵, sobre la base de una Comunicación de la Comisión relativa a una política común en materia de inmigración ilegal¹²⁶. Entre las medidas y acciones que incluye el Plan de Santiago, las relativas a las sanciones (apartado g) son las que se refieren al tráfico ilícito y a la trata de seres humanos, junto al empleo ilegal, la inmigración y los beneficios económicos y la responsabilidad del transportista¹²⁷.

El Consejo Europeo de Sevilla, celebrado durante los días 21 y 22 de junio de 2002¹²⁸, también pidió que se aprobara formalmente en el próximo Consejo de Justicia y Asuntos de Interior la Decisión Marco relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, que había sido propuesta por la Comisión en diciembre de 2000.

B. La Decisión Marco del Consejo (2002/629/JAI) relativa a la lucha contra la trata de seres humanos

Finalmente, dicha propuesta se aprueba mediante la Decisión Marco del Consejo (2002/629/JAI) de 19 de julio de 2002 relativa a la lucha contra la trata de

¹²⁴ Vid. DO C 142/23, de 14.6.2002.

¹²⁵ Vid. apartado 40 de las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Laeken. SN 300/01.

¹²⁶ Vid. la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a una política común de inmigración ilegal, COM (2001) 672 final, de 15.11.2001.

¹²⁷ Vid. apartados 86 a 91 del Plan de acción.

¹²⁸ Vid. apartado 30 de las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Sevilla. SN 200/02.

seres humanos¹²⁹. Sin duda alguna este documento constituye uno de los instrumentos europeos más importantes sobre esta materia. Señala, como objetivo básico de esta decisión, que es necesario abordar la grave infracción penal que constituye la trata de seres humanos no sólo mediante la acción individual de cada Estado miembro, sino con un enfoque global. Dicho enfoque viene caracterizado por una definición de los elementos constitutivos de Derecho Penal comunes a todos los Estados miembros que incluya sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias. En la tipificación penal de la trata de seres humanos incluye tanto la que tiene por finalidad la explotación sexual de las víctimas como la que tiene por finalidad su explotación laboral. Además, es preciso introducir sanciones para los autores lo suficientemente severas para que este delito pueda incluirse dentro del ámbito de aplicación de los instrumentos ya aprobados de lucha contra la delincuencia organizada.

En el art. 1 tipifica las infracciones relacionadas con *la trata de seres humanos con fines de explotación laboral y sexual*, disponiendo que: “1. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de los actos siguientes: la captación, el transporte, el traslado, la acogida, la subsiguiente recepción de una persona, incluidos el intercambio o el traspaso del control sobre ella, cuando: a) se recurra a la coacción, la fuerza o la amenaza, incluido el rapto, o b) se recurra al engaño o fraude, o c) haya abuso de autoridad o de situación de vulnerabilidad, de manera que la persona no tenga una alternativa real y aceptable, excepto someterse al abuso, o d) se concedan o se reciban pagos o beneficios para conseguir el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona, con el fin de explotar el trabajo o los servicios de dicha persona, incluidos al menos el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o la servidumbre, o con el fin de explotar la prostitución ajena o ejercer otras formas de explotación sexual, incluida la pornografía”.

Este importante instrumento jurídico europeo es el más claro reflejo del enfoque criminocéntrico en el abordaje de la trata de seres humanos en la UE, conforme a los antecedentes que ya hemos destacado¹³⁰. La preocupación principal y casi exclusiva de la esta Decisión marco es la lucha contra la trata de seres humanos a través del Derecho Penal. Aunque este enfoque está muy condicionado también por la política migratoria europea, por lo que se mantiene el enfoque trafiquista que venimos denunciando, donde se produce una actuación conjunta y confusa entre dos fenómenos distintos, aunque con elementos comunes, como son la lucha contra la trata de personas y la lucha contra la inmigración ilegal

¹²⁹ Vid. DO L 203/1, de 1.8.2002.

¹³⁰ Así también, VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “La nueva Directiva europea...”, p. 8; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: “Tráfico y trata...”, p. 52.

en Europa. A este enfoque criminocéntrico y trafiquista seguido desde la UE hay que añadir otro elemento importante como es el de la lucha contra la delincuencia organizada, que también aparece como una constante en esta materia, en la medida que se trata casi exclusivamente desde la perspectiva de la lucha contra la delincuencia transnacional, donde se incluye tanto la trata como el tráfico ilegal de inmigrantes, que está en manos de la delincuencia organizada¹³¹.

La política europea que plasma la Decisión marco sobre la trata viene determinada y marcada claramente por la actuación previa de Naciones Unidas en esta materia, sobre todo, en lo que se refiere a la delincuencia organizada. En efecto, en el año 2000 se aprueba en Palermo la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional¹³², cuya finalidad es la de promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional, entre cuyas actividades ilícitas se incluye la trata de seres humanos¹³³, junto al tráfico ilegal de armas y al tráfico ilegal de inmigrantes. Por ello, junto a la mencionada convención también se aprobó el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños, cuyos delitos se consideran delitos tipificados con arreglo a dicha convención (art. 1 del Protocolo).

Este protocolo declara que para prevenir y combatir eficazmente la trata de personas se requiere un enfoque amplio e internacional en los países de origen, tránsito y destino que incluya medidas a tal efecto. Si bien existen gran variedad de instrumentos internacionales que contienen normas y medidas para combatir la explotación de las personas, este protocolo puede considerarse como el único instrumento universal que aborda todos los aspectos de la trata de personas, al menos como declaración de principios. En efecto, el protocolo establece la conocida estrategia 3P, es decir, prevención, protección y persecución, por lo que podría considerarse como el inicio del viraje desde el enfoque criminocéntrico hacia el victimocéntrico en esta materia¹³⁴. Así, el protocolo no solo se ocupa “de la adopción de medidas tendentes a la armonización de las legislaciones penales de los distintos países para conseguir una mayor eficacia en la erradicación de estas

¹³¹ Así también, DÍAZ BARRADO, C.: “La lucha contra la trata...”, pp. 469 y ss.

¹³² Vid. A/RES/55/25, de 8 de enero de 2001.

¹³³ En la Declaración del Milenio, aprobada por la resolución 55/2 de la Asamblea General de septiembre de 2000, también se insiste en esta finalidad, cuando señala que los Jefes de Estado y de Gobierno están decididos a “intensificar nuestra lucha contra la delincuencia transnacional en todas sus dimensiones, incluidos la trata y el contrabando de seres humanos” (ap. 9).

¹³⁴ Así, VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “La nueva Directiva europea...”, p. 7; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: “Tráfico y trata...”, p. 42.

conductas delictivas, sino también de la prevención de este tipo de conductas y de la protección de las víctimas de la trata de seres humanos”¹³⁵.

Pero en realidad el protocolo se ocupa fundamentalmente de la persecución del delito de trata, fundamentalmente a través de una importantísima labor de armonización de las legislaciones penales, que está resultando muy efectiva a nivel internacional, pero desatiende claramente la prevención y la protección de las víctimas¹³⁶. En relación con estos dos objetivos tan importantes el protocolo es más bien declarativo y programático, al tiempo que sus disposiciones tienen carácter potestativo para los Estados firmantes, a diferencia de lo que sucede con las disposiciones relativas a la armonización penal. Por ello, puede afirmarse que sigue enmarcándose todavía en el enfoque criminocéntrico, aunque con una apertura de miras incipiente hacia los aspectos victimocéntricos. Aspectos que sin duda son obviados por la Decisión marco que solo se centra en la persecución de la trata, mediante su armonización conceptual y punitiva en las legislaciones penales de los países miembros de la UE.

Esta política criminocéntrica europea se manifiesta unos meses después en la Conferencia Europea sobre la prevención y lucha contra el tráfico de seres humanos: Un desafío mundial para el siglo XXI, celebrada en Bruselas durante los días 18 a 20 de septiembre de 2002. Dicha conferencia termina con la aprobación de la Declaración de Bruselas para la prevención y lucha contra el tráfico de seres humanos¹³⁷. En ella se recomienda reforzar la cooperación europea e internacional, así como el establecimiento de medidas concretas, normas, mejores prácticas y mecanismos destinados a prevenir y combatir la trata de seres humanos. Esta declaración pide además a la Comisión que creara un grupo de expertos en este tema. Dicha propuesta se ha materializado a través de la Decisión de la Comisión (2003/209/CE) de 25 de marzo de 2003 relativa a la creación de un grupo consultivo, denominado “Grupo de expertos en la trata de seres humanos”¹³⁸.

Aunque se sigue trabajando en esta misma línea¹³⁹, el Programa de Tampere se cierra en esta materia con la aprobación de la Directiva 2004/81/CE del Con-

¹³⁵ Cfr. VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “La nueva Directiva europea...”, p. 8.

¹³⁶ Así lo terminan reconociendo también, VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “La nueva Directiva europea...”, p. 8; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: “Tráfico y trata...”, pp. 37 y 42.

¹³⁷ El texto de esta declaración puede verse, junto a las Conclusiones del Consejo de 8 de mayo de 2003, DO C 137/1, de 12.6.2003.

¹³⁸ Vid. DO L 79/25, de 26.3.2003.

¹³⁹ Vid. por ejemplo, las Conclusiones del Consejo de 8 de mayo de 2003, DO C 137/1, de 12.6.2003; Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo con vistas al Consejo Europeo de Tesalónica relativa al desarrollo de una política común en materia de inmigración ilegal, trata de seres humanos, fronteras exteriores y retorno de residentes ilegales, COM (2003) 323 final; el apartado 19 de las Conclusiones

sejo de 29 de abril de 2004 relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes¹⁴⁰. Conforme a su art. 1, esta Directiva tiene por objeto definir las condiciones para la concesión de permisos de residencia de duración limitada, seis meses como mínimo, en función de la duración de los procedimientos nacionales pertinentes, a nacionales de terceros países que cooperen en la lucha contra la trata de seres humanos o contra la ayuda a la inmigración ilegal. La conclusión es palmaria, pues vemos cómo el último instrumento europeo en esta materia, que viene a cerrar el Programa de Tampere, mantiene el modelo migratorio en el enfoque de la trata, que nuevamente aparece regulada junto a la inmigración clandestina. Las víctimas de trata no son consideradas como tales víctimas, sino como inmigrantes en situación irregular que sólo merecen la consideración de víctimas desde una perspectiva instrumental, sólo en la medida en que colaboren con la justicia o la autoridad policial. Es claro que la perspectiva de derechos humanos está totalmente ausente aquí, donde solo se atiende a la perspectiva migratoria y trafiquista.

De hecho, en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo relativa a la aplicación de la Directiva 2004/81/CE¹⁴¹, publicada el 3 de noviembre de 2014, tras hacer el seguimiento de la aplicación de dicha Directiva tras diez años de vigencia se concluye que, a pesar de la escasez de datos ofrecidos por los Estados, “las cifras disponibles ya muestran que *la posibilidad de expedir permisos a los nacionales de terceros países a cambio de su cooperación con las autoridades está infrutilizada*. Un permiso temporal de residencia, válido únicamente durante las investigaciones o los procedimientos penales, puede no constituir un estímulo lo suficientemente fuerte para las personas vulnerables, que necesitan tiempo para recuperarse de una experiencia traumática antes de considerar iniciar una cooperación formal con las autoridades policiales y judiciales. Algunos Estados miembros están proporcionando ya permisos de residencia incondicional a todas las víctimas o a algunas de ellas, debido a sus circunstancias personales o a su vulnerabilidad. Sin embargo, en la mayoría de los casos se trata de excepciones a un régimen de permisos concedidos a cambio de cooperación, de modo que las víctimas no saben si recibirán o no el permiso. Además, no queda

de la Presidencia del Consejo Europeo de Salónica, celebrado durante los días 19 y 20 de junio de 2003; la Resolución del Consejo de 20 de octubre de 2003 sobre iniciativas para luchar contra la trata de seres humanos, en particular mujeres, DO C 260/4, de 29.10.2003.

¹⁴⁰ Vid. DO L 261/19, de 6.8.2004.

¹⁴¹ Vid. COM (2014) 635 final, de 17.10.2014.

claro con qué frecuencia se conceden realmente y sobre qué bases se llevó a cabo la evaluación de la vulnerabilidad y las circunstancias personales. La aplicación de criterios menos estrictos para la condicionalidad en casos de cooperación y otras condiciones más favorables, como la disociación de la validez del permiso de la duración del procedimiento o el establecimiento de una duración mínima más larga, también podrían contribuir a la recuperación de las víctimas y, por tanto, propiciar su cooperación”¹⁴².

III. LA TRANSICIÓN A UN NUEVO PARADIGMA

1. *El Programa de La Haya*

En el Consejo Europeo de Bruselas celebrado durante los días 17 y 18 de junio de 2004¹⁴³, se reconocen los avances logrados en el marco del programa quinquenal de Tampere y se considera que ha llegado el momento de iniciar la siguiente fase del proceso, mediante la elaboración de un nuevo programa para los próximos años¹⁴⁴. Dicho programa debe ser acorde con la magnitud del reto y responder a las expectativas de nuestros ciudadanos. También debe tener carácter práctico y basarse en el trabajo que se está llevando a cabo a raíz del programa de Tampere y en una evaluación de las medidas de primera generación. También debería fundarse en los principios generales relativos a la necesidad de aportar un valor añadido europeo y respetar los principios de subsidiariedad, proporcionalidad y solidaridad. Al mismo tiempo, el programa plurianual debería realizar progresos reales e importantes en la mejora de la confianza mutua y el fomento de las políticas comunes, incluida la cooperación práctica, en beneficio de todos nuestros ciudadanos¹⁴⁵.

¹⁴² Cfr. p. 12.

¹⁴³ Vid. los apartados 4 y ss. de las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas (17 y 18 de junio de 2004).

¹⁴⁴ Tras ese período de cinco años, se hace un balance global y se describen a grandes rasgos las prioridades para el futuro en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: balance del programa de Tampere y futuras orientaciones, COM (2004) 401 final, de 2.6.2004. Mientras tanto, en ese período transitorio se elabora la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa al Estudio sobre los vínculos entre la migración legal e ilegal, COM (2004) 412 final, de 4.6.2004.

¹⁴⁵ Vid. apartado 8 de las Conclusiones.

El Consejo Europeo de Bruselas, celebrado durante los días 4 y 5 de noviembre de 2004¹⁴⁶, aprueba el nuevo programa plurianual para los próximos cinco años, que se conoce como *Programa de La Haya*. Dicho programa marca el fin de un ciclo y el principio de uno nuevo. No obstante, el segundo programa plurianual se basa en la experiencia positiva de los últimos cinco años. Es más, como se ha advertido, “a diferencia de Tampere, el Programa de La Haya no contiene políticas innovadoras. Tiene una perspectiva poco ambiciosa, basada en la necesidad de aplicar y evaluar de forma más efectiva las políticas existentes en lo que se refiere a libertad, seguridad y justicia”¹⁴⁷.

El Consejo, de entrada, ya muestra su honda preocupación por la seguridad en la Unión y en los Estados miembros a consecuencia de los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos y del 11 de marzo de 2004 en Madrid. Por ello, “los ciudadanos de Europa esperan con razón que la Unión Europea, garantizando el respeto de los derechos y libertades fundamentales, adopte un enfoque común más eficaz de problemas transfronterizos como la inmigración ilegal y el tráfico y contrabando de seres humanos, así como el terrorismo y la delincuencia organizada”¹⁴⁸.

El programa de La Haya trata todos los aspectos de las políticas relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia, incluida su dimensión exterior. Concretamente aborda las cuestiones referidas a los derechos fundamentales y la ciudadanía, el asilo y la migración, la gestión de las fronteras, la integración, la lucha contra el terrorismo y la delincuencia organizada, la cooperación judicial y policial y el Derecho Civil, a las que se añadirá una estrategia sobre drogas. A la luz de dicho programa, el Consejo Europeo invita a la Comisión a presentar en 2005 un plan de acción con propuestas de acciones concretas y un calendario para la adopción y aplicación de las mismas¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Vid. los apartados 14 y ss. de las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas (4 y 5 de noviembre de 2004).

¹⁴⁷ Cfr. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo —Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años— Una asociación para la renovación en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia”, COM (2005) 184 final, DO C 65/120, de 17.3.2006, p. 121.

¹⁴⁸ Vid. apartado 14 de las Conclusiones. Esta misma idea se reproduce en la introducción del Programa de La Haya, que se recoge como documento anexo a las Conclusiones del Consejo. También aparece publicado en el DO C 53/1, de 3.3.2005.

¹⁴⁹ Vid. Libro Verde sobre el planteamiento de la Unión Europea sobre la gestión de la inmigración económica, COM (2004) 811 final, de 11.1.2005. Vid. también la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo por la que se establece un Programa marco de solidaridad y gestión de los flujos migratorios para el período 2007-2013, COM (2005) 123 final, de 6.4.2005.

El objetivo del Programa de La Haya es la mejora de la capacidad común de la Unión y de sus Estados miembros de garantizar los derechos fundamentales, las salvaguardias procesales mínimas y el acceso a la justicia; proporcionar a quienes lo 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 y litigios en asuntos civiles y familiares con repercusiones transfronterizas.

La trata de seres humanos se enmarca claramente en este contexto, donde aparece vinculada de forma muy estrecha con la política europea contra la inmigración clandestina y la delincuencia organizada. De hecho ya en la introducción del Programa se declara que “los ciudadanos de Europa tienen la legítima expectativa de que la Unión Europea, al tiempo que garantiza el respeto de las libertades y derechos fundamentales, adopte una actitud común más eficaz ante los problemas transfronterizos como la inmigración ilegal, la trata y la introducción clandestina de seres humanos, el terrorismo y la delincuencia organizada, así como respecto a su prevención”¹⁵⁰.

De este modo, en la Unión Europea se llevan a cabo dos líneas de actuación diferentes, aunque complementarias, en materia de trata de seres humanos. Una de alcance más general, en cuanto que el Consejo Europeo invita a la Comisión a presentar en 2005 un plan de acción para la aplicación del Programa de La Haya. Y otra de alcance más específico, en cuanto que el propio programa invita al Consejo y a la Comisión a que también desarrollen un plan en 2005 para luchar contra la trata de personas.

A. La trata de seres humanos en el Programa de La Haya

La primera propuesta de trabajo tiene un alcance mucho más general en la medida que está destinada a establecer un plan de acción para aplicar el Programa de La Haya. Como es sabido, los trabajos preparatorios de la Comisión para la elaboración de este plan se presentan mediante la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa al Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación

¹⁵⁰ El Programa de La Haya aparece recogido como el Anexo I a las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas (4 y 5 de noviembre de 2004). También se ha publicado en el DO C 53/1, de 3.3.2005.

europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia, de 10 de mayo de 2005¹⁵¹.

En estos trabajos preparatorios del plan las cuestiones relativas a la trata de seres humanos aparecen referidas normalmente junto a la inmigración ilegal. Así, sucede en la primera parte del plan que recoge, entre otros aspectos, las diez prioridades específicas identificadas por la Comisión para la aplicación del programa¹⁵². Entre las prioridades hay que destacar la cuarta, destinada a la gestión de la migración. En ella se abordan, entre otras cuestiones, la inmigración ilegal y la trata de personas. En efecto, el plan señala que “es necesario definir un nuevo planteamiento equilibrado de la gestión de los flujos migratorios, que se ocupe tanto de la migración legal como de la ilegal, y desarrollar una política común de inmigración que aborde la situación de los inmigrantes legales a escala de la Unión, intensificando al mismo tiempo la lucha contra la migración ilegal, el tráfico de inmigrantes y la trata de seres humanos, especialmente mujeres y niños”¹⁵³. Dicha política común debe constar de unos procedimientos y criterios de admisión y ofrecer un estatuto legal seguro, junto a un conjunto de derechos garantizados que contribuyan a la integración de quienes sean admitidos.

Del mismo modo, señala que los elevados costes humanos, sociales y económicos de la migración ilegal hacen necesaria la existencia de normas sobre procedimientos de retorno, la agilización de acuerdos de readmisión y una mayor

¹⁵¹ COM (2005) 184 final. El Consejo Europeo de Bruselas, celebrado durante los días 16 y 17 de junio de 2005, anuncia con satisfacción la adopción por el Consejo y la Comisión de un Plan de Acción para aplicar el Programa de La Haya de consolidación del espacio de libertad, seguridad y justicia. Vid. los apartados 12 y ss. de las Conclusiones de la Presidencia de este Consejo Europeo. Sobre la comunicación de la Comisión vid. el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo —Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años— Una asociación para la renovación en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia”, COM (2005) 184 final, DO C 65/120, de 17.3.2006.

¹⁵² Las diez prioridades identificadas por la Comisión son: 1. Derechos fundamentales y ciudadanía: crear políticas de gran alcance; 2. Lucha contra el terrorismo: trabajar en pos de una respuesta global; 3. Un espacio común de asilo: establecer un procedimiento armonizado y eficaz, que respete los valores y la tradición humanitaria de la Unión; 4. Gestión de la migración: definición de un planteamiento equilibrado; 5. Integración: aprovechar al máximo el impacto positivo de la migración en nuestra sociedad y nuestra economía; 6. Fronteras interiores, fronteras exteriores y visados: desarrollo de una gestión integrada de las fronteras para una Unión más segura; 7. Derecho a la intimidad y seguridad en la distribución de la información: lograr el equilibrio adecuado; 8. Delincuencia organizada: desarrollar un concepto estratégico; 9. Justicia civil y penal: garantizar un espacio europeo eficaz de justicia para todos; 10. Libertad, seguridad y justicia: compartir la responsabilidad y solidaridad.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 9.

coordinación para luchar contra el contrabando y la trata de seres humanos. Y, al mismo tiempo, el respeto de los derechos y la dignidad de los ciudadanos de terceros países, aunque estén en situación irregular, debe ser siempre un principio rector de la política de la Unión¹⁵⁴.

Lo mismo sucede en la segunda parte del plan de acción, donde se recoge el listado de acciones y medidas a desarrollar. Aunque en este anexo se hace mención aparte de la trata de seres humanos, cuando se refiere a la prevención y lucha contra la delincuencia organizada. La trata se menciona entre las medidas de mejora de la legislación y revisión de los instrumentos jurídicos existentes. Este listado de actuaciones viene a constituir en esencia el plan aprobado definitivamente por el Consejo, como Plan de Acción del Consejo y la Comisión por el que se aplica el Programa de La Haya sobre refuerzo de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea¹⁵⁵. Es claro, por tanto, que aquí todavía prima el paradigma migratorio y criminocéntrico.

B. Plan de la Unión Europea sobre mejores prácticas, normas y procedimientos para luchar contra la trata de seres humanos y prevenirla

La segunda propuesta de trabajo tiene un alcance más limitado, en cuanto que el Programa de La Haya específicamente solicita a la Comisión y al Consejo que desarrollen en el 2005 un plan contra de la trata de seres humanos. A tal efecto, la Comisión presenta la Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo sobre Lucha contra la trata de seres humanos, enfoque integrado y propuestas para un plan de acción, de 18 de octubre de 2005¹⁵⁶. La Comisión entiende que el principal objetivo del plan debe ser la protección de los derechos humanos de las víctimas de la trata. Al mismo tiempo se analizan aspectos vinculados a la delincuencia organizada y a la inmigración ilegal. También se refiere a grupos específicos, especialmente mujeres y niños, a la necesidad de contar con datos fiables y a la coordinación y cooperación. Ya se empieza a insistir y a prestar una atención especial a la perspectiva protectora de los derechos humanos y de las

¹⁵⁴ En este sentido, entre las conclusiones del dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre esta comunicación, se señala que la Unión Europea “necesita disponer de una política común de inmigración con una legislación armonizada, no solamente para prevenir la inmigración irregular y luchar contra las redes criminales del tráfico de seres humanos, sino también para la admisión de nuevos inmigrantes a través de procedimientos legales, transparentes y flexibles”. Cfr. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo..., p. 120.

¹⁵⁵ Vid. DO C 198/1, de 12.8.2005.

¹⁵⁶ Vid. COM (2005) 514 final, de 18.10.2005.

víctimas, por lo que este documento de trabajo supone ya un incipiente viraje hacia un nuevo modelo centrado en la protección de las víctimas de la trata¹⁵⁷.

Dos meses más tarde, sobre la base del importante trabajo preparatorio realizado por la Comisión, el Consejo también cumple con el encargo establecido en el Programa de La Haya. Así, en diciembre de 2005, el Consejo presenta el Plan de la Unión Europea sobre mejores prácticas, normas y procedimientos para luchar contra la trata de seres humanos y prevenirla¹⁵⁸. De acuerdo con los principios generales para su ejecución, en este instrumento se declara que el plan de acción “debe tener la finalidad de fortalecer el compromiso de la UE y los Estados miembros de prevenir la trata de seres humanos y luchar contra ella, a los efectos de todas las formas de explotación y para la protección, apoyo y rehabilitación de sus víctimas. Debe basarse en el reconocimiento de que, para hacer frente eficazmente a la trata es preciso un planteamiento integrado, cuya base sea el respeto de los derechos humanos y que tenga en cuenta la naturaleza mundial del fenómeno. Este planteamiento demanda una respuesta política coordinada en particular en el espacio de libertad, seguridad y justicia, las Relaciones Exteriores, la cooperación al desarrollo, los asuntos sociales y el empleo, la igualdad de género y la no discriminación; también debe beneficiarse de un amplio diálogo público-privado”¹⁵⁹.

El cuadro de actuaciones para el plan se elabora inspirándose en estas consideraciones y se centra en los siguientes aspectos: 1. Coordinación de la actuación de la UE; 2. Determinación del alcance del problema; 3. Prevención de la trata; 4. Reducción de la demanda; 5. Investigación y enjuiciamiento; 6. Protección y apoyo a las víctimas; 7. Repatriación y reintegración; y 8. Relaciones exteriores. En cada uno de estos aspectos se fija uno o varios objetivos, estableciéndose un listado pormenorizado de las actuaciones adecuadas para su consecución.

Este plan constituye el primer instrumento que inicia la senda hacia un cambio de paradigma en la Unión Europea en el tratamiento de la trata de seres humanos, que comienza a dejar de abordarse desde la exclusiva perspectiva criminocéntrica para dar entrada al enfoque victimocéntrico¹⁶⁰. En dicho plan ya empieza a hablarse más seriamente del respeto y la protección de los derechos humanos, de la perspectiva de género o de la infancia en el tratamiento de este fenómeno, así como de la asistencia y protección a las víctimas de la trata. Cuestiones que habían sido convenientemente hurtadas del debate político y del tratamiento jurídico de esta materia hasta el año 2005, pues hasta esa fecha prácticamente solo se encuentran referencias formales y proclamativas que aludían a tales cuestiones

¹⁵⁷ Así también, VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “La nueva Directiva europea...”, p. 24.

¹⁵⁸ DO C 311/1, de 9.12.2005.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 1.

¹⁶⁰ Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “La nueva Directiva europea...”, p. 24.

para eludir realmente una toma en consideración, análisis y tratamiento serio de las mismas.

Pero, en realidad, el mérito de la apertura hacia el modelo victimológico no hay que atribuirlo al Plan de la Unión Europea aprobado a finales de 2005, sino que claramente dicho mérito recae en el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos aprobado en Varsovia el 16 de mayo de 2005. Fue este convenio el que supuso realmente el cambio de paradigma en el modelo de tratamiento de la trata de seres humanos¹⁶¹. Su importancia radica fundamentalmente en que supone un paso importante para la protección de los derechos de las víctimas de la trata que se convierten en el centro de atención del convenio. No en vano, se ha afirmado que “es el primer tratado internacional concebido específicamente para ofrecer unas normas mínimas para esta protección. Adoptándolo, el Consejo de Europa demuestra el reconocimiento oficial de la necesidad de los gobiernos de ofrecer protección y apoyo a todas las personas víctimas de trata”¹⁶².

El objeto del convenio es triple, según dispone en su art. 1: “a) prevenir y combatir la trata de seres humanos, garantizando la igualdad entre las mujeres y los hombres; b) proteger los derechos de la persona de las víctimas de la trata, crear un marco completo de protección y de asistencia a las víctimas y los testigos, garantizando la igualdad entre las mujeres y los hombres, así como garantizar una investigación y una acciones judiciales eficaces; c) promover la cooperación internacional en el campo de la lucha contra la trata de seres humanos”. Tiene, además, un campo de aplicación más amplio que el del Protocolo de Naciones Unidas, pues como dispone expresamente en su art. 2, “se aplicará a todas las formas de trata de seres humanos, nacionales o transnacionales, relacionadas o no con la delincuencia organizada”. Por tanto, no va referido solo a la trata transnacional vinculada a la delincuencia organizada, sino que da cabida también a la trata interna y además a la que no esté relacionada con la delincuencia organizada.

¹⁶¹ Como se reconoce mayoritariamente, vid. PÉREZ ALONSO, E. Tráfico de personas..., pp. 124 y ss.; VILLACAMPA ESTIARTE, C.: El delito de trata..., pp. 176 y ss.; de la misma autora: “El delito de trata de seres humanos en el Derecho Penal español tras la reforma de 2015”. En, *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*. E. Pérez Alonso (Dir.), P. Mercado Pacheco, S. Olarte Encabo, A. Lara Aguado, I. Ramos Tapia, E. Pomares Cintas, P. Esquinas Valverde (Coors.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 449; DÍAZ BARRADO, C.: “La lucha contra la trata...”, pp. 475 y ss.

¹⁶² Cfr. la opinión de Mary Cunneen, directora de Anti-Slavery Internacional, recogida en un comunicado de prensa de Amnistía Internacional, <http://web.amnesty.org/library/index/ESLIOR300122005>.

Pero, sin duda, el aspecto más importante a destacar de este convenio es el relativo a la protección y asistencia a víctimas de la trata, que ya pasa a ser una obligación para los Estados firmantes del convenio y no una simple declaración programática y de cumplimiento potestativo por los Estados como venía sucediendo hasta entonces. Por ello, el Capítulo III posiblemente sea de los más importantes del convenio, en cuanto que establece medidas tendentes a proteger y promover los derechos de las víctimas, garantizando la igualdad entre las mujeres y los hombres. Aquí se tratan cuestiones relativas a la identificación de las víctimas, protección de la vida privada, asistencia, recuperación y reflexión, permiso de residencia, indemnización y recursos, repatriación y retorno, así como igualdad entre mujeres y hombres.

Por tanto, los primeros cambios en el modelo de gestión de este fenómeno en la Unión Europea se manifiestan con el Plan aprobado a finales de 2005, como una consecuencia directa de las obligaciones jurídicas que los Estados europeos estaban asumiendo con la firma del Convenio del Consejo de Europa aprobado en mayo de 2005. En este sentido, se ha podido decir con acierto que “la aprobación del referido plan supuso la confirmación de la asunción por parte de la Unión Europea del referido cambio de rumbo del abordaje criminocéntrico al victimocéntrico de la trata de seres humanos. Sin embargo, no fue hasta la propuesta de Decisión Marco del Consejo relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas de 2009 cuando ese cambio de orientación comenzó a cristalizar jurídicamente”¹⁶³.

C. El trabajo posterior

Tras la aprobación del Plan de 2005 y hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y la aprobación del Programa de Estocolmo, que tuvieron lugar a finales de 2009, se ha venido desarrollando un ingente trabajo por parte de todas las instituciones comunitarias digno de mención. Trabajo que ha culminado el proceso de transición en el paradigma de gestión de la trata de seres humanos en la Unión Europea y que ha generado un sector normativo y un ámbito de actuación institucional específico y autónomo.

a) El Parlamento europeo

Entre los instrumentos adoptados por el Parlamento europeo en contra de la trata de seres humanos, hay que destacar la importante Resolución del Parlamento Europeo sobre estrategias para prevenir la trata de mujeres y niños vulnerables a la explotación sexual [2004/2216(INI)], actualizada a 18 de enero de 2006. En

¹⁶³ Cfr. VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “La nueva Directiva europea...”, p. 24.

el informe previo de esta resolución elaborado por la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género del Parlamento Europeo hay algunos aspectos importantes dignos de mención¹⁶⁴.

En primer lugar, el informe señala la importancia de introducir y promover la integración de la perspectiva de género y un enfoque sensibilizado respecto a los niños en todas las políticas europeas. Del mismo modo, advierte que comprender bien los factores de vulnerabilidad de las víctimas puede convertirse en un instrumento eficaz para luchar contra la trata desde la raíz y organizar los esfuerzos de prevención. Saber quiénes son las víctimas potenciales ayudará a las fuerzas policiales a identificar el perfil de los traficantes. También señala que la trata es un problema humanitario que requiere la cooperación local, regional y global. Por otra parte, para la mayor eficacia de las estrategias preventivas, insiste en la idea de abordar el triángulo de la trata: la oferta, la demanda y los traficantes.

El informe termina señalando que, en definitiva, “no existe una solución simple para la trata de seres humanos. Es un problema mundial y su resolución requiere una asociación global. Si se toman los Objetivos de desarrollo del Milenio como hoja de ruta, eliminar las raíces que originan la trata no consiste sólo en erradicar la pobreza, crear condiciones para la educación y el empleo, solucionar problemas de salud o asegurar un medio ambiente sostenible, estos objetivos no podrán alcanzarse sin abordar la igualdad de género y la capacitación de las mujeres. Resulta fundamental comprender la importancia de promover la igualdad de género en todas las políticas internacionales, nacionales y locales encaminadas a prevenir y luchar contra el fenómeno de la trata”¹⁶⁵.

b) La Comisión europea

La Comisión, por su parte, también sigue trabajando en la implementación de los instrumentos legales aprobados en el ámbito comunitario en contra de la trata de personas, llevando a cabo una evaluación y seguimiento de los mismos. En este contexto, debe enmarcarse el Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo 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 humanos¹⁶⁶, donde se establece un mecanismo de control y seguimiento del cumplimiento de dicha decisión por parte de los Estados. Así, a la fecha exigida por la propia decisión (1-8-2004), solo cuatro Estados habían enviado la información (Francia, Finlandia,

¹⁶⁴ Vid. Proyecto de Informe sobre estrategias para prevenir la trata de mujeres y niños vulnerables a la explotación [2004/2216(INI)]. Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género, de 19.9.2005.

¹⁶⁵ Cfr. Proyecto de Informe..., p. 10.

¹⁶⁶ Vid. COM (2006) 0187 final.

Chipre y Austria), por lo que hubo que esperar hasta mayo de 2005 para tener una información casi completa, pues finalmente hubo cuatro Estados que no han dado ningún tipo de información (Portugal, Luxemburgo, Irlanda y Lituania)¹⁶⁷. El informe concluye que en gran medida se ha conseguido la armonización legal que se proponía la decisión, sobre todo en materia penal, aunque queda todavía mucho por hacer en materia de protección y ayuda a víctimas, donde los Estados han ofrecido poca información. Termina haciendo una mención especial a las víctimas particularmente vulnerables, sobre las que hay muy poca información y por ello este aspecto tan importante no puede ser evaluado por la Comisión en el informe. Pero, insiste en que habrá que hacerlo en el futuro tal y como determina el Plan de acción de 2005, que se comprometió a desarrollar una legislación relativa a las víctimas vulnerables implicadas en procedimientos penales.

Precisamente esta grave deficiencia es la que se pone nuevamente de manifiesto en el documento de trabajo de la Comisión sobre evaluación y seguimiento del Plan UE sobre mejores prácticas, normas y procedimientos para luchar contra la trata de seres humanos y prevenirla, aprobado en octubre de 2008¹⁶⁸, casi tres años después del plan. En dicho documento se constata que se ha producido un proceso dinámico de aproximación de la legislación nacional a las directrices europeas, tanto en el ámbito del Derecho Penal como en el de asistencia a víctimas, aunque todavía existen diferencias entre la legislación en vigor y su aplicación real. Señala que las cifras relativas a acciones penales todavía no son lo bastante altas, mientras que en materia de asistencia y protección de las víctimas advierte de que hay una importante ausencia de aplicación efectiva. También concluye que es necesario enfocar la cuestión desde la perspectiva de los derechos humanos, no solo para proteger a las víctimas, sino también en interés de la justicia. Por ello,

¹⁶⁷ En relación al art. 1 DM, referido a la definición de la trata, parece que casi todos los Estados han acogido dicha definición, algunos lo hacen de forma diferente, conforme a su propia tradición jurídica, pero la mayoría acogen de forma expresa la definición de la decisión. (Solo Estonia y Polonia no lo hacen). En relación al art. 2 DM, la complicidad y la tentativa también se castigan, aunque normalmente a través de las disposiciones generales de los códigos penales respectivos, sin crear incriminaciones específicas. En relación con el art. 3 DM, la trata se castiga con penas efectivas, proporcionadas y disuasorias por la mayoría de códigos, tal y como exigía la decisión. Tan solo se plantea que la trata de niños debe castigarse con una pena más grave, a través de una circunstancia agravante, al objeto de garantizar la mayor protección para la infancia. En relación con los demás artículos de la DM que se refieren a la responsabilidad de las personas jurídicas, a la competencia jurisdiccional, a la persecución de oficio y a la protección de las víctimas, según el informe de la Comisión, también se ha cumplido con las exigencias de los arts. 4 a 7 DM, aunque de forma dispar, sobre todo en último apartado.

¹⁶⁸ Vid. COM (2008) 657 final, de 17.10.2008.

la Comisión decidió valorar muy seriamente la posibilidad de revisar la Decisión Marco de 2002 para garantizar mecanismos eficaces de apoyo a las víctimas.

c) El Consejo europeo.

Esta reflexión última de la Comisión fue tomada en consideración por el Consejo europeo y fructificó rápidamente mediante la adopción de la propuesta de Decisión Marco del Consejo relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas por la que se deroga la Decisión Marco 2002/629/JAI¹⁶⁹. Dicha propuesta fue presentada por el Consejo como parte fundamental de un paquete de medidas contra la delincuencia organizada, junto a la propuesta de modificación de la Decisión Marco de 22 de diciembre de 2003 relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil (2004/68/JAI)¹⁷⁰. Sin embargo, esta propuesta de Decisión marco sobre la trata de seres humanos que realmente suponía un cambio radical de dirección en la política europea en esta materia no llegó a aprobarse como consecuencia de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en diciembre de 2009, por lo que dicha iniciativa hay que considerarla como caducada conforme a las nuevas normas de funcionamiento de la Unión que se aprobaron en Lisboa¹⁷¹. Por ello, la caduca iniciativa legislativa fue retirada y sustituida por la propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas, por la que se deroga la Decisión Marco 2002/629/JAI de 29 de marzo de 2010¹⁷², que es la que ha dado lugar finalmente a la Directiva 2011/36/UE. Por ello, no tiene mucho sentido ya detenerse a analizar dicha propuesta de Decisión marco¹⁷³.

Pese a la caducidad de la propuesta de Decisión marco y la inmediata reformulación de la misma en la propuesta de Directiva señalada, el Consejo ha mantenido una voluntad firme y una actividad importante en esta materia como se evidencia en la elaboración de un documento orientado a la acción contra la trata de seres humanos, ciertamente relevante que merece una consideración aparte.

¹⁶⁹ Vid. COM (2009) 136 final, de 25.3.2009.

¹⁷⁰ Vid. Con detalle, VILLACAMPA ESTIARTE, C.: "La nueva Directiva europea...", pp. 26 y ss.

¹⁷¹ Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C.: "La nueva Directiva europea...", p. 29.

¹⁷² Vid. COM (2010) 95 final, de 29.3.2010.

¹⁷³ Vid. al respecto, VILLACAMPA ESTIARTE, C.: El delito de trata..., pp. 211 y ss.

D. Documento orientado a la acción para la dimensión exterior de la UE en materia de trata de seres humanos

En efecto, el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior de 30 de noviembre y 1 de diciembre de 2009 aprueba el *Documento orientado a la acción (DOA) relativo a la intensificación de la dimensión exterior de la UE en materia de actuación contra la trata de seres humanos*¹⁷⁴, en el marco de la Estrategia para la dimensión exterior de la Justicia y los Asuntos de Interior (JAI), aprobada por el Consejo en diciembre de 2005¹⁷⁵. Con esta estrategia se pretende desarrollar las relaciones exteriores de la UE para reforzar su papel y capacidad de actuación en cooperación y asociación con terceros países, regiones y organizaciones a nivel internacional, para abordar los problemas comunes y cumplir objetivos políticos comunes. Y qué duda cabe que la trata de personas es un fenómeno a nivel mundial que manifiesta la necesidad de conexión y cooperación exterior para hacer frente a este problema común a todos los países. Por ello, se considera un asunto prioritario para la UE reforzar su dimensión exterior mediante un DOA en esta materia.

Dicho documento parte de los antecedentes de la UE en esta materia (ap. II), destacando la atención especial que han merecido los dos colectivos más afectados (niños y mujeres) en el marco de un planteamiento basado en los derechos humanos de las víctimas, así como el diálogo político sobre derechos humanos que se mantiene con más de treinta países del mundo. A continuación, hace un resumen de la situación (ap. III) donde resalta que la trata es un delito grave que restringe el disfrute pleno de todos los derechos humanos de la persona, que supone la explotación de personas vulnerables, en su mayoría mujeres y niños, por delincuentes que las tratan como mercancías que se compran y venden únicamente por afán de lucro. Tras ello hace un resumen de las actuales acciones de la UE en esta materia (ap. IV), para terminar proponiendo un cúmulo de recomendaciones ciertamente interesantes (ap. V).

Así entre los objetivos y principios generales orientadores de la aplicación del DOA destaca la necesidad de reforzar el compromiso y la acción coordinada de la UE y los Estados miembros para prevenir y combatir la trata en asociación con terceros países, regiones y organizaciones a escala internacional, para lo que se pretende promover un planteamiento anticipatorio más que reactivo. Igualmente insiste en la necesidad de adoptar un planteamiento integrado, global y pluridisci-

¹⁷⁴ Cuya versión definitiva se publicó el 25.2.2010, vid. Doc. 6865/10 CRIMORG 28 JAIEX 22 RELEX 163 JAI 168.

¹⁷⁵ Vid. Estrategia para la dimensión exterior de la JAI: libertad, seguridad y justicia a escala mundial, Doc. 15446/05 JAI 488 RELEX 741.

plinar, basado en el respeto de los derechos humanos y el Estado de Derecho, que tenga presente la perspectiva de la discriminación por sexo y los derechos de los niños. En definitiva, termina señalando que pretende establecer una serie de acciones clave a llevar a cabo con objeto de intensificar las asociaciones en materia de acción preventiva sostenible, mayor protección y apoyo y rehabilitación de las víctimas, y aumentar la respuesta internacional, tanto policial como judicial a la trata de seres humanos¹⁷⁶, destacando también la necesidad de establecer mecanismos de evaluación, revisión y actualización periódica, así como de seguimiento de las acciones programadas en este documento. De hecho ya se han llevado a cabo dos informes de seguimiento sobre la aplicación de este DOA, el primero en mayo de 2011¹⁷⁷ y el segundo en diciembre de 2012¹⁷⁸.

2. *El programa de Estocolmo*

Antes de analizar la Directiva vigente, conviene tener presente el nuevo programa europeo en el que se aprueba, así como las prioridades principales en las que se enmarca, que no es otro que el Programa de Estocolmo. En efecto, en el Consejo Europeo celebrado durante los días 10 y 11 de diciembre de 2009¹⁷⁹, bajo la presidencia sueca —que fue la última rotatoria, tras la aprobación del Tratado de Lisboa— se aprueba el Programa de Estocolmo sobre la base del importante documento de trabajo que contenía la Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo, Un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos, adoptada en junio de 2009¹⁸⁰. Se trata del nuevo programa quinquenal de trabajo de la UE para los años 2010-2014 que viene a sustituir al Programa de La Haya, reconociendo sus logros y partiendo de ellos para hacer frente a los nuevos desafíos que supone el desarrollo del espacio de libertad, seguridad y justicia, que debe centrarse en servir y proteger a los ciuda-

¹⁷⁶ Estos objetivos y principios generales (ap. 1) son desarrollados de forma exhaustiva en el DOA con la secuencia siguiente: 2. Aumentar la cooperación y la coordinación de la acción de la UE contra la trata respecto de terceros países; 3. Desarrollar asociaciones contra la trata entre la UE, terceros países y regiones y organizaciones a escala internacional, donde incluye como apartados: la delimitación del problema, la prevención de la trata de seres humanos, incluida la lucha y la reducción de la demanda, protección y apoyo a las víctimas de trata, investigación, enjuiciamiento y control de las fronteras exteriores de la UE, retorno seguro y reintegración.

¹⁷⁷ Vid. Doc. 9501/3/11 GENVAL 46 JAIEX 34 RELEX 418 JAI 270.

¹⁷⁸ Vid. Doc. 13661/3/12 REV 3 GENVAL 63 JAIEX 67 RELEX 796 JAI 603 COSI 72.

¹⁷⁹ Vid. Conclusiones del Consejo Europeo de 10 y 11 de diciembre de 2009, EUCO 6/09.

¹⁸⁰ Vid. COM (2009) 262 final, de 10.6.2009.

danos¹⁸¹. Según declara el Consejo, “el reto consistirá en asegurar el respeto y la integridad de los derechos y libertades fundamentales, garantizando al mismo tiempo la seguridad en Europa. Es de vital importancia que las medidas policiales y las medidas destinadas a salvaguardar los derechos de las personas, el Estado de Derecho y las normas de protección internacional sean coherentes y se refuercen mutuamente”¹⁸².

Con este propósito el Consejo Europeo se marca como principales prioridades políticas: a) el fomento de la ciudadanía y los derechos fundamentales; b) una Europa de la ley y la justicia; c) una Europa que protege; d) el acceso a Europa en un mundo globalizado; e) una Europa de la responsabilidad, la solidaridad y la colaboración en los ámbitos de la migración y el asilo; y, f) el papel de Europa en un mundo globalizado, la dimensión exterior¹⁸³. Para el logro de estas prioridades el Consejo invita a la Comisión a que presente un plan de acción, que se habrá de adoptar a más tardar en junio de 2010, para aplicar el Programa de Estocolmo¹⁸⁴.

Dicho plan se elabora mediante la Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones, Garantizar el espacio de libertad, seguridad y justicia para los ciudadanos europeos, Plan de acción por el que se aplica el programa de Estocolmo, aprobado en abril de 2010¹⁸⁵. Señala que el impulso principal consistirá en “progresar en la Europa de los ciudadanos”, para que puedan ejercer sus derechos y disfrutar plenamente de las ventajas de la integración europea. La libertad, la seguridad y la justicia son los ámbitos en los que los ciudadanos más esperan de los responsables políticos, ya que afectan a su vida cotidiana. Los hombres y las mujeres de Europa esperan razonablemente vivir en una Unión pacífica y próspera con la confianza de que sus derechos serán plenamente respetados y su seguridad garantizada.

Es precisamente en este último ámbito en el que se enmarcan las referencias a la trata de seres humanos, pues la garantía de la seguridad europea se enfrenta a la delincuencia transfronteriza. Hay que aprovechar, por tanto, el nuevo marco institucional para adoptar las futuras medidas contra la delincuencia organizada,

¹⁸¹ Vid. los apartados 25 y ss. de las Conclusiones del Consejo Europeo de 10 y 11 de diciembre de 2009, EUCO 6/09.

¹⁸² Cfr. apartado 26 de las Conclusiones del Consejo Europeo de 10 y 11 de diciembre de 2009, EUCO 6/09.

¹⁸³ Vid. los apartados 27 y ss. de las Conclusiones del Consejo Europeo de 10 y 11 de diciembre de 2009, EUCO 6/09.

¹⁸⁴ Vid. apartado 33 de las Conclusiones del Consejo Europeo de 10 y 11 de diciembre de 2009, EUCO 6/09.

¹⁸⁵ Vid. COM (2010) 171 final, de 20.4.2010.

por lo que todavía sigue estando presente el enfoque criminocéntrico. Así, se afirma que “la trata de seres humanos, la pornografía infantil, la delincuencia informática, la delincuencia financiera, la falsificación de medios de pago y el tráfico de drogas deben abordarse desde una perspectiva global. Una acción judicial y unas condenas más eficaces son tan importantes como atender las necesidades de las víctimas y reducir la demanda de servicios por parte de víctimas potenciales”¹⁸⁶.

Un mes después el Consejo europeo aprueba definitivamente *el Programa de Estocolmo-Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano*¹⁸⁷, sobre los precedentes y objetivos ya expuestos, con un contenido bien fundamentado y estructurado. La trata de seres humanos aparece recogida en cinco de las seis prioridades principales del programa, aunque de forma muy diversa. Así, en cuanto a la primera prioridad referida al fomento de la ciudadanía y los derechos fundamentales, destaca como uno de los objetivos convivir en un espacio que respete la diversidad y proteja a los más vulnerables, entre los que destaca los derechos del niño. Insta a la Comisión a que adopte medidas para proteger “a los niños en situaciones especialmente vulnerables, en particular a los niños que son víctimas de la explotación sexual y del maltrato, así como a los niños que son víctimas de la trata y a los menores no acompañados en el contexto de la política de inmigración de la Unión”¹⁸⁸. Destaca aquí, por tanto, un enfoque victimocéntrico que pretende dar una protección especial a los niños como víctimas especialmente vulnerables.

En la prioridad relativa a una Europa de la ley y la justicia, con el propósito de facilitar el reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial destaca la necesidad de armonizar la tipificación común de las infracciones, así como de los niveles mínimos comunes de las sanciones máximas en los ámbitos delictivos de especial gravedad y con dimensión transfronteriza, a las que se refiere el art. 83.1 TFUE. Así, señala que “debería darse prioridad al terrorismo, la trata de seres humanos, el tráfico ilícito de estupefacientes, la explotación sexual de mujeres y menores y la pornografía infantil, y los delitos informáticos”¹⁸⁹. Se trata, por tanto, de un claro enfoque criminalizador.

En la prioridad referida a una Europa que protege se establece una estrategia de seguridad interior en la Unión para proteger a los ciudadanos frente a las amenazas transnacionales, como el terrorismo, la delincuencia organizada, la corrupción, la trata de seres humanos, la introducción ilegal de personas, entre otras¹⁹⁰.

¹⁸⁶ Cfr. apartado 5 del Plan por el que se aplica el Programa de Estocolmo, COM (2010) 171 final, de 20.4.2010, p. 6.

¹⁸⁷ Vid. DO C 115/01, de 4.5.2010.

¹⁸⁸ Cfr. apartado 2.3 del Programa de Estocolmo, DO C 115/9.

¹⁸⁹ Cfr. apartado 3.3 del Programa de Estocolmo, DO C 115/15.

¹⁹⁰ Vid. apartado 4. del Programa de Estocolmo, DO C 115/17 y ss.

Es aquí precisamente donde se encuentra una mayor atención a la trata de seres humanos, además muy vinculada a lo que ahora se denomina como introducción ilegal de personas, en el contexto de la delincuencia organizada. Por ello, sigue estando muy presente en enfoque criminocéntrico y migratorio en el tratamiento del fenómeno de la trata de personas. Así, en el apartado específico relativo a la trata señala que “la trata de seres humanos y la introducción ilegal de personas es un delito muy grave que conlleva la violación de los derechos humanos y de la dignidad humana y que la Unión no puede tolerar”¹⁹¹. Por ello propone llevar a cabo un enfoque integral de estos fenómenos, que parece asociar inexorablemente, centrado en la prevención y lucha contra ellos, aunque también hay referencias a las medidas de asistencia y protección a víctimas de la trata¹⁹². Esta prioridad del Programa de Estocolmo ha sido desarrollada convenientemente por la Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo, por la que se adopta *la Estrategia de Seguridad Interior de la UE en acción: cinco medidas para una Europa más segura*, aprobada en noviembre de 2010¹⁹³.

Este abordaje migratorio y criminocéntrico de la trata sigue estando presente en las dos últimas prioridades del programa. Así, en la prioridad relativa a una Europa de la responsabilidad, la solidaridad y colaboración en los ámbitos de la migración y el asilo, pretende el desarrollo de una política migratoria previsor y global, basada en la sostenibilidad, la solidaridad y la responsabilidad. Para ello, según se afirma, es necesario una lucha eficaz contra la trata y la introducción ilegal de personas con el objetivo de impedir las tragedias humanas derivadas de las actividades de los traficantes¹⁹⁴. Esta prioridad del Programa de Estocolmo ha sido desarrollada por la Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones, por la que se adopta *el Enfoque Global de la Migración y la Movilidad*, aprobado en noviembre de 2011¹⁹⁵. Y, finalmente, en la prioridad referida a Europa en un mundo globalizado-la dimensión exterior, se vuelve a reiterar la necesidad e importancia de la lucha contra la trata de seres humanos y la introducción ilegal de personas¹⁹⁶.

¹⁹¹ Cfr. apartado 4.4 del Programa de Estocolmo, DO C 115/21.

¹⁹² Vid. apartado 4.4 del Programa de Estocolmo, DO C 115/21 y 22.

¹⁹³ Vid. COM (2010) 673 final, de 22.11.2010.

¹⁹⁴ Vid. apartado 6.1 del Programa de Estocolmo, DO C 115/28 y ss.

¹⁹⁵ Vid. COM (2011) 743 final, de 18.11.2011.

¹⁹⁶ Vid. apartado 7.3 del Programa de Estocolmo, DO C 115/34 y 35.

IV. EL PARADIGMA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y VICTIMOCÉNTRICO

1. *Antecedentes*

La consolidación y plasmación legal del nuevo paradigma victimocéntrico que destaca el valor y respeto de los derechos humanos de las víctimas de trata de personas culmina, sin duda, con la aprobación de la Directiva 2011/36/UE del Parlamento europeo y del Consejo 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 y por la que se sustituye la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo¹⁹⁷. Como se ha expuesto, el proceso ha sido largo y tortuoso, pero finalmente se ha impuesto un modelo integral y global en el tratamiento del fenómeno de la trata, aunque no del todo completo y que todavía tiene posibilidad y necesidad de ser mejorado en aspectos importantes que tienen que ver sobre todo con la asistencia, apoyo y protección de las víctimas.

De ese proceso de transición del paradigma migratorio y criminocéntrico al paradigma actual de los derechos humanos y victimocéntrico hay que destacar cuatro hitos fundamentales que han sido los antecedentes normativos determinantes del nuevo modelo plasmado en la Directiva 2011/36/UE.

- a) El primero, sin duda, lo constituye *el Protocolo de Palermo del año 2000* que instauró la política 3P como modelo de abordaje de la trata, mediante la prevención, la persecución y la protección de las víctimas de la trata. Aunque, como se indicó, en realidad se desarrolló más la política de persecución e incriminación de la trata que la preventiva y protectora, que tuvieron un carácter más bien programático y declarativo. Sin embargo, UN pronto comprendió la importancia que tenía en esta materia destacar y atender a la perspectiva de los derechos humanos, por lo que propuso su inclusión en el abordaje de la trata. En este sentido hay que destacar el Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos al Consejo Económico y Social sobre Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas, de 20 de mayo de 2002¹⁹⁸. Los principios que se recomiendan en dicho informe para hacer frente a la trata de personas son: la primacía de los derechos humanos, la prevención de la trata de personas, la protección y asistencia y la penalización, sanción y reparación. Estos principios tienen su desarrollo coherente con las directrices

¹⁹⁷ Así vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “La nueva Directiva europea...”, p. 2; de la misma autora: “El delito de trata de seres humanos en el Derecho Penal español...”, p. 450; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: “Tráfico y trata...”, p. 56.

¹⁹⁸ Vid. E/2002/68/Add.1, de 20 de mayo de 2002.

recomendadas sobre los derechos humanos y la trata de personas¹⁹⁹. Tales principios y directrices han tenido una repercusión importante a nivel internacional, regional y nacional, tal y como pone de manifiesto Navanethem Pillay, Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Huma-

¹⁹⁹ Las directrices que recomienda el informe son las siguientes: Directriz 1. Promoción y protección de los derechos humanos. Las infracciones de los derechos humanos son a la vez causa y consecuencia de la trata. Por lo que es indispensable que la protección de todos los derechos ocupe un lugar central en las medidas que se adopten para prevenir y combatir la trata; Directriz 2. Identificación de las víctimas de la trata de personas y de los tratantes. Hay que identificar claramente los elementos constitutivos de la trata y que la diferenciación del contrabando de migrantes, es decir, el uso de fuerza, coacción o engaño, al objeto de la correcta identificación de las víctimas y de los tratantes; Directriz 3. Investigación, análisis, evaluación y difusión. Una estrategia eficaz y realista de lucha contra la trata debe tener como base información, experiencia y análisis fidedignos y al día; Directriz 4. Establecer un marco jurídico adecuado. Es imperiosa la necesidad de armonizar las definiciones legales, los procedimientos jurídicos y la cooperación judicial en los planos nacional y regional de conformidad con las normas internacionales; Directriz 5. Medios de hacer cumplir adecuadamente la ley. Una aplicación efectiva de la ley supondrá un desincentivo para el tratante y tendrá un efecto directo en la demanda. Para aplicar adecuadamente la ley a los tratantes se necesita la cooperación de las víctimas de la trata y de otros testigos; Directriz 6. Asistencia y protección a las víctimas de la trata de personas. Para romper el ciclo de la trata hay que dar asistencia y protección adecuadas a todas las víctimas de la trata sin discriminación; Directriz 7. Prevención de la trata de personas. Las estrategias preventivas deben tener en cuenta que la demanda constituye una causa fundamental. También hay que considerar los factores que aumentan la vulnerabilidad a la trata, como la desigualdad, la pobreza y la discriminación y los prejuicios en todas sus formas; Directriz 8. Medidas especiales para la protección y asistencia a los niños víctimas de trata de personas. El daño físico, psicológico y psicosocial que sufren en especial los niños objeto de trata y su mayor vulnerabilidad a la explotación hacen necesario un tratamiento separado del previsto para los adultos en las leyes, las normas, los programas y la acción. Los mejores intereses del niño deben constituir una consideración primordial en todas las medidas relativas a las víctimas de trata de niños; Directriz 9. Acceso a recursos. Las víctimas de la trata, en su calidad de víctimas de infracciones de los derechos humanos, tienen derecho en el plano internacional a recursos adecuados y apropiados. Por ello hay que proporcionarles asistencia jurídica y material para que puedan ejercitar realmente este derecho; Directriz 10. Obligaciones del personal de mantenimiento de la paz, de policía civil, humanitario y diplomático. Los Estados y las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales tienen la obligación de adoptar medidas para prevenir que sus nacionales y empleados realicen actividades de trata. Tienen asimismo la obligación de investigar las denuncias y establecer y aplicar sanciones adecuadas para los culpables de haber participado en la trata de personas; Directriz 11. Cooperación y coordinación entre Estados y regiones. La trata es un fenómeno regional y mundial al que no se puede hacer frente solo a nivel nacional, sino que la cooperación internacional, multilateral y bilateral puede tener un papel importante en la lucha contra la misma.

nos. Esta respuesta tan sumamente positiva ha allanado el camino para que la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos elaborara en 2010 un Comentario sobre dicho documento, que contiene un análisis completo de los Principios y Directrices realizado a la luz tanto de los principios generales del derecho internacional como de las normas particulares que guardan relación directa con la trata de seres humanos²⁰⁰.

- b) El segundo y más importante hito lo constituye el *Convenio de Varsovia de 2005*, pues, como tuvimos ocasión de señalar, este convenio del Consejo de Europa ha sido el instrumento internacional que realmente propugna un enfoque victimocéntrico para el tratamiento de la trata desde la perspectiva de los derechos humanos y de asistencia y protección de la víctimas. Pese a las dificultades para su entrada en vigor e incluso los obstáculos puestos desde la propia UE para su aprobación, finalmente se ha convertido en un instrumento jurídico vinculante para los treinta y cuatro Estados que lo han ratificado de los cuarenta y tres que lo han firmado, por lo que la inercia del nuevo modelo victimocéntrico está generando ya un movimiento de confluencia hacia dicho paradigma difícil de detener, sobre todo cuando los Estados firmantes son al mismo tiempo los de la UE, por lo que la UE no podía quedar ajena a este proceso²⁰¹.
- c) El tercer antecedente normativo más inmediato, ya en el contexto regional de la Unión Europea, lo constituye la *propuesta de Decisión Marco del Consejo relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas de 2009*, que finalmente caducó y no llegó a concretarse por la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, lo que determinó que se transformara y surgiera una propuesta de Directiva en 2010 que finalmente dio lugar a la Directiva 2011/36/UE. Fue en dicha propuesta de Decisión marco donde se plasmó inicialmente el enfoque victimocéntrico que hoy establece la Directiva vigente, aunque hay bastantes diferencias entre ambos documentos, sobre todo en lo relativo a la asistencia y protección a las víctimas, que resultan mucho mejor tratadas con la Directiva vigente que con la propuesta de Decisión marco²⁰².
- d) El último hito destacable, también en el ámbito comunitario, y que se adoptó prácticamente al mismo tiempo que la propuesta de Decisión marco caducada, ha sido el *Documento orientado a la acción (DOA) relativo*

²⁰⁰ Vid. Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos: Principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos y trata de personas. Comentario. HR/PUB/10/2, Nueva York y Ginebra, 2010.

²⁰¹ Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C.: El delito de trata..., pp. 176 y ss.

²⁰² Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C.: "La nueva Directiva europea...", pp. 28 y ss.

a la intensificación de la dimensión exterior de la UE en materia de actuación contra la trata de seres humanos, aprobado por el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior a finales de 2009. Entre los objetivos de este DOA destaca la necesidad de reforzar el compromiso y la acción coordinada de la UE y los Estados miembros para prevenir y combatir la trata en asociación con terceros países, regiones y organizaciones a escala internacional de una forma anticipada y preventiva. Pero sin duda también supone ya una plasmación clara a nivel comunitario de un planteamiento integrado, global y pluridisciplinar, basado en el respeto de los derechos humanos y el Estado de Derecho, que tenga presente la perspectiva de la discriminación por sexo y los derechos de los niños, y que responda al enfoque de derechos humanos y victimocéntrico que cristaliza normativamente en la Directiva 2011/36/UE.

Finalmente, en el contexto regional de la Unión no sería adecuado concluir con los antecedentes a la Directiva 2011/36/UE sin hacer una referencia especial a un precedente muy importante por el contenido significativo que tiene en esta materia, como sin duda alguna ha sido *la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* de 30 de marzo de 2010²⁰³, que ha sido dotada de un valor jurídico equivalente al de los Tratados de la Unión Europea conforme a lo dispuesto en el art. 6 del Tratado de Lisboa²⁰⁴, pues hasta entonces tuvo un valor meramente programático y político desde que fue aprobada el 7 de diciembre de 2000²⁰⁵. Interesa destacar que el art. 5 de la Carta prohíbe por primera vez la trata de seres humanos, junto a la prohibición de la esclavitud y el trabajo forzoso, por lo que establece una estrecha relación entre dichas violaciones de derechos humanos digna de ser tomada muy en consideración, ya que no hay instrumento regional, internacional o universal que lo establezca de este modo, aunque sí ha tenido respaldo judicial en la jurisprudencia establecida por el TEDH a partir del *caso Rantsev contra Chipre y Rusia* resuelto²⁰⁶. En este caso, el TEDH ha reconocido que la trata es una forma de esclavitud y que le alcanza la prohibición general de la esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso del art. 4 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos, pese a que la trata no esté recogida de forma expresa y nominal en dicha prohibición²⁰⁷.

²⁰³ Vid. DO C 83/389, de 30.3.2010.

²⁰⁴ Vid. Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, DO C 306/01, de 17.12.2007.

²⁰⁵ Vid. DO C 364/1, de 18.12.2000.

²⁰⁶ Sentencia del TEDH de 7 de enero de 2010.

²⁰⁷ Vid. al respecto, PÉREZ ALONSO, E.: "La abolición universal de la esclavitud y sus formas contemporáneas". En, (M. L. Maqueda Abreu/M. Martín Lorenzo/A. Ventura Püschel, coords.), *Derecho Penal para un Estado social y democrático de derecho:*

2. *La Directiva 2011/36/UE*

La Directiva 2011/36/UE del Parlamento europeo y del Consejo 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 y por la que se sustituye la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo, es sin duda el instrumento jurídico que mejor responde a la política 3P, establecida en su día por el Protocolo de Palermo, para el abordaje de la trata de personas desde una perspectiva victimocéntrica atenta y respetuosa con los derechos humanos²⁰⁸. Así lo reconoce de forma expresa en sus consideraciones previas, donde señala que “la presente Directiva adopta un enfoque respecto a la lucha contra la trata de seres humanos integrado, global y basado en los derechos humanos”²⁰⁹. Declara, además, que evitar y combatir la trata es una prioridad para la Unión, dado que se trata de un delito grave, cometido a menudo en el marco de la delincuencia organizada, y que constituye una grave violación de los derechos humanos²¹⁰. Destaca el compromiso de la Unión tanto en la prevención y lucha contra la trata de personas, como en la protección de los derechos de sus víctimas²¹¹.

A estos tres pilares de la política europea contra la trata añade un aspecto nuevo, en la medida que la propia Directiva se enmarca en el contexto de una acción mundial contra la trata de personas, en la que incluye medidas en las que participan terceros países²¹². Se puede destacar por tanto como cuarto pilar de esta política la cooperación interestatal e internacional en todos los niveles y ámbitos posibles, como pueda ser la cooperación policial, judicial, transfronteriza, internacional e, incluso, también con la sociedad civil, especialmente con las organizaciones no gubernamentales.

a) El primer aspecto y más importante de la política europea contra la trata de seres humanos sigue siendo el relativo a su *persecución penal*, como se evidencia de forma clara a la hora de anunciar el objeto de la norma. Así el art. 1 declara que “la presente Directiva establece normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en el ámbito de la trata de seres humanos. También introduce disposiciones comunes teniendo en cuenta la

estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, 2016 ; del mismo autor: “Tratamiento jurídico-penal de las formas contemporáneas de esclavitud”. En, (E. Pérez Alonso, dir.) *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017

²⁰⁸ Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “La nueva Directiva europea...”, p. 2; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: “Tráfico y trata...”, p. 56; DÍAZ BARRADO, C.: “La lucha contra la trata...”, p. 473.

²⁰⁹ Cfr. apartado 7 de la Directiva 2011/36/UE.

²¹⁰ Vid. apartado 1 de la Directiva 2011/36/UE.

²¹¹ Vid. apartado 4 de la Directiva 2011/36/UE.

²¹² Vid. apartado 2 de la Directiva 2011/36/UE.

perspectiva de género para mejorar la prevención de este delito y la protección de las víctimas”.

En este contexto destaca, por tanto, la prioridad que atribuye a la armonización penal de las legislaciones nacionales en esta materia, tanto desde la perspectiva sustantiva como procesal. Así en el art. 2 comienza por la tipificación penal de las conductas de trata que deben resultar punibles cuando se cometan de forma intencionada, ofreciendo una definición bastante similar a la ya existente en la Decisión Marco 2002/629/JAI y en el Protocolo de Palermo²¹³. Aunque la nueva Directiva amplía las formas de explotación personal que puede perseguir la trata en relación a la Decisión marco que viene a derogar, incluyendo ahora de forma expresa la mendicidad forzada, la realización de actividades delictivas y la extracción de órganos. También incluye como novedad importante una definición legal de lo que deba entenderse por “situación de vulnerabilidad” a los efectos de delimitar el contenido de la trata abusiva. Esta modalidad de trata, sin duda, es la más compleja de definir con claridad, pues son muchas las situaciones límite donde no resulta nada fácil determinar si estamos ante un comportamiento contrario a la voluntad de la víctima por la situación personal en la que se encuentra y de la que abusa el traficante o bien si no llega a producirse tal abuso y en consecuencia se trata de un acto voluntario de la víctima en cuyo caso no habría delito de trata. Posiblemente esta situación límite y difícil de diferenciar es la que se presenta en muchos casos de tráfico ilegal de personas, donde resulta muy complicado dilucidar si estamos ante el delito de trata o el de ayuda a la inmigración clandestina. Señala la Directiva a tal efecto que “existe una situación de vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa real o aceptable excepto someterse al abuso” (art. 2.2).

A continuación se establecen una serie de disposiciones para castigar también las formas de participación y la tentativa (art. 3), para la armonización de las penas y tipos agravados aplicables (art. 4), para la responsabilidad de las personas jurídicas y las sanciones que les sean de aplicación (arts. 5 y 6), así como para

²¹³ El art. 2.1 de la Directiva define la trata de seres humanos como “la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, incluido el intercambio o la transferencia de control sobre estas personas, mediante la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona, con el fin de explotarla”. Añadiendo en su apartado 3 que “la explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena, u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, incluida la mendicidad, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre, la explotación para realizar actividades delictivas o la extracción de órganos”.

la armonización de aspectos procesales como el embargo y decomiso (art. 7), la investigación y enjuiciamiento (art. 9) y la competencia judicial (art. 10).

b) *Las medidas de prevención* de la trata de seres humanos se recogen en el art. 18, donde se refiere por un lado a la adopción de medidas apropiadas, como la educación y la formación, para desalentar y disminuir la demanda; o de compañías de información y concienciación, programas de educación e investigación, incluso en cooperación con organizaciones de la sociedad civil, para concienciar y reducir el riesgo de victimización de las personas, especialmente de los menores. También destaca la necesidad de ofrecer una buena formación a los funcionarios para que puedan identificar a las víctimas y ocuparse adecuadamente de ellas. Y en último término señala que para desalentar la demanda, los Estados deben estudiar la adopción de medidas para tipificar penalmente el uso de servicios de personas que son objeto de explotación, a sabiendas de que son víctimas de trata. Esta última medida tiene carácter facultativo y no preceptivo, a diferencia de lo que establece el Convenio de Varsovia, que ofrece un elenco de medidas preventivas más completo que la Directiva.

c) En cuanto a *las medidas de asistencia y protección a las víctimas* de la trata de seres humanos, la Directiva le presta una mayor atención que a las relativas a la prevención del delito. Ya desde las consideraciones previas de la Directiva resalta este aspecto tan importante en la nueva política europea contra la trata de seres humanos, destacando que los derechos de las víctimas deben ejercerse de forma efectiva, al tiempo que señala que les serán de aplicación las disposiciones contenidas en la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal. También destaca una atención especial para los menores, que son considerados como víctimas especialmente vulnerables, sobre todo si se trata de menores no acompañados. De este modo, la Directiva establece medidas de asistencia y apoyo de carácter general y medidas de protección específicas en el proceso penal.

a'. Así, respecto a *las primeras*, contenidas en el art. 11, la Directiva dispone que se deben adoptar las medidas necesarias para garantizar la asistencia y el apoyo a las víctimas antes, durante y después del proceso penal, para que puedan ejercer los derechos establecidos en la Decisión Marco 2001/220/JAI, relativa al estatuto de la víctima, y en la propia Directiva. Estas medidas deben adoptarse desde el momento en que las autoridades tengan indicios racionales de que la persona ha podido ser víctima de trata. Además, han de adoptarse sin supeditarse a la voluntad de la víctima de cooperar en la investigación, instrucción o juicio penal por tales hechos, aunque inmediatamente añade "sin perjuicio de lo dispuesto en la Directiva 2004/81/CE o en normas nacionales similares" (art. 11.3). Recordemos que en dicha Directiva se establecen las condiciones para la expedición de un permiso de residencia a extranjeros víctimas de trata o que hayan sido objeto

de ayuda a la inmigración regular, donde se exige la cooperación de la víctima con la justicia o autoridad policial a cambio de la concesión de dicho permiso. Por consiguiente, la asistencia y apoyo a las víctimas ya no parece tan incondicional como se proclama, sino que se excepcional a la voluntad de cooperación de la víctima, por lo que sigue siendo instrumentalizada y condicionada para adquirir la residencia legal en el territorio en el que ha sido víctima. Incluso, la propia Directiva de 2011, en sus consideraciones previas lo advierte cuando señala que “la presente Directiva no se ocupa de las condiciones de la residencia de las víctimas de la trata de seres humanos en el territorio de los Estados miembros” (ap. 17). Pero lo deja meridianamente claro cuando señala que “si, una vez concluido el proceso de identificación o expirado el período de reflexión, se considera que la víctima no reúne las condiciones necesarias para obtener un permiso de residencia o no tiene la residencia legal en ese Estado miembro, o ha abandonado su territorio, dicho Estado no está obligado a seguir prestando asistencia y apoyo sobre la base de la presente Directiva (ap. 18)²¹⁴.

Sin embargo, el régimen de aplicación y desarrollo de la Directiva 2004/81/CE se está relajando y dulcificando un poco y lo hará más en el futuro inmediato como consecuencia de la Directiva 2011/36/UE, que está condicionando afortunadamente la aplicación y desarrollo de aquélla. De hecho, esta es la propuesta que hace la Comisión en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo relativa a la aplicación de la Directiva 2004/81/CE²¹⁵, donde a lo largo de todo el documento de trabajo se hace una encomiable lectura victimocéntrica y desde la perspectiva de los derechos humanos de esta Directiva de marcado carácter migratorio y criminocéntrico. De hecho concluye señalando que la vinculación entra ambas Directivas en tan estrecha, junto a la reciente Estrategia de la UE para la erradicación de la trata de seres humanos, que la aplicación y desarrollo de la primera estará muy condicionada por los instrumentos más recientes aprobados, sobre todo ahora que como consecuencia de estos últimos instrumentos se está modificando la legislación nacional de los Estados miembros. Por lo tanto, concluye el documento de trabajo, “la Comisión estará en condiciones de evaluar plenamente la necesidad y el valor añadido de establecer directrices de aplicación o de modificar la Directiva 2004/81/CE únicamente después de analizar la transposición de la Directiva 2011/36/UE, que se espera para 2015. La Comisión estudiará la posibilidad de explorar vías para la consolidación de la legislación de la UE sobre la trata de seres humanos, en particular en lo que se refiere a los permisos de residencia para las víctimas que sean nacionales de un tercer país”.

²¹⁴ Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “El delito de trata de seres humanos en el Derecho Penal español...”, p. 450.

²¹⁵ Vid. COM (2014) 635 final, de 17.10.2014.

Otro aspecto novedoso e importante en relación a las medidas de asistencia y apoyo a las víctimas que destaca la Directiva 2011/36/UE en el art. 11.4 es la necesidad de adoptar medidas para establecer los mecanismos adecuados para la identificación, la asistencia y el apoyo tempranos a las víctimas, en cooperación con las organizaciones de apoyo pertinentes.

En el apartado 5 del art. 11 enumera el contenido de estas medidas de asistencia y apoyo, que en todo caso deben ser conocidas y consentidas por la víctima. Así, señala que incluirán al menos un nivel de vida capaz de asegurar su subsistencia mediante medidas como la prestación de un alojamiento apropiado y seguro y asistencia material, tratamiento médico, incluida la asistencia psicológica, asesoramiento e información y servicios de traducción e interpretación. En el apartado siguiente señala cuales son los extremos sobre los que cabe informar a la víctima a efectos de que tome sus propias decisiones al respecto.

Hay otro cúmulo de medidas de asistencia y apoyo de carácter general pero que están destinadas de forma específica a los menores de edad, para los que rige el principio del interés superior del menor a la hora de su establecimiento y adopción, tal y como señala el art. 13, que también se hace extensible para las medidas de protección específicas en el proceso penal. En dicho precepto también se establece la presunción de la minoría de edad en casos de duda sobre la edad de la víctima a efectos de otorgarle, por principio, una especial protección. A partir de estos principios, el art. 14 establece las medidas específicas de asistencia y apoyo a menores víctimas de trata, a corto o largo plazo, para su recuperación física y psicosocial, tras una evaluación individual de las circunstancias, opiniones, necesidades e intereses de cada víctima para lograr la mejor solución duradera, debiendo facilitar el acceso a la educación en el plazo más razonable. También se incluye una nueva medida importante para los menores, como es la posibilidad de designar a un tutor o representante legal del menor para defender sus intereses o representarlo. Y, finalmente, advierte de la posibilidad, que no obligatoriedad, de adoptar medidas para asistir y apoyar a la familia de los menores víctima de trata. En el art. 16 se establece la necesidad de un tratamiento especial cuando las víctimas de trata sean menores no acompañados, a los que la Directiva presta una atención especial que hasta entonces no existía. De este modo señala que todas las medidas recogidas en el art. 14 deben ser aplicadas teniendo debidamente en cuenta las circunstancias personales y particulares de los menores no acompañados. Al tiempo que los Estados deben buscar una solución duradera basada en la evaluación individual del interés del menor que, incluso, conlleve el nombramiento de un tutor del menor.

b). En cuanto a *las medidas de protección específica a víctimas en el proceso penal*, hay que señalar que están guiadas por la idea de no suponer una victimización secundaria ni producir una experiencia traumática durante el proceso penal, tal y como se anuncia ya en las consideraciones previas de la Directiva (ap. 20).

Estas medidas se encuentran recogidas en el art. 12 y son complementarias a las previstas en la Decisión Marco 2001/220/JAI. Así los Estados están obligados a garantizar a las víctimas de trata un acceso inmediato al asesoramiento jurídico y a la representación legal, que serán gratuitos si no tienen suficientes medios económicos. Destaca también la obligación de ofrecer a las víctimas una protección apropiada sobre la base de una evaluación individual del riesgo que puede llegar, por ejemplo, al acceso a programas de protección de testigos u otras medidas similares. Aquella idea de evitar la victimización secundaria se plasma legalmente en el apartado 4 del art. 12, donde además se obliga a los Estados a que eviten también repetir innecesariamente los interrogatorios, el contacto visual entre víctimas y agresores, testificar en audiencia pública y preguntar sobre la vida privada de la víctima.

Por su parte, el art. 15 intenta concretar aún más estas medidas especiales de protección de las víctimas en el proceso cuando se trata de menores de edad, donde insiste nuevamente en evitar la victimización secundaria y detalla cómo ha de llevarse a cabo el interrogatorio de un menor, así como las investigaciones judiciales y los desarrollos de los procesos penales cuando las víctimas sean menores. Aunque antes de todo ello, se establece la exigencia de designar un representante del menor para la investigación y el proceso penal cuando exista conflicto con los responsables parentales. Del mismo modo, han de tener acceso inmediato al asesoramiento jurídico gratuito y a la representación legal gratuita, incluso a efectos de reclamar una indemnización, salvo que dispongan de medios económicos. Esta obligación se extiende también en el caso de menores no acompañados, donde los Estados están obligados a designarles un representante legal en las instrucciones y procesos penales, como dispone el art. 16.4.

d) En último término, como señalamos, hay que referirse a *las medidas de cooperación* que se recogen en la Directiva y que hasta la fecha no habían sido tomadas en consideración en la lucha contra la trata de seres humanos. Por ello, se ha podido decir que “la política emprendida por la Unión con la aprobación de la presente Directiva, más que de 3P puede caracterizarse de política 4P, que cubre el flanco de la coordinación”²¹⁶. Sobre este nuevo aspecto se insiste mucho en las consideraciones previas de la Directiva, pero tan solo encontramos un precepto que se ocupe del mismo. Así, en el art. 20, titulado “coordinación de la estrategia de la Unión contra la trata de seres humanos”, se dispone que “con objeto de contribuir a una estrategia coordinada y consolidada de la Unión Europea en su lucha contra la trata de seres humanos, los Estados miembros facilitarán la labor de un Coordinador de la UE para la lucha contra la trata de seres humanos”, al

²¹⁶ Cfr. VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “La nueva Directiva europea...”, p. 47.

que deben remitir la información estadística a que se refiere el art. 19 para que el coordinador pueda efectuar su contribución a los informes bianuales que elabora la Comisión sobre el progreso en la lucha contra la trata de seres humanos.

3. *La Estrategia de la UE para la erradicación de la trata de seres humanos*

En último término, la política europea en materia de trata de seres humanos queda perfectamente plasmada y actualizada en *la Estrategia de la Unión Europea para la erradicación de la trata de seres humanos (2012-2016)*, adoptada el 19 de junio de 2012, mediante la Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social y al Comité de las regiones²¹⁷. Se trata del instrumento más general respecto a la trata que se ha aprobado en la UE que amplía el espectro de actuación y marca un nuevo rumbo para el período comprendido entre 2012-16 desde un planteamiento integrado y global, centrado en los derechos humanos y en la víctimas, incluida también la dimensión exterior. El objetivo de esta Estrategia es proporcionar un marco coherente para las iniciativas previstas y en curso, fijar prioridades, suplir carencias y, por lo tanto, complementar la Directiva recientemente adoptada. La supervisión de la ejecución de esta Estrategia se deja en manos del Coordinador de la UE contra la trata de seres humanos, designado por la Comisión en marzo de 2011.

Con esta Estrategia la Comisión pretende centrarse en medidas concretas en apoyo de la transposición y aplicación de la Directiva 2011/36/UE, aportar valor añadido y completar la labor realizada por los gobiernos, las organizaciones internacionales y la sociedad civil en la UE y en los terceros países. También se pretende mostrar la forma en que la Comisión puede y pretende ayudar a los Estados miembros, dado que son ellos los principales responsables de la lucha contra la trata de seres humanos.

La nueva Estrategia amplía la actuación en esta materia, que ya no responde a la política 3P iniciada en el Protocolo de Palermo, ni al cuarto pilar incorporado por la Directiva 2011/36, sino que fija cinco prioridades básicas de la nueva política de la UE en materia de trata de seres humanos. Al tiempo que presenta una serie de acciones que la Comisión pretende llevar a cabo en el período fijado para lograr dichos objetivos en concertación con otros interesados, incluidos los Estados miembros, el Servicio Europeo de Acción Exterior, las instituciones de la

²¹⁷ Vid. COM (2012) 286 final, de 9.6.2012, publicado en el Doc. 11780/12 JAI 465 GENVAL 43 COSI 53 ENFOPOL 208 JAIEX 48 RELEX 589 EUROJUST 58.

UE, las agencias de la UE, las organizaciones internacionales, los terceros países, la sociedad civil y el sector privado.

Las prioridades marcadas en la nueva política de la UE, junto a sus correspondientes acciones, son las siguientes: a) detectar, proteger y asistir a las víctimas de la trata de seres humanos²¹⁸; b) reforzar la prevención de la trata de seres humanos²¹⁹; c) perseguir más activamente a los traficantes²²⁰; d) mejorar la coordinación y cooperación entre los principales interesados y la coherencia de las políticas²²¹; y e) conocer mejor y responder eficazmente a las nuevas tendencias relacionadas con todas las formas de trata de seres humanos²²². Es claro que se mantiene un planteamiento integrado y global, con un enfoque de derechos humanos y victimocéntrico, junto al criminocéntrico, cooperativo y comprensivo para anticiparse en las respuestas. Para el logro de dichas prioridades es fundamental también la evaluación y seguimiento de la Estrategia, tal y como señala en su apartado final.

4. Actividad de seguimiento posterior.

La Estrategia de 2012 ha finalizado su plazo de ejecución en 2016 y estaba pendiente de que la Comisión la evaluara y pusiera en marcha una nueva, tal y como reclamaba el Parlamento Europeo. Debe tratarse de una nueva Estrategia “que desarrolle un enfoque basado en los derechos

²¹⁸ Aquí incluye las siguientes acciones: 1) establecer mecanismos de orientación de las víctimas nacionales y transnacionales; 2) detectar a las víctimas; 3) proteger a los menores víctimas de trata; e 4) informar sobre los derechos de las víctimas.

²¹⁹ Aquí incluye las siguientes acciones: 1) comprender y reducir la demanda; 2) promover la creación de una plataforma del sector privado; y 3) actividades de sensibilización y programas de prevención a escala de la UE.

²²⁰ Aquí incluye las siguientes acciones: 1) crear unidades policiales nacionales multidisciplinarias; 2) garantizar una investigación financiera proactiva; 3) reforzar la cooperación policial y judicial transfronterizas; y 4) reforzar la cooperación más allá de las fronteras.

²²¹ Aquí incluye las siguientes acciones: 1) reforzar la Red de ponentes nacionales o mecanismos equivalentes de la UE; 2) coordinar las actividades de la política exterior de la UE; 3) promover la creación de una plataforma de la sociedad civil; 4) revisar los proyectos financiados por la UE; 5) reforzar los derechos fundamentales en la política de lucha contra la trata de seres humanos y las acciones conexas; y 6) coordinar las necesidades de formación en un contexto multidisciplinar.

²²² Aquí incluye las siguientes acciones: 1) desarrollar un sistema para la recogida de datos a escala comunitaria; 2) desarrollar los conocimientos relativos a la dimensión del género en la trata de seres humanos y los grupos vulnerables; 3) comprender la captación en línea; y 4) luchar contra la trata de seres humanos con fines de explotación laboral.

humanos, centrado en las víctimas, incluya claramente la perspectiva de género y prevea medidas concretas al respecto, aborde la prevención de manera adecuada y eficaz y persiga desalentar la demanda que propicia cualquier forma de trata; pide que, para garantizar una aplicación eficaz de las medidas de lucha contra la trata, esta nueva estrategia se integre en otros ámbitos políticos y guarde coherencia con estos, incluidos, entre otros, la seguridad, la igualdad de género, la migración, la ciberseguridad y la aplicación de la ley”.

La Comisión ha presentado mediante la Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo, el Informe de seguimiento de la estrategia de la UE para la erradicación de la trata de seres humanos y determinación de nuevas acciones concretas, el día 4 de diciembre de 2017. Reconoce que la estrategia es el principal instrumento de actuación de la UE en este ámbito, pero que el contexto sociopolítico ha cambiado significativamente respecto a los años de aprobación de la Directiva y de la estrategia. Ahora, las repercusiones de la crisis financiera mundial, de la crisis migratoria y las amenazas a la seguridad de la delincuencia organizada agravan aún más la vulnerabilidad de las víctimas y por ello requieren de una actuación más decidida a escala nacional y de la UE. Por ello propone una serie de prioridades específicas para intensificar los esfuerzos contra la trata de seres humanos, desde un enfoque basado en los derechos humanos, las especificidades de género y de atención a los menores y de coordinación dentro y fuera de la UE. Estas prioridades se centran fundamentalmente en: a) desarticular el modelo de negocio y romper la cadena de la trata; b) mejorar el acceso de las víctimas a los derechos que tienen reconocidos; y c) garantizar que las acciones internas y externas de la UE ofrezcan una respuesta coordinada y coherente.

Mientras tanto la Comisión también ha llevado a cabo de forma paralela una labor de supervisión del proceso de transposición de la Directiva por parte de los Estados miembros (art. 23.1) y también ha venido informando de sus progresos (art. 20).

Así, de una parte hay que destacar, en primer lugar, el Informe de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo, de 2 de diciembre de 2016, sobre la adopción por los Estados miembros de las disposiciones necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la

protección de las víctimas, de conformidad con su artículo 23, apartado 1. El informe analiza el grado de cumplimiento en la transposición de la Directiva a las legislaciones nacionales, sobre todo, en lo que se refiere a las medidas penales, de investigación y enjuiciamiento, a las medidas de asistencia, apoyo y protección a las víctimas, así como a las medidas de prevención y coordinación. Concluye que se han desplegado esfuerzos considerables para transponer este instrumento integral, pero que todavía queda “un margen mejora considerable, en particular en lo que respecta a: medidas de protección del menor específicas, presunción de la minoría de edad, determinación de la edad del menor, protección antes y durante el proceso penal, acceso a asistencia incondicional, indemnización, exención de responsabilidad penal, asistencia y apoyo a los miembros de la familia de un menor víctima y prevención”. En segundo lugar, hay que destacar el Informe de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo, de 2 de diciembre de 2016, que evalúa la incidencia de la legislación nacional vigente que tipifica penalmente el uso de servicios que son objeto de explotación relacionada con la trata de seres humanos, en la prevención de la trata de seres humanos, de conformidad con el artículo 23, apartado 2, de la Directiva 2011/36/UE. La tipificación penal del uso de servicios de las víctimas de la trata se contempla en el art. 18.4 de la Directiva, donde señala que “con objeto de hacer más eficaz la prevención y lucha contra la trata de seres humanos desalentando la demanda, los Estados miembros estudiarán la adopción de medidas para tipificar penalmente el uso de servicios que son objeto de explotación a los que se hace referencia en el artículo 2, a sabiendas de que la persona es víctima de una de las infracciones contempladas en dicho artículo”. En este informe se concluye al respecto, que hay un panorama jurídico muy diverso en las distintas legislaciones nacionales, que no contribuye eficazmente a desalentar la demanda de los mencionados servicios, por la ausencia de regulación penal o bien por una tipificación inadecuada del uso de tales servicios en el contexto de la trata.

Por otra parte, para evaluar los progresos alcanzados a nivel de la UE en aplicación de la Directiva 2011/36/UE, hay que hacer referencia al Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre los progresos realizados en la lucha contra la trata de seres humanos (2016), con arreglo al artículo 20 de la Directiva 2011/36/UE relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas [SWD(2016)

159 final]. Este es el primer informe de la Comisión tras la aprobación de la directiva que sitúa la trata en un contexto de vulnerabilidad de las víctimas, en la demanda y obtención de beneficios de los traficantes, en la vulneración de los derechos humanos, aunque se centra en los aspectos esenciales referidos al enjuiciamiento, protección y prevención, al tiempo que señala que los resultados del informe servirán de orientación para el desarrollo de una nueva estrategia contra la trata después de 2016.

Primero destaca las tendencias y desafíos en materia de lucha contra la trata, señalando que los datos estadísticos relativos a 2013-2014 apuntan a que hubo 15.846 víctimas registradas, de las que un 67% fueron explotadas en el ámbito sexual y un 21% en el ámbito laboral. El 76% fueron mujeres, mientras que un 15% menores, llamando la atención también que el 65% de las víctimas eran ciudadanas europeas frente al 35% de terceros países. En la explotación sexual el 95% son mujeres, mientras que en la explotación laboral el 74% son hombres. Otras formas de trata representan el 12%.

A partir de estos datos se analizan los resultados de las medidas aplicadas, poniéndose de manifiesto la dificultad de obtener los datos y de evaluarlos. Se van analizando, en primer término, desde la perspectiva penal-judicial, desde la perspectiva de las víctimas, destacando los graves problemas existente en la identificación de las víctimas, en su protección durante los procesos, así como en su escasa asistencia y apoyo, terminando con la perspectiva de la prevención y reclamando un mayor apoyo financiero para abordar este fenómeno.

La Comisión presenta al Parlamento europeo y al Consejo, el día 3 de diciembre de 2018, el Segundo Informe sobre los progresos realizados en la lucha contra la trata de seres humanos (2018) con arreglo al artículo 20 de la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas [SWD(2018) 473 final]. Este segundo informe se refiere a datos estadísticos relativos a 2015-2016, señalando que en este período se muestran patrones similares a los de períodos anteriores, aunque ahora se dispone de una mayor cantidad de datos. Así, en el nuevo período evaluado se registraron 20.532 víctimas, de las que más de la mitad (un 56%) han sido explotadas en el ámbito sexual, mientras que una cuarta parte (26%) lo han sido en el ámbito laboral y el resto (18%) en otros fines, como mendicidad o matrimonios

forzados o extracción de órganos. Las mujeres y niñas representan más de dos terceras partes de las víctimas (68 %), mientras que una cuarta parte son menores de edad (23%). Baja el porcentaje de víctimas ciudadanas europeas (44%) y aumenta el de víctimas de terceros países (56%). Se repite el porcentaje de mujeres víctimas de explotación sexual (95%), mientras que aumenta un poco el de hombres víctimas de explotación laboral (80%). Finalmente señalar que hubo casi 6.000 enjuiciamientos y casi 3.000 condenas por trata de seres humanos, con 7.500 personas implicadas formalmente con el sistema policial o judicial. Pese a ello, se considera que el nivel global de enjuiciamientos y condenas sigue siendo muy bajo, lo que unido al número de víctimas, sugiere y se concluye “que hay que continuar trabajando para mejorar la identificación de las víctimas, la investigación, el enjuiciamiento, la recopilación y la mejora del registro de datos, la cooperación transfronteriza y la sensibilización”.

En último término, hay que destacar otro instrumento jurídico-político sobre las directrices a seguir en el ámbito europeo en esta materia, concretamente la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de mayo de 2016, 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 [2015/2118(INI)]. Donde destaca nuevamente la necesidad de adoptar un enfoque centrado en los derechos humanos y en las víctimas, especialmente mujeres y menores, al tiempo que advierte del grave problema que se está planteando con la identificación de las víctimas, lo que debe verse como un desafío para todos, pues es uno de los puntos a superar claramente. A lo que añade la necesidad de un claro cambio cultural para la lucha contra la trata, “pasando de una cultura de la impunidad a una cultura de la tolerancia cero de la trata”. Pero sobre todo esta resolución destaca por el importante enfoque y dimensión de género que adopta en el análisis de todas las perspectivas del fenómeno, comenzando por la evaluación general de las medidas adoptadas para abordar la dimensión de género de la trata de seres humanos en la aplicación de la Directiva, pasando por la perspectiva de género en la prevención de la trata de seres humanos, hasta llegar a la dimensión de género de la asistencia, el apoyo y la protección de las víctimas, así como de la evaluación de otras medidas que integren la dimensión de género adoptadas en aplicación de la Directiva.

V. CONCLUSIONES.

La política europea en materia de trata de seres humanos que se está desarrollando y aplicando en la actualidad ha supuesto un viraje muy considerable tanto en el fondo como en la forma con respecto a la existente antes de la aprobación del Tratado de Ámsterdam en 1997, e incluso en los primeros años de vigencia de dicho Tratado. Se ha pasado del primitivo paradigma migratorio y criminocéntrico en el tratamiento de la trata de seres humanos, caracterizado además por la fragmentariedad y dispersión normativa, a un nuevo enfoque donde empieza a imperar el paradigma de derechos humanos y victimocéntrico en un planteamiento holístico del fenómeno, que empieza a caracterizarse, además, por su autonomía conceptual y normativa. De este modo, por tanto, las dos últimas décadas han supuesto un considerable trabajo y avance por parte de todas las instituciones de la UE en esta materia, cuyo exponente más significativo lo constituye la Directiva 2011/36/UE.

Por fin se comienza a prestar la debida atención a las víctimas de la trata de un modo serio y concreto, pasando de las vacuas declaraciones de principios al establecimiento de un sistema aceptable de asistencia, apoyo y protección de las víctimas, como el que propugna la Directiva. No obstante, este instrumento jurídico señala que su objeto principal es la acción criminalizadora más que cualquier otra perspectiva del fenómeno. Pese a ello, hay que reconocer el considerable avance en el enfoque victimocéntrico que también propone, aunque todavía tiene un largo camino que recorrer si realmente pretende atender y proteger debidamente los derechos humanos y dejar de lado el enfoque trafiquista originario. Por ello, resulta criticable que todavía se esté condicionando la posibilidad de conceder un permiso de residencia a las víctimas de trata a su voluntad de colaboración con la autoridad policial y judicial, dando prioridad así al enfoque migratorio sobre el de derechos humanos, pues tal condición e instrumentalización de las víctimas supone tanto como negarles su condición de víctimas para tratarlas como inmigrantes en situación irregular. Queda todavía mucho por hacer.

Hay que exigir un mayor compromiso y voluntad a los Estados miembros en este proceso, que no está al nivel que cabe esperar y que se sitúa muy por debajo del que están demostrando todas las instituciones de la UE. En esta materia, como en tantas otras, los Estados van siempre a

remolque de las directrices y actuaciones comunitarias, incluso en muchos casos tienen que ser empujados por las instituciones europeas para el cumplimiento de sus obligaciones como socios comunitarios. La Directiva 2011/36/UE establecía un plazo de dos años para su adaptación al derecho interno de cada Estado parte, sin embargo, a 6 de abril de 2013 no había sido trasladada a los derechos nacionales, por lo que los Estados están incumpliendo sus obligaciones comunitarias. Se esperaba que dicha transposición se hiciera efectiva durante el año 2015. Los informes de seguimiento sobre la transposición de la Directiva publicados a finales de 2016 señalan que se ha avanzado de forma considerable en esta tarea legislativa, aunque no todo lo que cabía esperar, por lo que se sigue exigiendo a los Estados un mayor compromiso en la transposición a su derecho interno de las exigencias establecidas en dicho instrumento jurídico.

En último término, la Directiva 2011/36/UE se enmarca en un enfoque integrado, global y basado en los derechos humanos, siguiendo la senda de la política 3P que proclamó el Protocolo de Palermo en 2000. Incluso desarrolla otro aspecto novedoso de esta política, junto a la prevención y persecución de la trata y la protección de sus víctimas, como es el relativo a la cooperación exterior con terceros Estados y organizaciones internacionales y regionales, así como con la sociedad civil. Sin duda alguna, este enfoque integral y multidisciplinar que se plasma en la Directiva es el ejemplo más palmario de que la política europea empieza a andar por la senda más adecuada para poder ofrecer una solución completa y efectiva al fenómeno de la trata. Incluso la UE sigue avanzando claramente en esta línea, como se ha evidenciado en la Estrategia para la erradicación de la trata de seres humanos (2012-16), adoptada en 2012. Aquí se incluye un nuevo aspecto a tomar en consideración en el tratamiento de este fenómeno, como es el relativo a un mejor conocimiento y repuesta más eficaz y anticipadora a las nuevas tendencias de la trata. Su reciente informe de seguimiento aprobado a finales de 2017 insiste en estos propósitos, fijando como prioridades específicas intensificar la lucha contra la trata para desarticular su modelo de negocio, proporcionar a las víctimas un mejor acceso a sus derechos e intensificar una respuesta coordinada y consolidada dentro y fuera de la UE.

La política europea en materia de trata de seres humanos se ha venido ampliando paulatinamente, por tanto, desde una visión muy parcial y

sectaria del fenómeno marcado básicamente por la política migratoria y criminalizadora —vinculada a la delincuencia organizada— pasando a la política 3P que apunta a un modelo de derechos humanos y victimocéntrico, al que se añade la cooperación exterior y con la sociedad civil, hasta llegar al modelo previsor y anticipador que ofrece la Estrategia de la UE. Este proceso evidencia también que la trata de seres humanos se ha convertido en un ámbito de actuación específico por parte de todas las instituciones de la UE, que ya no puede ser considerado como un apéndice más de la política migratoria o de la lucha contra la delincuencia organizada. Por ello, cabe concluir que la trata de seres humanos ha adquirido una autonomía conceptual y normativa que ha generado un sector específico y propio dentro del entramado institucional y político-legislativo de la UE.

En suma, aunque el proceso ha sido largo y tortuoso, ya parece que comienza a vislumbrarse una positiva y fructífera culminación del mismo, sobre todo, si la política europea mantiene y desarrolla el planteamiento integral y multidisciplinar que ya se recoge de forma clara en la Estrategia de la UE para la erradicación de la trata de seres humanos de 2012 y en la que se persiste en su informe de seguimiento de diciembre de 2017. Con el propósito de alcanzar este objetivo esencial y las cinco prioridades que marca la Estrategia es fundamental apartarse definitivamente del enfoque migratorio de la trata de personas y centrarse de forma prioritaria en el enfoque de derechos humanos para ofrecer una verdadera y completa asistencia, apoyo y protección a las víctimas de la trata de seres humanos.

CUARTA LECTURA

Pariona Arana, R. (2019). Problemas dogmáticos y político-criminales del delito de trata de personas regulado en el Código Penal peruano. En Pérez Alonso, E. y Pomares Cintas, E. (Coords.). La trata de seres humanos en el contexto penal iberoamericano. Valencia, España. Tirant lo blanch, pp. 277-288

Se aborda el delito de trata de personas en el código penal peruano, haciendo hincapié en su desarrollo legislativo, la discusión del bien jurídico protegido, la problemática del consentimiento, los elementos del tipo penal, y un sucinto desarrollo jurisprudencial que evidencia cómo se aplica actualmente este delito en el contexto jurídico peruano.

monografías

ALTA CALIDAD EN
INVESTIGACIÓN
JURÍDICA



tirant
lo blanch

+ ebook
GRATIS

ESTEBAN PÉREZ ALONSO Y ESTHER POMARES CINTAS
Coordinadores

FRANCISCO JAVIER ÁLVAREZ GARCÍA	GILBERTO MARTÍÑON CANO
URMILA BHOOLA	MARCO ANTONIO MEDINA RAMÍREZ
PAULO CÉSAR CORREA BORGES	RAÚL PARIONA ARANA
WALDIMEIRY CORREA DA SILVA	ESTEBAN PÉREZ ALONSO
LUIS LAFONT NICUESA	ESTHER POMARES CINTAS
ROSARIO LÓPEZ WONG	PERCY VELÁSQUEZ DELGADO
LAURANA MALACALZA	FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ
CARLINA VILLACAMPA ESTIARTE	

LA TRATA DE SERES HUMANOS EN EL CONTEXTO PENAL IBEROAMERICANO

LA TRATA DE SERES HUMANOS EN EL CONTEXTO PENAL IBEROAMERICANO

Esteban Pérez Alonso
Esther Pomares Cintas
Coordinadores

Francisco Javier Álvarez García Gilberto Martiñon Cano
Urmila Bhoola Marco Antonio Medina Ramírez
Paulo César Correa Borges Raúl Pariona Arana
Waldimeiry Correa Da Silva Esteban Pérez Alonso
Luis Lafont Nicuesa Esther Pomares Cintas
Rosario López Wong Percy Velásquez Delgado
Laurana Malacalza Fernando Velásquez Velasquez
Carlina Villacampa Estiarte
Autores



RED IBEROAMERICANA DE INVESTIGACIÓN
SOBRE FORMAS CONTEMPORÁNEAS
DE ESCLAVITUD Y DERECHOS HUMANOS



tirant lo blanch
Valencia, 2019

Copyright © 2019

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 los autores y de los editores.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

© Esteban Pérez Alonso
Esther Pomares Cintas
Francisco Javier Álvarez García
Urmila Bhoola
Paulo César Correa Borges
Waldimeiry Correa Da Silva
Luis Lafont Nicuesa
Rosario López Wong
Laurana Malacalza
Gilberto Martiñon Cano
Marco Antonio Medina Ramírez
Raúl Pariona Arana
Percy Velásquez Delgado
Fernando Velásquez Velasquez
Carolina Villacampa Estiarte

© 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-747-2019
ISBN: 978-84-9190-877-7
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
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>

PROBLEMAS DOGMÁTICOS Y POLÍTICO-CRIMINALES DEL DELITO DE TRATA DE PERSONAS REGULADO EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

RAÚL PARIONA ARANA

*Doctor en Derecho por la Universidad de Múnich (Alemania).
Profesor en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos,
Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de San Martín de Porres.*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES; II. DESARROLLO LEGISLATIVO DEL DELITO DE TRATA DE PERSONAS EN EL PERÚ; III. CONSIDERACIONES SOBRE LOS PROBLEMAS DOGMÁTICOS Y POLÍTICO-CRIMINALES DEL DELITO DE TRATA DE PERSONAS; 1. La discusión del bien jurídico; 2. Los elementos del tipo penal peruano; 3. La problemática del consentimiento; IV. EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS EN LA JURISPRUDENCIA DEL PERÚ; V. TAREAS PENDIENTES EN LA LUCHA CONTRA LA TRATA DE PERSONAS; VI. CONCLUSIÓN.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La trata de personas es un delito grave, su comisión incide directamente en la anulación de la condición de ser humano de la víctima y por consiguiente en la pérdida de su dignidad. Una persona que es víctima de trata es vendida, sometida a actos de prostitución y explotación en todas sus variantes: laboral, para tráfico de órganos, servidumbre, etc. Esta situación de menoscabo a la vida humana es sancionada mediante el delito de trata de personas, por ello, nuestra legislación ha regulado este comportamiento en el artículo 153° del Código Penal peruano, reprimiendo que se “capte”, “traslade”, “transporte”, “acoja”, “reciba”, o, “retenga” a una persona con fines de explotación.

Esta problemática, aún presente diversas partes del mundo, ha sido abordada en diferentes instancias: nacionales y supranacionales. En el ámbito internacional los Estados han sido claros en reprochar este tipo de prácticas, y para ello, se han suscrito una serie de tratados, siendo el más antiguo, el Acuerdo Internacional para la Represión de la Trata de Blancas en 1904, el mismo que daría lugar al Primer Convenio Internacional para Represión de Trata de Blancas en 1910 y, también, al Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños de 1921, entre otros. En estos instrumentos se brinda un tratamiento integral a la trata de personas, el mismo que es transversal a todas las legislacio-

nes internas de los Estados, tanto desde la prevención, atención, tratamiento, y sanción de este delito.

En este marco, y, dado que en el Perú la trata de personas es un problema grave, su atención es reconocida por la Constitución Política (art. 2, numeral 24, lit. b), y, debido a su base constitucional, se han establecido una serie de medidas, tanto de orden administrativo como de orden penal. Sin embargo, pese a los grandes avances, aún se tiene una agenda pendiente de resolver de cara a las alarmantes cifras de personas víctimas de trata en nuestro país, pues de acuerdo a los estudios realizados por la organización no gubernamental “*Walk Free Foundation*” somos el tercer país con mayor tasa de esclavitud moderna en América⁵⁰³.

El presente trabajo presenta la situación actual del delito de trata de personas en el Perú, los problemas de la legislación y las prácticas de la jurisprudencia nacional. El trabajo esboza también las tareas más urgentes que debe contener nuestra política-criminal en materia de lucha contra este flagelo.

II. DESARROLLO LEGISLATIVO DEL DELITO DE TRATA DE PERSONAS EN EL PERÚ

La trata de personas tiene un tratamiento transversal en nuestro ordenamiento jurídico. Tal es así que existen normas de corte constitucional, administrativo y penal que abordan este grave problema. Sobre el particular, nuestra realidad social nos ha llevado a regular la trata de personas desde la Constitución de 1823, siendo este nuestro primer antecedente jurídico hasta la vigente Constitución Política de 1993⁵⁰⁴, pues es a través de dichos textos constitucionales que se proscribió la “esclavitud” como una forma de trata de personas.

En principio, fue en la Constitución de 1823 donde por única vez se incluye en el texto constitucional sanciones para las personas que se dedicaban al “tráfico de negros” (art. 11°). Dichas sanciones constituían en “perder los derechos de naturaleza” (art. 12°), y, “no poder naturalizarse en el Perú” (art. 13°). Posteriormente, a partir de la Constitución Política de 1979 y por influencia de la Conven-

⁵⁰³ CÁRDENAS, Gerardo: El calvario no termina para las menores víctimas de trata de personas en Perú, en Instituto de Democracia y Derechos Humanos-IDEHPUCP, publicado el 31 de agosto de 2017. Disponible en “bit.ly/2Elv1Z3”. Se indica que por debajo de dicho índice solo por debajo de México y Colombia.

⁵⁰⁴ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ, Informe de Investigación N° 62/2014-2015 “La Trata de personas: definición conceptual, marco jurídico internacional y legislación nacional”, Lima, 2014, p. 16. Disponible en: “[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/A4188BE1884E5F0905257ECB0077F999/\\$FILE/INFINVES62-2014.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/A4188BE1884E5F0905257ECB0077F999/$FILE/INFINVES62-2014.pdf)”.

ción Americana de Derechos Humanos de 1969, se hizo la expresa proscripción de la trata de personas.

Como delito, la trata de personas fue incluida en el art. 182° del Código Penal de 1991⁵⁰⁵. Esta norma fue muy controvertida debido a su orientación convencionalista, y, porque hacía referencia únicamente a la “facilitación y promoción de la prostitución” como única acción típica para el delito de trata de personas. Esta situación fue corregida en posteriores modificatorias, pues ahora se contempla un tipo penal autónomo para sancionar la facilitación y promoción de la prostitución, el cual está establecido en el artículo 179° del Código Penal, y, otro tipo penal para la trata de personas, artículo 153°.

Asimismo, en el art. 153° se sancionaba inicialmente el “tráfico de menores”, sin embargo, con la publicación de la Ley N° 26309⁵⁰⁶ se modifica la norma y se sanciona en esta ocasión la “retención o traslado de menor de edad o persona con discapacidad”. Asimismo, se exige en el autor una finalidad de “ventaja económica o explotar social o económicamente a la víctima”, es decir, se advierte a partir de este momento la presencia de una tendencia interna trascendente en la voluntad del autor, la cual incidirá también en el dolo. Esta fue la última modificatoria en donde se estableció una característica especial en la víctima: condición de menor o de discapacidad.

En efecto, la Ley N° 28251⁵⁰⁷ también introdujo modificaciones en el artículo 182°. Con dicha norma se hicieron cambios de comprensión importantes en el delito de trata de personas: uno de ellos, es que desde ese momento se considerará como víctima a “cualquier persona” que sea sometida a “la esclavitud sexual, pornografía y otras formas de explotación sexual”. Esta orientación política criminal de incluir a todas las posibles víctimas en el delito de trata de personas venía alentándose desde el marco convencional internacional tras la Convención relativa a la Esclavitud de 1926, además de que el Perú ratificó posteriormente un instrumento que aborda la trata de personas de manera integral: el Protocolo de Palermo⁵⁰⁸, Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños⁵⁰⁹.

En esa línea, se publica en el año 2007 la Ley N° 28950, “Ley contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes”. Dicha norma deroga el entonces

⁵⁰⁵ El Código Penal peruano fue aprobado mediante D. Leg. N° 635, publicado con fecha del 08 de abril de 1991. Nuestro cuerpo normativo vigente, en lo que respecta a la trata de personas, ha mostrado un avance en su tratamiento.

⁵⁰⁶ Ley N° 26309 publicada con fecha 18.05.1994:

⁵⁰⁷ Ley N° 28251 publicada con fecha 08.06.2004.

⁵⁰⁸ Aprobado por el Estado peruano en octubre de 2001, y ratificado mediante Decreto Supremo N° 088-2001-RE.

⁵⁰⁹ Adoptado el 15 de noviembre de 2000, y ratificado el 23 de enero de 2002.

vigente artículo 182° C.P., y reformula el artículo 153° denominándolo como delito de trata de personas, cuyo contenido estaba en estricto respeto a las normas internacionales antes citadas. Esta norma resulta ser más garantista que las anteriores, pues considera como agravantes aquellas situaciones de exceso en función a la magnitud de la agresión que sufre la víctima, y, por su misma condición: menor de edad, personas con discapacidad, lesiones o muerte de la víctima, entre otros. Asimismo, cabe precisar que el reglamento de dicha norma fue aprobado mediante Decreto Supremo N° 007-2008⁵¹⁰ de fecha 29 de noviembre de 2008.

Este reglamento precisa que el contenido de la Ley N° 28950 debía de interpretarse a la luz de la primacía de los Derechos Humanos; es decir, que en el caso específico de trata de personas, las víctimas y sus familiares constituyen el centro de atención de la prevención, persecución, protección y asistencia; también, se incluye por primera vez la perspectiva de género, el interés superior del niño y del adolescente, información a las víctimas sobre sus derechos y el proceso de asistencia, reserva, confidencialidad y privacidad. Esta medida de vanguardia buscaba dotar de mayor protección a las víctimas de trata de personas, y, sobre todo, identificar las fuentes de vulnerabilidad para fortalecerlas y asegurar con ello la prevención.

En efecto, esta medida necesaria en la legislación nacional ha significado un gran avance tanto en el cumplimiento de los tratados internacionales referente a trata de personas, así como, la protección de las propias víctimas. No obstante, esta tarea aún estaba incompleta, razón por la cual se presentó otra modificación al tipo penal mediante Ley N° 30251⁵¹¹, “Ley que perfecciona la tipificación del delito de trata de personas”. Esta norma centra su atención en el “consentimiento de la víctima mayor de edad”. La razón de atender esta problemática radica en la impunidad de los casos donde la persecución penal se frena cuando la víctima presta su consentimiento. Finalmente, la más reciente modificación se produjo en enero del año 2017, cuando mediante Decreto Legislativo N° 1323⁵¹² se incorpora al artículo 153° C.P., referente a trata de personas, los artículos 153°-B y 153°-C, los que abordan las formas agravadas del delito de trata, y la explotación sexual y laboral, respectivamente.

⁵¹⁰ En este mismo documento se señalan definiciones básicas de varios conceptos que anteriormente no se habían explicitado en la norma penal. Tal es así, los conceptos de: asistencia, esclavitud, explotación, explotación sexual comercial de niñas, niños y adolescentes, grupos vulnerables, mendicidad, migración, prácticas análogas a la esclavitud o personas en condición de servidumbre, prestadores de servicios turísticos, prevención, protección, trabajos o servicios forzados y venta de niños.

⁵¹¹ Ley N° 30251 publicada con fecha 21.10.2014.

⁵¹² Decreto Legislativo N° 1323 publicado con fecha 05.01.2017.

Esta realidad normativa sin duda ha sido objeto de diversas controversias doctrinarias, las cuales incluso han sido objeto de pronunciamiento por la Corte Suprema de Justicia del Perú que interpretó el delito de trata de personas mediante doctrina vinculante plasmada en su Acuerdo Plenario N° 03-2011. Este es pronunciamiento de observancia obligatoria por todos los jueces del Perú. Nuestra legislación en materia de trata de personas ha observado: en primer lugar, los acuerdos y convenios internacionales sobre la proscripción y sanción del delito de trata de personas, y, en segundo lugar, se ha establecido una política criminal que atienda los principios universales de Derechos Humanos.

III. CONSIDERACIONES SOBRE LOS PROBLEMAS DOGMÁTICOS Y POLÍTICO-CRIMINALES DEL DELITO DE TRATA DE PERSONAS

La política criminal de nuestro país, enfrenta diversos problemas en la prevención y sanción eficaz de los crímenes de trata de personas. Estos problemas, vienen de diversos ámbitos, el legislativo, la actuación de la justicia y la propia acción del Estado.

1. *La discusión del bien jurídico*

En la actualidad, la doctrina nacional entiende que el delito de trata de personas es un problema grave para nuestro país. Consideramos que el objeto de protección de la norma que sanciona el delito de trata de personas es la *dignidad humana*. Esta connotación humanista en la tipificación del delito de trata de personas busca dotar de mayor contenido al bien jurídico que protege, es decir, la dignidad de la víctima como presupuesto de su autodeterminación en libertad. Cuando una persona es objeto de trata, ésta es despojada total o parcialmente de su condición de ser humano, pues a partir de ese momento será vista como un “instrumento”, aquí la víctima, para su agresor, ha perdido cualquier fin en sí misma y se ha convertido en un medio de explotación en cualquiera de sus formas.

No obstante, existen un sector de la doctrina que por la ubicación del delito en el Código Penal —Delitos contra la Libertad—, entienden que “se protege tanto la libertad personal de los menores, en sentido amplio, como la de las personas incapaces de valerse por sí mismas, pero específicamente, la libertad ambulatoria o de locomoción y el derecho a la custodia de los menores

incapaces”⁵¹³. Esta postura también es compartida en parte por la Corte Suprema de Justicia, en el Acuerdo Plenario 3-2011/CJ-116, cuando afirma que “constituye un delito que atenta contra la libertad personal entendida como la capacidad de autodeterminación con la que cuenta la persona para desenvolver su proyecto de vida, bajo el amparo de Estado y en un ámbito territorial determinado”⁵¹⁴. No obstante, se reconoce que “el bien jurídico que se protege..., es la libertad personal en sentido general, y la dignidad de las personas e sentido específico”⁵¹⁵.

En la doctrina nacional se anotado que “la ubicación sistemática de este delito (Capítulo I: Violación de la libertad personal) no debe hacernos perder la perspectiva del objeto merecedor de protección penal, el mismo que trasciende la libertad personal o, peor aún, la simple libertad ambulatoria o de desplazamiento”⁵¹⁶.

Otro sector de la doctrina entiende que el delito de trata de personas tiene una naturaleza pluriofensiva, pues “constituye un crimen muy grave,... al afectar normas de ius cogens, en tanto lesión los aspectos más esenciales de la dignidad humana, el respeto de dicha condición portadora, como base para toda sociedad que se dice ser civilizada”⁵¹⁷, su injusto afecta la libertad personal, *la libertad sexual, la integridad moral y la dignidad humana*.

La doctrina mayoritaria identifica como bien jurídico protegido en el delito de trata de personas a la *dignidad humana*. Postura que en efecto es la más garantista de los derechos de la víctima, y acoge, en particular, los diversos enfoques —*de derechos humanos, de género, de interculturalidad, intergeneracional, territorial y de desarrollo humano*— que le asisten. En ese sentido, bajo esta postura, será la dignidad humana, entendida como el derecho humano de no ser instrumentalizado por otro individuo, o no ser tratado como mercancía u objeto⁵¹⁸, la que se cautele con el delito de trata de personas. En consecuencia, la ubicación sistemá-

⁵¹³ BRAMOT-ARIAS TORRES, Luis, GARCÍA CANTIZANO, María: Manual de Derecho Penal Parte Especial, Cuarta Edición, San Marcos, 2010, Lima, p. 192.

⁵¹⁴ Acuerdo Plenario N° 03-2011/CJ-116, fundamento 12.

⁵¹⁵ SALINAS SICCHA, Ramiro: Derecho Penal Parte Especial Quinta Edición, Grijley, 2013, Lima, p. 530.

⁵¹⁶ ORÉ SOSA, Eduardo: Especiales Consideraciones respecto al menor de edad como víctima del delito de trata de personas, en Actualidad Penal N° 30 Instituto Pacífico, diciembre 2016, Lima, p. 173.

⁵¹⁷ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso: Derecho Penal Parte Especial, Segunda Edición, Idemsa, 2013, Lima, p. 534.

⁵¹⁸ MONTOYA VIVANCO, Yván: Manual de capacitación para operadores de justicia durante la investigación y el proceso penal en casos de Trata de Personas. Organización Internacional para las Migraciones (OIM)-Instituto de Democracia y Derechos en la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP). Primera Edición, Lima: OIM, 2012, p. 51.

tica del delito en referencia no debe limitar su comprensión grave, pues ello sería tener una perspectiva corta de la gravedad del problema, que como se explicará en adelante, tiene serias consecuencias en las decisiones jurisdiccionales.

2. *Los elementos del tipo penal peruano*

Este delito regulado en el artículo 153° del Código Penal peruano⁵¹⁹ tiene como sujeto activo a cualquier persona, por lo que no se requiere en el agente ninguna característica o cualidad especial. No obstante, el delito puede agravarse en función a la cualidad del sujeto activo, es decir, cuando es funcionario o servidor público, o promotor, integrante o representante de una organización social, tutelar o empresarial, siempre que dicha cualidad sea aprovechada para realizar este delito. De igual manera si el agente es conyugue, conviviente, adoptante, tutor, curador, pariente hasta cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o tuviera a la víctima a su cuidado por cualquier motivo o habitasen en el mismo hogar; así mismo, cuando el sujeto activo forma parte de una organización criminal.

Como ya se ha mencionado, el sujeto pasivo en el delito de trata de personas puede ser cualquiera. No obstante nuestro ordenamiento jurídico brinda mayor protección a las víctimas con mayor vulnerabilidad, aquellas que tienen entre catorce (14) y menos de dieciocho (18) años de edad, a las personas con dis-

⁵¹⁹ Tipo penal conforme a la modificatoria introducida por la Ley N° 30251 del 21.10.2014: "Artículo 153°.-Trata de personas. 1. El que mediante violencia, amenaza u otras formas de coacción, privación de la libertad, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o de cualquier beneficio, capta, transporta, traslada, acoge, recibe o retiene a otro, en el territorio de la República o para su salida o entrada del país con fines de explotación, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años; 2. Para efectos del inciso 1, los fines de explotación de la trata de personas comprende, entre otros, la venta de niños, niñas o adolescentes, la prostitución y cualquier forma de explotación sexual, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, cualquier forma de explotación laboral, la mendicidad, los trabajos o servicios forzados, la servidumbre, la extracción o tráfico de órganos o tejidos somáticos o sus componentes humanos, así como cualquier otra forma análoga de explotación. 3. La captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de niño, niña o adolescente con fines de explotación se considera trata de personas incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios previstos en el inciso 1. 4. El consentimiento dado por la víctima mayor de edad a cualquier forma de explotación carece de efectos jurídicos cuando el agente haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en el inciso 1. 5. El agente que promueve, favorece, financia o facilita la comisión del delito de trata de personas, es reprimido con la misma pena prevista para el autor".

capacidad; a los menores de catorce (14) años de edad o padezcan, temporal o permanentemente, de alguna discapacidad física o mental.

Por otra parte, la acción típica que regula el delito de trata de personas intenta abarcar distintos tipos de conductas, de allí la cantidad de elementos que la componen, y, que lo convierten en un tipo penal “*omnicomprensivo*”⁵²⁰. En el delito, dada su estructura típica, puede identificarse grupos de elementos que configuran la acción típica: los medios, esto es, *recurriendo a la violencia, amenaza u otras formas de coacción, privación de la libertad, fraude, engaño, abuso de poder, o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos, o de cualquier beneficio*; la conducta, esto es, captar, transporta, traslada, acoge, recibe o retiene a otro en el territorio de la República o para su salida o entrada al país; y, los fines, es decir, de explotación en todas sus variantes.

Como se puede observar, la acción típica regulada en el delito de trata de personas acoge claramente las pautas dadas por los diversos tratados internacionales —*en especial el Protocolo de Palermo*—.

3. *La problemática del consentimiento*

Una situación que causó mucho debate en torno a la configuración del delito de trata de personas fue el consentimiento de la víctima. Este problema ocasionaba la exoneración de la responsabilidad penal del sujeto activo cuando la víctima mayor de edad brindaba su consentimiento. Superar esta realidad problemática puso de relieve el entendimiento de que en la trata de personas “preexiste una relación asimétrica de dominio entre el tratante y la víctima, situación que se evidencia desde la captación, en la que se utilizan distintos medios que comprometen la voluntad válida de la potencial agraviada”⁵²¹. Es decir que, el factor de consentimiento será invocado para establecer el nexo causal entre el objeto del delito y la víctima, y no en sentido de impunidad.

Dado que con el delito de trata de personas se protege el bien jurídico dignidad humana, y al ser este un derecho indisponible, su reducción por propia voluntad no hace más que acentuar la especial vulnerabilidad de la víctima. Esta característica más bien debería ser objeto de atención multidisciplinaria: Por un lado, atención de la víctima para que entienda el estado de vulnerabilidad en la que se encuentra, empoderándola y brindándole mecanismos para que comprenda la necesidad de reprochar la conducta de su agresor, y por otro, que de

⁵²⁰ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso: Derecho Penal Parte Especial, op. cit. p. 534.

⁵²¹ DEFENSORIA DEL PUEBLO: “Trata de personas con fines de explotación sexual en agravio de mujeres adultas, INFORME N° 041-2017-DP/ADM”, Defensoría del Pueblo, 2017, Lima, p. 30.

ninguna manera puede dicha situación ser excluyente de responsabilidad penal para el agresor, sino más bien analizado como un factor probatorio de la relación asimétrica entre la posible víctima y el presunto tratante.

En esa misma línea, el Protocolo de Palermo sobre Trata de Personas establece que el consentimiento de la víctima no se tendrá en cuenta cuando se ha demostrado que este fue obtenido de manera ilegal: mediante amenazas, uso de la fuerza, engaño, coacción, o abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad. En esos casos, el consentimiento de la víctima no tendría validez alguna, razón por la cual no se considerará como relevante el “*consentimiento de la víctima*” como eximente de responsabilidad penal.

IV. EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS EN LA JURISPRUDENCIA DEL PERÚ

En los últimos años, en el Perú se ha ido desarrollando una jurisprudencia importante sobre el delito de trata de personas que ha tenido líneas de interpretación que se bifurcaban entre el acercamiento y alejamiento a las pautas dadas por los tratados internacionales. Las decisiones más relevantes han abordado la explotación con fines laborales⁵²² y, principalmente, la explotación sexual.

Entre los diversos pronunciamientos de la justicia nacional, se destaca el Acuerdo Plenario N° 03-2011/CJ-116°LOPJ de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del Perú que estableció como doctrina jurisprudencial vinculante sus consideraciones sobre el delito de trata de personas y sus diferencias típicas con diversos delitos contra la libertad sexual.

Otro pronunciamiento de la Corte Suprema se dio en el caso signado como Recurso de Nulidad N° 2349-2014-Madre de Dios⁵²³. En dicho pronunciamiento se analizó el caso de una menor de catorce años de edad, quien laboraba en la localidad de Mazuko, Provincia de Tambopata, en la Región de Madre de Dios. Esta menor fue captada y trasladada a un sector minero ubicado en Manuani, donde se la hizo trabajar en un bar como “dama de compañía”. Aquí

⁵²² WASHINGTON, Agustín y GALETA, Beatriz: Fundamentos de Derecho Penal y criminología, Editorial Juris, Argentina, 2001, p. 142. Respecto de la trata de personas con fines de esclavitud laboral indican que representa la cifra negra, que no es otra cosa que la “delincuencia escondida, que impide brindar una estadística auténtica, es a la que se le da el nombre de cifra oculta o cifra negra de la criminalidad. (...) (Por lo que) la cifra negra puede estimarse por aproximación. La delincuencia real puede ser dos, tres, cinco o más veces mayor de lo que informan las estadísticas oficiales”.-

⁵²³ Recurso de Nulidad N° 2349-2014-Madre de Dios, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de fecha 28 de enero de 2016.

la Corte Suprema analizó los alcances del delito de trata de personas y la explotación laboral.

La Corte Suprema se pronunció sobre los alcances del delito de trata de personas en otro caso, en el Recurso de Nulidad N° 631-2013-Apurímac. En dicho caso la Corte ordenó la nulidad de una sentencia que absolvía a la acusada por haber trasladado a una menor de edad de la región de Ucayali a otra ciudad Abancay. En esta misma decisión, la Corte confirmó la condena de otro acusado por el delito de trata de personas, pues recibió y alojó en su domicilio a la menor de edad, además la sometió a abuso sexual y trabajos domésticos no remunerados, así como la explotó sexualmente en un club nocturno de su propiedad. La Corte señaló:

“2.1. La responsabilidad penal del encausado en el delito de trata de personas, en perjuicio de la menor de iniciales L.S.S., se acreditó, puesto que fue quien financió el traslado de la menor desde Pucallpa hacia su domicilio, en Abancay (...) puesto que fue la persona que la sometió a labores domésticas sin retribución económica y a tratos humillantes, aprovechando su estado de vulnerabilidad y desamparo que ambos acusados provocaron al desarraigarla de su ciudad natal con engaños y la promesa de brindarle un trabajo honesto con buena remuneración.

2.2. La menor L.S.S., en su manifestación a escala policial dijo que la (acusada)... le envió dinero para que viaje de Pucallpa a Abancay, la recibió en el terminal y la condujo a la casa del (acusado)..., quien de inmediato la sometió a explotación laboral y sexual sin ninguna retribución, imputación que reiteró durante el relato en la entrevista del peritaje psicológico (...).

En esa misma línea, la Corte Suprema se ha pronunciado en el Recurso de Nulidad N° 3689-2012 de fecha 01 de julio de 2013, donde analizó el caso de una menor de edad a quien se le explotó sexualmente. La acusada había trasladado mediante engaños, a la menor de edad con iniciales M.D.F.T. desde la ciudad de Iquitos a Lima, siendo su finalidad explotarla y hacerla trabajar en su bar. Además que, con apoyo de otro, mediante amenaza, la obligaron a atender y libar licor junto a los clientes del referido bar, además de obligarla a prostituirse. Así, la Corte señaló:

3. “Luego de entrevistar a la menor de edad, esta indicó que La China (acusada) la había llevado desde Iquitos, con la finalidad de que cuidara a un bebé, pero que desde que llegó a Lima, La China la puso a trabajar en el bar, bajo amenaza con arma de fuego de JHC, a efectos de que tenga relaciones sexuales con los clientes. Este la encerraba en el cuarto con el cliente de turno y le ponía candado a la puerta”.

V. TAREAS PENDIENTES EN LA LUCHA CONTRA LA TRATA DE PERSONAS

La grave situación de la trata de personas en el Perú, las condiciones de regulación del delito en nuestra legislación, el resultado de los estudios sociales sobre las causas que facilitan esta conducta, afirman la necesidad de un tratamiento transversal de esta problemática, es decir, el mismo no debe limitarse a respuestas formales mediante normas penales, sino a la creación e implementación de políticas públicas integrales, que atiendan a reducir los factores que promueven la actividad delictiva: condición precaria de la víctima, violencia en la sociedad, discriminación focalizados en grupos de especial vulneración, factores familiares y factores de aliento y oportunidad social⁵²⁴.

A la actualidad, la atención primaria de prevención del delito cuenta con el compromiso intersectorial del Ministerio del Interior⁵²⁵, Ministerio Público⁵²⁶, y, Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables⁵²⁷ a través del Plan Nacional contra la Trata de Personas 2017-2021⁵²⁸.

En este escenario, pese a los esfuerzos desplegados, tenemos diversas tareas pendientes para hacer efectiva la prevención y sanción de este flagelo. La más relevante es posibilitar el diseño efectivo de una política criminal eficaz y su implementación. La voluntad política del gobierno central es fundamental, la asignación de recursos al sistema y la implementación de las oficinas de coordinación y acción. En relación al establecimiento del plan de lucha contra este crimen, se debe anotar que a la fecha no contamos con estadísticas oficiales ciertas respecto al volumen de las víctimas del delito de trata de personas, pese a contar con el Sistema de Registro y Estadística del Delito de Trata de Personas y Afines (RETA del Ministerio del Interior), y, con el Observatorio de la Criminalidad del Ministerio Público. Aquí, la tarea pendiente es mejorar la confiabilidad en las fuentes

⁵²⁴ Informe Defensorial N° 041-2017-DP/ADM: Trata de personas con fines de explotación sexual, Lima, 2017, p. 14.

⁵²⁵ Resolución Ministerial N° 1305-2013-IN/DGSD que aprueba el “Protocolo para la atención y protección de víctimas y testigos del delito de trata de personas por parte de la Policía Nacional del Perú”, asimismo, también se aprobó la Resolución Ministerial N° 0430-2016-IN que establece el “Protocolo para la atención y protección de víctimas y testigos del delito de trata de personas”.

⁵²⁶ Resolución N° 257-2014-MP-FN que aprueba el “Protocolo del Ministerio Público para la atención de las víctimas del delito de trata de personas”.

⁵²⁷ Resolución Ministerial N° 203-2014-MIMP que aprueba el “Protocolo intersectorial para la atención a víctimas de trata de personas en el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables”.

⁵²⁸ “Plan Nacional contra la Trata de Personas 2017-2021”. Ministerio del Interior del Perú. Decreto Supremo N° 017-2017-IN. 08.06.17, p. 05.

de información necesarias para mejorar nuestros sistemas de apoyo intersectorial sobre el delito de trata de personas.

Por otro lado, el tratamiento de la problemática debe incidir también en una adecuada y eficaz respuesta penal a esta criminalidad, que mejore la legislación, y sobre todo que, en la aplicación de las leyes por el sistema de justicia, se adopten pautas de interpretación que eviten la impunidad de estos delitos.

VI. CONCLUSIÓN

En el Perú, dada la particularidad de cómo se expresa la criminalidad de la trata de personas, se hace necesario la implementación de políticas públicas transversales focalizadas. Se ha avanzado de manera importante adecuando nuestra legislación a los estándares internacionales. Se logrado el desarrollo de una política orientada a realizar una lucha eficaz contra el flagelo de la trata. El sistema de justicia presenta importantes avances en la prevención y sanción de estos delitos. Sin embargo, las medidas adoptadas no han sido suficientes, el problema es tan grande que desborda la respuesta estatal. La tarea de una eficaz prevención y sanción del delito de trata de personas en el Perú sigue pendiente.

QUINTA LECTURA

Benítez Ortúzar, I. (2015). Trata de seres humanos. En Morillas Cueva, L. (Dir.). Sistema de Derecho Penal Parte Especial (2ª ed.). Madrid, España. Dykinson, pp. 207-228.

En esta lectura se desarrolla de forma profunda el delito de trata de seres humanos en el ámbito penal español, tomándose como referencia las distintas reformas legislativas que incidieron en este delito, desde la regulación en el CP texto refundido de 1973 hasta la promulgación de las Leyes Orgánicas 5/2010 y 1/2015.

SISTEMA de DERECHO PENAL

Parte Especial

2ª edición

Lorenzo Morillas Cueva
(Dirección)

Ignacio F. Benítez Ortúzar

Bernardo Del Rosal Blasco

Lorenzo Morillas Cueva

Miguel Olmedo Cardenete

Jaime Peris Riera

● José E. Sáinz-Cantero Caparrós

Dykinson S.L.

Lorenzo Morillas Cueva

Dirección

**SISTEMA
DE
DERECHO PENAL**

Parte especial

IGNACIO F. BENÍTEZ ORTÚZAR

BERNARDO DEL ROSAL BLASCO

LORENZO MORILLAS CUEVA

MIGUEL OLMEDO CARDENETE

JAIME PERIS RIERA

JOSÉ E SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS

*2ª edición, revisada y puesta al día
conforme a las leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015*

Dykinson, S.L.

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico. 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 47)

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial
Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes_somos

© Copyright by
Los autores
Madrid

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-9085-707-6
Depósito Legal: M-6048-2016

Preimpresión por:
Besing Servicios Gráficos S.L.
e-mail: besingsg@gmail.com

Capítulo 10

TRATA DE SERES HUMANOS

IGNACIO F. BENÍTEZ ORTÚZAR

Sumario: I. Introducción. Apuntes criminológicos.- II. La “trata de seres humanos” en los instrumentos jurídicos internacionales.- III. La respuesta penal española previa a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010: 1. Regulación en el CP texto refundido de 1973. 2. Regulación en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprueba el CP. 3. Regulación en el CP de 1995 tras la reforma operada por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril. 4. Regulación en el CP de 1995 tras la reforma operada por Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre.- IV. El Título VII Bis del Libro Segundo del Código Penal (“De la trata de seres humanos”) tras las Leyes Orgánicas 5/2010 y 1/2015.- Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN. APUNTES CRIMINOLÓGICOS

El tráfico de personas, especialmente en lo que se refiere a mujeres y niños, se ha convertido en una de las actividades más rentables de la criminalidad organizada en el mundo de la globalización que marca el periodo histórico de “entre siglos”. Las convulsiones migratorias que se producen en las dos últimas décadas del Siglo XX y las primeras del Siglo XXI ha desviado el objetivo de las organizaciones criminales hacia este sector de la delincuencia, con efectos transnacionales, en lo que bien pudiera denominarse un claro ejemplo de esclavitud en el siglo XXI, desarrollándose en el propio seno de las sociedades democráticas occidentales.

A nivel internacional, la explosión migratoria de las últimas décadas desde los Estados más pobres a los Estados occidentales más desarrollados (especialmente a Estados Unidos, Canadá, la UE y Asia Occidental) ha producido un enorme crecimiento de este modelo de esclavitud. Situación que se ha visto desgraciadamente favorecida, probablemente indirectamente, como consecuencia de las excesivamente rígidas y restrictivas políticas migratorias desplegadas por los Estados más desarrollados, que han permitido –por la puerta de atrás, cerrando los ojos ante una realidad latente– el florecimiento de este tipo de actividad ilícita enormemente lucrativa.

Este tipo de criminalidad (fundamentalmente en su modalidad de delincuencia organizada) normalmente tiene un carácter transnacional, con un proceso criminológico claramente diferenciado en etapas, comprende la captación de las víctimas en su país de origen, su traslado al Estado desarrollado y su posterior

explotación. Incluso en muchos casos la transnacionalidad no culmina en este proceso, sino que va más allá, trasladando de nuevo a la víctima a otro Estado para continuar allí su explotación, llegando incluso al intercambio o “compraventa” de víctimas entre distintas organizaciones criminales. No obstante, la transnacionalidad no siempre es física, en algunos casos la actividad delictiva puede llevarse a cabo de forma virtual sin que la persona explotada llegue a dejar su lugar de origen como puede ocurrir, por ejemplo, en el caso del tráfico de niños para pornografía infantil, en el que lo que tiene carácter transnacional es el producto del material pornográfico obtenido.

En cualquier caso, la característica de la transnacionalidad debe observarse simplemente como la constatación de un dato objetivo de carácter criminológico fruto de la propia globalización económica mundial, y no tratar de incluirlo en las legislaciones como un elemento dogmático, lo cual sólo puede dar lugar problemas interpretativos a la hora de aplicar las leyes penales. No debe obviarse que la trata de seres humanos con fines de explotación sexual o laboral también existe dentro de las fronteras estatales con ciudadanos de su propia nacionalidad, especialmente en países en vías de desarrollo, comercializando con ellos para favorecer deseos sexuales de sus clases pudientes, como forma de reclamo para atraer el denominado “turismo sexual” o para su empleo en trabajos forzados. Incluso la característica de la transnacionalidad, como elemento de política legislativa, es errónea cuando se observa la propia UE, en la que por nacionales deben considerarse cualquier ciudadano de cualquier Estado de la Europa de los 28. Esta situación ha dado lugar, por ejemplo, a no poder incluir en el anterior tipo del art. 318bis2 CP (previo a la L.O. 5/2010) en España a la trata de mujeres procedentes de Rumanía o Bulgaria tras su entrada en la UE, como se constatará más adelante.

Se trata de una actividad enormemente lucrativa y duradera. A diferencia con el tráfico de armas o el tráfico de drogas, en el que el intercambio lucrativo ilícito se consume de modo instantáneo, en la trata de personas con fines de explotación sexual o laboral, la explotación comercial se mantiene durante el tiempo. La persona explotada sexualmente es rentable durante el tiempo que es sometida a ejercer la prostitución, o la actividad pornográfica, al igual que ocurre con la rentabilidad de la explotación laboral, lo cual puede durar varias décadas de la vida de una persona (durante el tiempo en el que la misma sea “explotable” sexual o laboralmente).

En cuanto a las víctimas de este tipo de criminalidad, se advierte que aunque puede ser cualquiera, sin embargo, son mujeres y niños/as (en situaciones de especial vulnerabilidad social y económica) los que conforman el perfil victimológico más generalizado.

Las organizaciones criminales dedicadas a este tipo de criminalidad se han aprovechado de la “invisibilidad” de los nuevos “esclavos” para las leyes de inmigración emanadas de los parlamentos de los estados desarrollados, favoreciendo la inmigración clandestina y la relación de absoluta dependencia de las víctimas

con la organización criminal en el Estado receptor. Por ello, el principal obstáculo que encuentran las sociedades occidentales para luchar contra este tipo de criminalidad es el propio desconocimiento real del fenómeno. Son personas que “formalmente” no existen, por encontrarse en una situación irregular en el Estado receptor, que además suelen ser explotadas en el ejercicio de una actividad, como es la prostitución, legal pero no reglada, por lo que la investigación se convierte en un proceso complejo y difícil.

En la práctica, Las víctimas del tráfico ilegal de personas con fines de explotación sexual pueden ser obligadas, con fines comerciales, a ejercer la prostitución o a realizar actividades con fines pornográficos (especialmente en menores de edad), o a ambas cosas. De forma similar se desarrolla con fines de explotación como mano de obra barata. Como en la antigua esclavitud, el “esclavo del siglo XXI” será explotado de acuerdo al criterio de mayor rentabilidad atendiendo al estado físico individual de cada víctima, siendo abandonada a su suerte cuando ya no es rentable para la organización, cuando en la relación con los explotadores la relación comercial es mayor el coste de su mantenimiento que los ingresos que genera con su cuerpo.

En cuanto al modus operandi de las organizaciones dedicadas a este tipo de criminalidad, normalmente suelen diferenciarse dos fases en las que participan distintos sujetos, que ocupan distintos roles en la actividad (captadores, traficantes, dueños de clubes o explotadores de la mano de obra y sujetos colaboradores): La fase de captación y la fase de explotación.

En la práctica, se instaura a los ojos de todos pero sin ser visto por nadie, una nueva forma de esclavitud en el siglo XXI: Los traficantes se hacen ricos y las víctimas quedan retenidas en una especie de servidumbre humana por deudas.

II. LA “TRATA DE SERES HUMANOS” EN LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONALES

Aunque existen instrumentos internacionales que afrontan el problema de la explotación sexual de mujeres y niños desde mediados del Siglo XX (como el “*Convenio para la Eliminación de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena*”, de 2 de diciembre de 1948), puede afirmarse que sólo en los albores del Siglo XXI cuando se comienza a afrontar el problema con decisión, abordando conjuntamente –al menos teóricamente– el complejo problema de la globalización, la inmigración irregular, las redes de criminalidad organizada y la explotación de seres humanos. De hecho hasta la “*Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional*” (*Convención de Palermo, de Diciembre de 2000*), no se aborda desde la perspectiva transnacional descrita en el epígrafe anterior este tipo de esclavitud del siglo XXI. Al respecto, el “*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* en su art. 3 define la “trata de personas” del siguiente modo:

a. 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.

b. El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente art. no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado.

c. La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará “trata de personas” incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo.

d. Por “niño” se entenderá toda persona menor de 18 años”.

La definición de “trata de personas” que se deriva de la “*Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional*”, no se limita a la finalidad de explotación sexual o laboral, sino que describe una conducta que, “como mínimo” así se entenderá con esta finalidad, incluyendo expresamente además la finalidad del “trasplante de órganos”. En su configuración exige la “captación, transporte, traslado, recogida o recepción de personas”, mediando “amenaza”, “uso de la fuerza”, “otras formas de coacción”, “rapto”, “fraude”, “engaño”, “abuso de poder”, “abuso de una situación de vulnerabilidad”, o la “concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra”. En definitiva, recoge unas modalidades conductuales con la finalidad de cualquier tipo de explotación de la persona sometida, si bien, la finalidad de explotación sexual y de explotación laboral son las más comunes por la que se desarrolla la mencionada actividad del tráfico de personas.

Por ello, lo primero que debe advertirse es que en la trata de personas con cualquier finalidad de explotación sólo se incluyen aquellas conductas en las que no existe el consentimiento de la persona, considerando —obviamente— como no consentimiento el consentimiento viciado, es decir, aquel obtenido por engaño, fraude, coacción o amenazas, abuso de poder o de situación de vulnerabilidad de la víctima. Igual debe considerarse un consentimiento viciado y, por tanto, un no consentimiento, el expresado por la persona menor de edad, debiendo homogeneizarse ésta a estos efectos, al margen de la legislación interna de cada país, en el límite mínimo de los 18 años. Por ello, no debe confundirse la “trata de personas” con la “colaboración de personas dedicadas a la inmigración clandestina de personas” que prestan válidamente su consentimiento para entrar irregularmente en otro Estado, ni —tampoco— quien presta su consentimiento para entrar irregu-

larmente en otro país para ejercer la prostitución sin ser sometida a ningún tipo de explotación. La idea clave, por tanto de “trata de personas” con cualquier finalidad es la ausencia del consentimiento de la víctima.

Por su parte, en la misma línea, el “*Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos*” hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, en su art. 4 aclara algunos aspectos aplicativos de la “*Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional*”, que podrían dar lugar a errores de apreciación en su recepción en las legislaciones internas de los distintos Estados, relativos a los “mínimos” que se entienden por “explotación” y la “irrelevancia del consentimiento” obtenido mediante las conductas descritas en la convención o el obtenido del menor de 18 años, así como la interpretación auténtica de lo que se considera “víctima” de la “trata de personas”. En concreto, dicho art. 4 señala lo siguiente:

“Para los fines del presente Convenio:

- a. La expresión «trata de seres humanos» designa la contratación, el transporte, el traslado, el alojamiento o la acogida de personas mediante amenazas de recurrir a la fuerza, recurso a la fuerza o cualquier otra forma de obligación, mediante raptos, fraude, engaño, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad o mediante la oferta o la aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra con fines de explotación. La explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena o bien otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos;*
- b. El consentimiento de una víctima de la «trata de seres humanos» ante una posible explotación, tal y como se define en el párr. (a) del presente artículo, se considerará irrelevante cuando se utilice uno cualquiera de los medios enunciados en el párr. (a);*
- c. La contratación, el transporte, el traslado, el alojamiento o la acogida de un niño con fines de explotación tendrán la consideración de «trata de seres humanos», aunque no apelen a ninguno de los medios enunciados en el párr. (a) del presente artículo;*
- d. El término «niño» designa a toda persona de menos de dieciocho años de edad;*
- e. El término «víctima» designa a toda persona física sometida a la trata de seres humanos tal y como se define en el presente artículo”.*

En el marco de la Unión Europea, partiendo de la “*Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional*”, se elaboró la Decisión Marco del Consejo 2002/629/JAI, de 19 de julio, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, que en su art. 1 señalaba lo siguiente: “1. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de los actos siguientes: La captación, el transporte, el traslado, la acogida, la subsiguiente recepción de una persona, incluidos el intercambio o el traspaso del control sobre ella, cuando: a. se recurra a la coacción, la fuerza o la amenaza, incluido el raptos, ob. se recurra al engaño o fraude, oc. haya abuso de autoridad o de situación de vulnerabilidad, de manera que la persona no tenga una alternativa real y aceptable, excepto someterse al abuso, od. se concedan o se reciban pagos o beneficios para conseguir el consentimiento de una persona que posea el

control sobre otra persona, con el fin de explotar el trabajo o los servicios de dicha persona, incluidos al menos el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o la servidumbre, o con el fin de explotar la prostitución ajena o ejercer otras formas de explotación sexual, incluida la pornografía; 2. El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos a la explotación, prevista o consumada, no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a los medios indicados en el apartado 1; 3. Cuando la conducta a que se hace referencia en el apartado 1 afecte a un niño, constituirá delito punible de trata aun cuando no se haya recurrido a los medios indicados en el apartado 1; 4. A efectos de la presente Decisión marco, se entenderá por “niño” toda persona menor de 18 años”.

A su vez, el art. 3 de dicha Decisión-Marco, establecía la necesidad de que cada Estado miembro adopte las medidas necesarias para asegurar la punibilidad de dichas infracciones, con penas máximas privativas de libertad no inferiores a ocho años cuando se cometan en cualquiera de las siguientes circunstancias: “1. *que se ponga en peligro de forma deliberada o por grave negligencia la vida de la víctima; 2. Que se cometan contra una víctima especialmente vulnerable. Considerando siempre víctima vulnerable la de menor edad atendiendo a la legislación nacional y la infracción se haya cometido con fines de explotación de la prostitución ajena o a ejercer otras formas de explotación sexual, incluida la pornografía. 3. Que se cometan mediante violencia grave o hayan causado a la víctima daños particularmente graves; 4. Que se cometan en el marco de una organización delictiva. Asimismo establece la necesidad de establecer la responsabilidad de las personas jurídicas que pudieran ser responsables de dichas infracciones”.*

Más recientemente en el ámbito de la Unión Europea, con un perfil más victimológico, se aprueba la Directiva 2011/36/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, 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 y por la que se sustituye la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo, el cual tiene como objetivo el establecimiento de unas “normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en el ámbito de la trata de seres humanos. También introduce disposiciones comunes teniendo en cuenta la perspectiva de género para mejorar la prevención de este delito y la protección de las víctimas”(artículo 1).

En concreto, la Directiva 2011/36/UE, en su artículo 2. Señala lo siguiente:

1. *“Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que sean punibles las conductas siguientes cuando se comentan intencionadamente: La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, incluido el intercambio o la transferencia de control sobre estas personas, mediante la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona, con el fin de explotarla.*
2. *Existe una situación de vulnerabilidad de la víctima cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa real o aceptable excepto someterse al abuso.*
3. *La explotación incluir, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena, u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, incluida*

la mendicidad, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre, la explotación para realizar actividades delictivas o la extracción de órganos.

4. El consentimiento de una víctima de la trata de seres humanos para su explotación, prevista o consumada, no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios contemplados en el apartado 1.

5. Cuando la conducta a que se hace referencia en el apartado 1 afecte a un niño, constituirá infracción punible de trata de seres humanos aun cuando no se haya recurrido a ninguno de los medios contemplados en el apartado 1.

6. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por «menor» cualquier persona menor de dieciocho años».

En el artículo 4 de la Directiva 2011//36/UE, los estados miembros se obligan a adoptar las medidas necesarias para garantizar que las infracciones contempladas en el artículo 2 se castiguen con penas privativas de libertad de una duración de al menos cinco años. Las penas serán de al menos 10 años cuando la infracción: a) se cometió contra una víctima especialmente vulnerable (incluyendo como mínimo a los menores); b) se cometió en el marco de una organización delictiva; c) puso en peligro de forma deliberada o por grave negligencia la vida de la víctima; d) empleando violencia grave o causó daños graves a la víctima. Asimismo, se comprometen a incluir como agravante el que el hecho sea realizado por funcionario público en el ejercicio de sus funciones. Obligándose, además, a castigar la inducción, la complicidad y la tentativa con penas efectivas, proporcionadas y disuasorias.

Los artículos 5 y 6 establece la obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas puedan ser responsables de estas infracciones, así como la imposición de las sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias que “incluirán multas de carácter penal o de otro tipo”.

Los artículos 12 y siguientes de la Directiva 2011/36/UE, mantienen una orientación de protección, asistencia y apoyo a las víctimas del delito de trata de seres humanos.

III. LA RESPUESTA PENAL ESPAÑOLA PREVIA A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LO 5/2010

La trata de seres humanos como tal no ha sido objeto de tipificación específica en la legislación penal española hasta la aprobación de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma de la Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal. No obstante, parcialmente, el legislador –especialmente– en la última década, ha tratado de algún modo tipificar específicamente el fenómeno con la finalidad de la explotación sexual, si bien con resultado no muy acertado.

1. Regulación en el CP Texto Refundido de 1973

Tras el Decreto-Ley de abolición de la prostitución en España, “sobre abolición de centros de tolerancia y otras medidas relativas a la prostitución”, de 3 de marzo de

1956, y de la reforma del Código Penal de 1963, la inclusión del art. 152 bis a) del CP, como consecuencia de la tipificación de toda forma de favorecimiento de la prostitución ajena, incluso voluntaria, cualquiera de las conductas que pudieran ser consideradas de “trata de seres humanos” para su explotación sexual aparecían tipificadas como delito. Si bien, bajo un paraguas protector de la honestidad y la moral colectiva, alejado por completo de la tutela tanto de la libertad sexual, como de los derechos fundamentales de las personas sometidas a estas prácticas. Así, el Código Penal, que se derogaba con la entrada en vigor de la LO 10/1995, del Código Penal, mantuvo la siguiente redacción del art. 452bisa).1º: *“Incurrirán en la pena de prisión menor en su grado máximo, multa de 100.000 a 500.000 pesetas e inhabilitación absoluta para el que fuere autoridad pública o agente de ésta y especial para el que no lo fuere: 1º. El que cooperare o protegiera la prostitución de una o varias personas, dentro o fuera de España, o su recluta para la misma.*

Brevemente, se advierte que las notas más destacadas de la situación derivaban de una respuesta penal indiscriminada respecto de cualquier conducta relativa al ejercicio de la prostitución: “cualquiera conductas de cooperación y protección de la prostitución de una o varias personas, dentro o fuera de España, su recluta, para la misma”... sin exigencia de forma alguna de coacción, amenaza o abuso de situación de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima, ni de lesión o puesta en peligro de la libertad sexual ajena.

2. Regulación en la LO 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprueba el Código Penal

El Código Penal de 1995 en la redacción original en la que aparecía en la LO 10/1995, de la que tan poco va quedando, no recogía expresamente ninguna conducta típica directamente incriminadora de la “trata de seres humanos para su explotación sexual”. Son varias las razones para que esta cuestión se hubiese visto “ignorada” del llamado “Código penal de la Democracia”. La principal razón sólo puede encontrarse en el hecho de centrar definitivamente los delitos relativos a la prostitución en el ámbito propio de la “libertad sexual”, con un empeño decidido de aislar cualquier atisbo moralizante en la redacción de estos delitos, alejándose –por tanto– de “cualquier pretensión criminalizadora de la prostitución, de manera que, si no quedaba patente alguna forma de constreñimiento de la voluntad del sujeto pasivo, la conducta resultaba penalmente irrelevante” (MAPELLI CAFFARENA 2009). No obstante, siendo cierto que esa es la principal razón por la que no se tipificaba la “trata de seres humanos para su explotación sexual” en el CP de 1995, deben advertirse otras de índole socioeconómicas y migratorias. Al respecto, no debe pasar desapercibido el momento de crisis económica en el que se debatió en el Parlamento el CP de 1995 y que en España aún no había eclosionado el enorme desarrollo migratorio (de inmigración) que se produciría justamente después, en el último lustro del Siglo XX y el primer decenio del Siglo XXI. De hecho España sociológicamente (si bien en el subconsciente colectivo) aún vivía una realidad migratoria inversa, como un país con consciencia de emi-

grantes. Probablemente sea éste sentir el que llevara al legislador de 1995 a obviar la tipificación de un problema del que realmente, las sociedades occidentales sólo se hacen eco tras la Convención de las Naciones Unidas del año 2000, actuando hasta el momento como si se tratara de un problema que no era suyo.

Así, aunque el Código Penal de 1995 (en su redacción original) no recogiese una previsión específica para estas conductas, las mismas –si bien, a cuenta gotas–comenzaron a llegar a los Tribunales de Justicia. Al respecto, comenzó a plantearse si podían ser abarcadas por las conductas descritas en otras figuras delictivas tradicionales como la estafa, los abusos sexuales, la detención ilegal, las lesiones. Por otra parte, desde la perspectiva de la inmigración clandestina de “mano de obra” que en muchos supuestos escondían estos hechos y con una interpretación extensiva del “ejercicio de la prostitución” como “trabajo” a pesar de no estar regulada en el Estatuto de los Trabajadores ni existir Convenio Colectivo alguno, se planteó la posibilidad de aplicar los tipos referentes al Delito de tráfico ilegal de mano de obra (Art. 312 CP) y al Delito contra los derechos de los trabajadores (Art. 313 CP).

3. Regulación en el CP de 1995, tras la reforma operada por LO 11/1999, de 30 de abril

Ante la situación de desamparo punitivo en que quedaba la trata de seres humanos de carácter transnacional con la finalidad de su explotación sexual en el texto punitivo de 1995, en su redacción original, la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, trata de reparar la situación en el seno de la reforma del Título VIII del Libro Segundo del Código Penal, “*de los delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales*”, con la introducción de un apartado segundo en el art. 188 CP, con la siguiente dicción: “*Será castigado con las mismas penas el que directa o indirectamente favorezca la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas, con el propósito de su explotación sexual empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima*”.

Aquí se afrontaba el problema desde una perspectiva errónea del bien jurídico protegido, la “libertad sexual”, lo cual es dogmáticamente incorrecto, como se demostró en el mismo momento inicial en el que se planteó su aplicación. Surgiendo una infinidad de problemas de interpretación a la hora de determinar la conducta típica, que equiparaba una tentativa de delito –incluso lejana– con la de autoría del art. 188.1 CP. De otro lado, se simplificaba enormemente la criminalización de la conducta limitándola exclusivamente en torno a la “libertad sexual” cuando la “trata de seres humanos” con fines de explotación, sexual o de otro tipo, afecta a otros valores fundamentales de la víctima, a la propia dignidad personal, en tanto que se cosifica, mercantiliza y se concibe como una simple mercadería a introducir en un mercado ilícito de personas. Por otra parte, se advierte que la reforma tipificaba el delito como un delito unisubjetivo, que –si bien– podría ser ejecutado en coautoría o aplicando las reglas generales de la participación delictiva, no preveía una agravación ni un tipo agravado para los casos

más graves de trata de seres humanos para la explotación sexual, es decir, los ejecutados a través de organizaciones criminales dedicadas a esta actividad, lo que hacía aún más ineficaz el precepto (MAQUEDA ABREU 2000).

4. Regulación en el CP de 1995 tras la reforma operada por LO 11/2003, de 29 de septiembre

Ante la inoperancia práctica que presentó el entonces nuevo art. 188.2 CP frente al problema del tráfico de seres humanos para la explotación sexual, por los problemas dogmáticos y de mala praxis legislativa sintetizados anteriormente, el legislador, aprovechando la reforma operada por LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de extranjeros, lo deroga fulminantemente, incluyendo –ahora dentro de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros– un apartado segundo en el art. 318 bis CP. Si bien, como inmediatamente se señaló por la doctrina, “ni la tutela de su libertad e indemnidad sexuales ni la de su dignidad o integridad moral parecen haber sido las razones decisivas de este cambio legislativo” (MAQUEDA ABREU 2004). El art. 318 bis CP quedaba finalmente con la siguiente redacción:

“1. el que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la UE, será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión. (La expresión “o con destino a otro país de la UE”, fue introducida posteriormente por LO 13/2007).

2. si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas, serán castigados con la pena de cinco a 10 años de prisión.

3. los que realicen las conductas descritas en cualquiera de los dos apartados anteriores con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, o siendo la víctima menor de edad o incapaz o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, serán castigados con las penas en su mitad superior.

4. con las mismas penas del apartado anterior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a 12 años, incurrirán los que realicen los hechos prevaleándose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

5. se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados 1 a 4 de este artículo, en sus respectivos casos, e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades.

Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado.

En los supuestos previstos en este apartado la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el art. 129 de este Código.

6. los tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada.”

De este modo, el legislador español tras un largo y tortuoso periplo legislativo, que pasa desde la ignorancia del conflicto a un mal tratamiento en el marco de la protección de la “libertad sexual”, llegando a su ubicación sistemática (que tampoco será definitiva) entre los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, dentro de los delitos relativos a la inmigración clandestina, como una modalidad cualificada atendiendo a la finalidad de la “explotación sexual” de la víctima, con una serie de agravaciones atendiendo a los medios comisivos empleados, a las circunstancias personales de las víctimas, a la cualidad de autoridad o funcionario público del autor o a la comisión de los hechos en el seno de una organización criminal, pudiendo llegar a penas privativas de libertad de hasta 15 años de prisión.

A primera vista, la nueva redacción y ubicación del tipo parecía resolver el problema de impunidad que reflejaba en España el tráfico de seres humanos para la explotación sexual en territorio español o de tránsito para su explotación en un tercer Estado. De esta forma se trataba de incorporar al Ordenamiento Jurídico interno las obligaciones contraídas por el Estado Español derivadas de la Decisión Marco 2002/629/JAI de 19 de julio, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos. No obstante, se de inmediato se advirtieron algunas diferencias cualitativas y cuantitativas entre lo tipificado en el art. 318 bis.2) del CP relativo a la “trata de seres humanos” con finalidad de explotación sexual, respecto de la Decisión Marco 2002/629/JAI de 19 de julio.

A modo de síntesis, las principales diferencias entre el art. 318 bis.2) CP, en lo referente a la trata de seres humanos con fines de explotación sexual y las obligaciones derivadas de la Decisión Marco 2002/629/JAI de 19 de julio, puede observarse el siguiente esquema:

- El tipo penal del art. 318 bis (apartados 1 y 2) CP, tanto en su versión básica relativa a la inmigración ilegal, como en su modalidad agravada, cuando la conducta se realiza con la finalidad de su posterior explotación sexual, prescinde absolutamente del consentimiento de la “víctima”, siendo irrelevante que la persona que pretende entrar en España ilegalmente haya consentido o no libremente el favorecimiento, la ayuda o cualquier tipo de mediación para entrar en territorio español, con destino en él o de tránsito. El tipo, en su modalidad básica, no exige ni ánimo de lucro, ni violencia, intimidación, engaño u otro aprovechamiento de otra situación de vulnerabilidad de la víctima. Por tanto, supera con creces el concepto de “trata de seres humanos”, asumido internacionalmente en la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y en la Decisión Marco 2002/629/JAI de 19 de julio, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos. De forma que, considerando la existencia del Consentimiento

de la víctima, libre y espontáneo, la conducta no podrá ser considerada “trata de seres humanos”. Podrá ser otra cosa distinta y el legislador interno podrá regularla como considere oportuno, pero no puede ser considerado lo que en el seno de la Comunidad Internacional no es así expresamente definido.

- Al ubicar la conducta dentro del Título de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y concretamente limitarla al “tráfico ilegal” o a la “inmigración clandestina” de personas, está restringiendo la trata de seres humanos con finalidad de explotación sexual tipificada en el CP a aquellas conductas relativas inmigración clandestina, con o sin engaño, violencia, intimidación o aprovechándose de cualquier otra situación de vulnerabilidad de la víctima o de relación de superioridad con ella. Se distingue, por tanto, exclusivamente la trata de personas con carácter transnacional. Incluso, con la libre circulación de personas en la UE, se restringe a ciudadanos extracomunitarios. De forma que el tráfico de seres humanos desarrollado con personas de nacionalidad búlgara o rumana en España con finalidad de explotación sexual quedaba fuera del tipo penal, por tener éstas, nacionalidades de un Estado de la UE de los 27, donde rige el principio de libre circulación de personas y no estar, por ello, inmersas en una situación de irregularidad migratoria en el territorio español (en este sentido, por ejemplo, se pronunciaron las SSTS n. 484/2007, de 29 de mayo y n. 409(2009, de 17 de abril). A ellas le serían aplicables los tipos penales comunes de lesiones, estafas, amenazas, coacciones, ..., que –salvo casos muy graves– darían lugar a penas sensiblemente inferiores a las que recogía el apartado segundo del art. 318bis.2) CP.
- El tipo penal del art. 318 bis CP, en sus distintas modalidades, por otra parte, recoge una forma de autoría tan amplia, que no permite distinguir otras formas de participación, como por ejemplo la complicidad. Toda participación en el hecho, por mínima que sea, sería considerada autoría, incluso aunque el hecho principal (la inmigración irregular o clandestina) esté dirigida por el propio extranjero que pretende entrar irregularmente en España.

Pero el gran problema que se planteaba era a la hora de determinar el bien jurídico protegido en aquel art. 318 bis.2) (y siguientes apartados) CP, eje central del alcance que pueda otorgarse al tipo penal. La doctrina había barajado distintas opciones: a) Bien jurídico colectivo: Control de los flujos migratorios del Estado (MAPELLI CAFFARENA 2009, MARTINEZ ESCAMILLA 2007, TORRES FERNÁNDEZ 2006, MAQUEDA ABREU 2004); b). Bien Jurídico individual: Derechos personalísimos del ciudadano extranjero: dignidad, integridad moral (RODRÍGUEZ MESA 2006, VILLACAMPA ESTIARTE 2006, LAURENZO CAPELLO 2004); c) Delito pluriofensivo, conciliando el interés del Estado en controlar la inmigración y los bienes personales del ciudadano extranjero, en tanto que la finalidad expresa de explotación sexual diferenciaría el tipo del aparta-

do 2 del tipo del apartado 1 del art. 318.1bis CP –protegiendo el del primer apartado exclusivamente “el interés del Estado en el control de los flujos migratorios” (ALONSO ÁLAMO 2007); d) Delito pluriofensivo, que comprendería “los derechos individuales de los ciudadanos extranjeros como colectivo” y “el no menos presente del interés estatal por reforzar la efectividad de las prohibiciones de entrada establecidas en la legislación de extranjería y, en definitiva, el interés estatal en el control de los flujos migratorios” (Circular de la Fiscalía General del Estado. Instrucción 2/2006, de 27 de Julio); e) Bien jurídico constituido por el conjunto de derechos individuales reconocidos al colectivo de ciudadanos extranjeros, de forma genérica, como colectivo especialmente vulnerable (SAINZ CANTERO CAPARROS 2002, PEREZ FERREZ 2006).

En cualquier caso, son muchos los argumentos que, aun reconociendo que es una política criminal errónea, llevan a afirmar que el bien jurídico protegido en el tipo del anterior art. 318bis CP era exclusivamente el interés del Estado de controlar los flujos migratorios, también en su apartado segundo. Ni por la redacción del precepto ni por su ubicación puede deducirse otro. Así, por ejemplo, se ha señalado el hecho de no contar con el consentimiento del extranjero ni exigir ánimo de lucro en el autor, ni encontrar razones para tutelar de modo distinto al dignidad del extranjero que la dignidad del nacional, ni la propia ubicación del precepto entre los “delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (MAPELLI CAFFARENA 2009), que limita el ámbito de aplicación a conductas realizadas sobre ciudadanos extra-comunitarios, tal como había apuntado la Fiscalía General del Estado en su Circular núm. 2/2006, de 27 de julio cuando señalaba expresamente que “*sólo podrán ser sujetos pasivos del delito del art. 318bis.2 los extranjeros, con exclusión de los ciudadanos de la UE y países asimilados, sin perjuicio de la aplicación en su caso del tipo del art. 188.1 CP*”. Se ha afirmado en este sentido con toda razón, que “ni el concepto legal de tráfico ilícito ni la condición de extranjeros pueden justificar la aptitud lesiva de estas conductas para un bien jurídico como la integridad moral” (MAQUEDA ABREU 2004), cuando –como ha hecho el legislador español– se ha negado relevancia alguna al consentimiento de la persona objeto de tráfico ilícito.

IV. EL TÍTULO VII BIS DEL LIBRO SEGUNDO DEL CÓDIGO PENAL (“DE LA TRATA DE SERES HUMANOS”) TRAS LAS LEYES ORGÁNICAS 5/2010 Y 1/2015

Como se puede concluir, el iter legislativo que recorre en la última década la tipificación penal de la trata de personas en España (especialmente en lo que se refiere a la explotación sexual) sólo puede calificarse indulgentemente de “rocambolesco”. El mismo no es más que la muestra de una política criminal errante y desorientada, que ha mostrado una absoluta ineficacia respecto de lo que realmente pretende tipificar penalmente el legislador en concordancia con los instrumentos internacionales firmados y ratificados por el Estado Español en la

materia, pasando de una incorrecta ubicación dogmática entre los delitos contra la libertad sexual, con la consiguiente elevación a categoría de delito consumado del tipo básico del delito relativo a la prostitución de mayores de edad y la ampliación del ámbito de sujetos activos a cualquier tipo de participación en el hecho, que se producía con la reforma de 1999, a la no más afortunada inclusión entre los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, que lo obligan a conceptualarlo como un tipo agravado del delito contra el control de los flujos migratorios por parte del Estado, anulando el eje principal del concepto internacionalmente asumido de la “trata de seres humanos”, que es la ausencia o invalidez del consentimiento de la víctima.

En este sentido, el propio preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, reconoce expresamente que *“el tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contenía el art. 318bis resultaba a todas luces inadecuado, en vista a las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos. La separación de estas dos realidades resulta imprescindible tanto para cumplir los mandatos de los compromisos internacionales como para poner fin a los constantes conflictos interpretativos”*.

Ante esta realidad, 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, tratando de situar el problema en sus justos términos, al margen de las posibles situaciones concursales que pudieran producirse respecto de los delitos relativos a la inmigración ilegal (*“delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”*), de los delitos contra la libertad y la indemnidad sexual o del nuevo delito relativo al tráfico de órganos del art. 156bis CP, opta decididamente –y, al menos, respecto de su ubicación sistemática, con acierto– por incorporar un nuevo Título en el Libro segundo del Código Pena, justamente entre el Título VII, relativo a *“los delitos contra la integridad moral”*, y el Título VIII, relativo a *“los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”*. Así, aparece el nuevo Título VII bis, con la rúbrica expresa *“de la trata de seres humanos”*, conformado por un extenso art. 177 bis CP.

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, introduce una modificación parcial de los apartados primero y cuarto del artículo 177 bis CP. Como indica el Preámbulo de la Ley, la reforma se lleva a cabo *“una completa transposición de la normativa europea”*. *“En concreto, dentro de las formas de comisión del delito se incluye la entrega o recepción de pagos para obtener el consentimiento de la persona que controla a las víctimas, o la trata con la finalidad de concertar matrimonios forzados. También se tipifica la explotación con la finalidad de que las víctimas cometan actos delictivos para los explotadores. Se delimita el concepto de vulnerabilidad, conforme al texto de la Directiva europea. Y se agrava la pena para los supuestos de creación de peligro de causación de lesiones graves”*.

Así, pues el artículo 177bis CP queda con la siguiente redacción:

1. Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando 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, la captare, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes:

- a) La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad.
- b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía. c) La explotación para realizar actividades delictivas. d) La extracción de sus órganos corporales.
- e) La celebración de matrimonios forzados.

Existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso.

2. Aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones enumeradas en el apartado anterior cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación.

3. El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a los medios indicados en el apartado primero de este artículo.

4. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando:

- a) se hubiera puesto en peligro la vida o la integridad física o psíquica de las personas objeto del delito;
- b) la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad.

Si concurriere más de una circunstancia se impondrá la pena en su mitad superior.

5. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este art. e inhabilitación absoluta de seis a doce años, a los que realicen los hechos prevaleándose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. Si concurriere además alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este art. se impondrán las penas en su mitad superior.

6. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo, e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades. Si concurriere alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este art. se impondrán las penas en la mitad superior. Si concurriera la circunstancia prevista en el apartado 5 de este art. se impondrán las penas señaladas en este en su mitad superior. Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado. En todo caso se elevará la pena a la inmediatamente superior en grado si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 o la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo.

7. Cuando de acuerdo con lo establecido en el art. 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de

multa del triple al quintuple del beneficio obtenido. Atendidas las reglas establecidas en el art. 66 bis, los Jueces y Tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del art. 33.

8. La provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de trata de seres humanos, serán castigadas con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente.

9. En todo caso, las penas previstas en este art. se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del art. 318 bis y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación.

10. Las condenas de los Jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en este art. producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español.

11. Sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de este Código, la víctima de trata de seres humanos quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado”

La reubicación del delito entre los delitos contra la integridad moral y los delitos contra la libertad sexual, es decir, entre los delitos contra bienes jurídicos individuales, junto con la propia rubrica del nuevo Título VII Bis, “de la trata de seres humanos”, afronta el problema desde la dimensión correcta. Con estas conductas, ya sea con finalidad de explotación laboral, sexual u otra similar, lo que se afecta directamente son las bases más elementales de la dignidad de la persona, su integridad moral en su sentido más puro, cosificándola y degradándola a una categoría inferior a la de persona (VILLACAMPA ESTIARTE, 2011, e IGLESIAS SKULJ, 2013, consideran el bien jurídico protegido directamente la dignidad). Por esta razón, podría haberse incluido directamente en el Título VII, dentro de los “delitos contra la integridad moral”, si bien, con la misma referencia de tutela no está mal un título específico, que sirva para alejar cualquier extraña interpretación lejana de la propia dignidad de la persona. El hecho de que los flujos migratorios de un mundo global desigual favorezcan este tipo de conductas no puede ser utilizado como fin para tipificarlas o no penalmente, dependiendo de la concreta necesidad de control de flujos migratorios de un Estado determinado. Lo esencial en todo caso debe ser la tutela de los derechos más esenciales del ser humano que se ven masacrados cuando se cosifica a la persona en el “tráfico de seres humanos”, sea cual sea la finalidad con la que el mismo se realice. En este sentido, el propio apartado 9 del nuevo art. 177bis) CP incluye una clausula concursal para aquellos casos en los que además con la conducta de tráfico de personas se realice el tipo del art. 318bis CP, que ahora queda exclusivamente limitado al control penal de los flujos migratorios, así como cualquier otro delito derivado de la propia explotación.

Por esta razón, atendiendo el bien jurídico protegido, la integridad moral, es irrelevante la nacionalidad de la víctima para poder calificar el delito como de

tráfico de seres humanos. Es cierto que el tipo exige que la conducta se desarrolle “en territorio español”, “desde España”, o “en tránsito o con destino a ella”, pero a continuación expresamente indica en referencia a la víctima la irrelevancia de que ésta sea “nacional” o “extranjera”. De este modo se evitan situaciones jurisprudenciales como las señaladas en el epígrafe anterior respecto al anterior art. 318bis.2) respecto de víctimas de tráfico de seres humanos para la explotación sexual que quedaban fuera del alcance típico por ser de nacionalidad rumana o búlgara, al ser éstas nacionalidades pertenecientes a la Unión Europea. Al alcanzar el tipo a la posible víctima nacional está abriéndose también a los nacionales de cualquier Estado de la Unión Europea, además –por supuesto– de cualquier ciudadano extra-comunitario.

En el sentido expuesto, en coherencia con la “*Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional*” y con la Directiva 2011/36/UE, sólo se tipifican las conductas que se llevan a cabo sin el libre consentimiento del sujeto. Si no existe violencia, intimidación, engaño, abuso de situación de necesidad o vulnerabilidad de la víctima o ésta es menor de edad o especialmente vulnerable en razón de su situación o enfermedad, no puede hablarse de trata, en tanto que la presencia de consentimiento no viciado de la persona mayor de edad, impide la conceptualización de la conducta como de “trata de seres humanos”, pudiendo, no obstante ser aplicable algún otro tipo penal. Debe advertirse, no obstante, la innecesariedad del apartado 3 de este art. 177bis CP, en tanto que es reiterativo y no aporta nada. La referencia a la irrelevancia del consentimiento de la víctima cuando se haya recurrido a los medios indicados en el apartado primero del mismo art. no aporta nada, en tanto que esos medios (la violencia, la intimidación, el engaño y el abuso de superioridad, de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima), todos ellos juntos o aisladamente considerados hacen irrelevante el posible consentimiento que pudiera ofrecer la víctima.

Las formas comisivas exigidas en el tipo llevan a considerar que se trata de un delito pluriofensivo, en el que junto a la integridad moral se tutela la libertad de la persona (MUÑOZ CONDE 2015; JUANES PECES 2010). “Dignidad y libertad” conformarían el bien jurídico protegido (TERRADILLOS BASOCO, 2010; SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAILLO, 2015), y derechos de los trabajadores, libertad sexual, integridad o salud física (POMARES CINTAS, 2011; PORTILLA CONTRERAS/POMARES CINTAS, 2010) conformarían el bien jurídico protegido. Ahora bien, la conjunción de la dignidad con la libertad conforma, sin lugar a dudas, la integridad moral.

El apartado primero que recoge los elementos nucleares del delito y define el tipo básico, aparece redactado como un delito de consumación anticipada, de resultado cortado, mutilado en dos actos (VILLACAMPA ESTIARTE, 2011; IGLESIAS SKULJ, 2013) en tanto que exige que aparezca alguna de las modalidades comisivas expuestas con la finalidad de explotación sexual, laboral, extracción de órganos, realización de actividades delictivas o matrimonios forzados, sin necesidad de que estas finalidades lleguen a ejecutarse, las cuales, si aparecen darán lugar a la correspondiente situación concursal con el delito contra la libertad

sexual, contra la libertad, contra los derechos de los trabajadores o relativo a los trasplantes de órganos correspondientes, tal y como se señala expresamente en el apartado 9 de dicho art. 177bis CP. Ello ha llevado a algún autor a considerarlo un delito de peligro abstracto (MUÑOZ CUESTA 2011), lo cual es difícilmente compatible con la previsión de la punición de los actos preparatorios. En todo caso, se requiere la concurrencia, de un lado, de la idoneidad objetiva (*ex ante*) para poner a la víctima en peligro de explotación, con independencia de su efectiva realización o no, y, por otro lado, las finalidades típicas de la explotación que constituyen un elemento subjetivo del injusto (POMARES CINTAS, 2011).

El delito describe una conducta típica que: 1. Se configura como un delito de medios tasados; 2. incluye un largo elenco de comportamientos alternativos que han de realizarse con alguna de las finalidades de explotación señaladas; 3. Deben ir dirigidas a las finalidades de explotación de la víctima.

Los medios con los que han de realizarse la conducta son los siguientes: a) violencia; b) intimidación; c) engaño; d) abuso de una situación de superioridad, o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima.

Los comportamientos que de forma alternativa configuran la conducta típica realizada sobre la víctima son los siguientes: a) captar; b) transportar; c) trasladar; d) acoger; e) recibir; f) intercambiar o transferir el control.

Los supuestos de explotación que debe perseguir la conducta, tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015, son: a) la explotación laboral: “la imposición de esclavitud, servidumbre, servicios forzados u otras prácticas similares a las anteriores”; b) la explotación sexual, incluyendo la pornografía; c) la explotación para realizar actividades delictivas; d) la extracción de sus órganos corporales; o e) la celebración de matrimonios forzados.

Por su parte, el legislador de 2015 ha incluido un párrafo segundo en el artículo 277bis.1CP, en el que da una definición auténtica del concepto de situación de necesidad o de vulnerabilidad, “cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa real o aceptable, que someterse al abuso”, es decir, por razones económicas (VILLACAMPA ESTIARTE, 2015), si bien, situación de la vulnerabilidad o necesidad habrá de ser valorada atendiendo a factores sociales, culturales, políticos y económicos negativos (IGLESIAS SKULJ, 2015).

El apartado segundo, en todo caso invalida el consentimiento de menores de edad aún cuando no se actúe con violencia, intimidación, engaño o abuso de superioridad, necesidad o vulnerabilidad del menor. Al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2015 castiga por el delito de trata de seres humanos del artículo 177bis.1 CP en concurso ideal con un delito de favorecimiento de la prostitución del menor, el caso de una menor de edad que contó que se trasladó de Rumanía a España con el consentimiento de sus padres y fue acogida por un tercero que la empleó, con quien contrajo matrimonio, para la prostitución callejera sin que conste la acreditación de los medios enunciados en el artículo 177bis.1 CP (violencia, intimidación, engaño o acoso de una situación

de superioridad, de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima). Por menor de edad debe entenderse el menor de 18 años. La cláusula no es extensible a los incapaces, a los que se les aplicarán discutiblemente las reglas generales, salvo que se presuma que todos son especialmente vulnerables. Si bien, el consentimiento del incapaz no será válido y en caso de que sea utilizado alguna de las finalidades exigidas en el tipo del artículo 177bis.1 CP, deberá interpretarse la existencia de un abuso de una situación de especial vulnerabilidad de la víctima. No obstante, lo correcto hubiera sido incluirlo junto a los menores de edad en el apartado segundo (TERRADILLOS BASOCO 2010).

Respecto de la nulidad del consentimiento del menor del apartado segundo, no obstante, debe hacerse una apreciación. El artículo dice lo siguiente: *“Aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones enumeradas en el apartado anterior cuando se llevar a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación”*, sin definir a que se refiere por “explotación”; pudiendo interpretarse erróneamente que es “explotación”, los servicios forzados y la esclavitud, la explotación sexual, la explotación para realizar actividades delictivas y la celebración de matrimonios ilegales y no la extracción de órganos (que ya está expresamente castigada en el artículo 156bis CP).

La reforma de los tipos agravados del apartado cuatro de este artículo 177bis CP plasmó la Directiva 2011/36/UE, la puesta en peligro grave de la vida o de la integridad física o psíquica de la víctima, que ésta sea menor de edad o que sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, con la previsión de la pena superior en grado, que se impondrá en su mitad superior si concurre más de una circunstancia, alcanzando en estos casos al intervalo de entre 10 y 12 años de prisión. En cualquier caso, cuando la minoría de edad de la víctima se ha utilizado para afirmar el tipo básico del apartado primero sin la concurrencia de violencia, intimidación, engaño, ni abuso de superioridad, necesidad o vulnerabilidad del menor, no podrá afirmarse también el tipo agravado, atendiendo al principio de *ne bis in idem* (en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2015).

Se llega a la pena de prisión del apartado cuarto más la inhabilitación absoluta de seis a doce años, cuando los hechos se realicen prevaleciendo el culpable de su condición de autoridad o funcionario público (apartado quinto). Igualmente se prevé la aplicación de las penas previstas para la persona jurídica cuando de los hechos sea responsable la misma, atendiendo a la novedosa responsabilidad criminal de estos entes jurídicos que incorporó la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio y amplía la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

El legislador va más allá castigando además los hechos preparatorios consistentes en la provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito. Si bien, en la práctica será difícil poder determinar cuando se trata de un hecho meramente preparatorio o de un hecho ya propiamente ejecutivo.

En cuanto a la criminalidad organizada en este tipo de delincuencia, el apartado 6 del art. 177 bis, prevé la aplicación de la pena superior en grado (de 8 a 12

años) y la de inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena “cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de *más de dos personas*, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades. Llama la atención la expresa referencia a más de dos personas para aplicar esta modalidad agravada. El hecho de que también se incluya la asociación de carácter transitorio, permite no exigir la característica de permanencia para aplicar el tipo. Ahora bien, deberá atenderse al caso concreto, para delimitar cuando se trata realmente de una “asociación transitoria” de tres personas para ejecutar un delito de tráfico de seres humanos y cuando se está ante un delito de ejecución compleja, bien en el que varios sujetos son coautores, bien en el que unos participan en el hecho principal de otro. Deberá atenderse a otros elementos, como la distribución de funciones, organización, etc., para aplicar el tipo agravado previsto para la organización criminal.

En el ámbito de la delincuencia organizada, se prevé además la elevación de la pena para los jefes, administradores o encargados de la organización o asociación, en un intervalo entre la mitad superior y el grado inmediatamente superior, que para el tipo básico irá de los 10 a los 18 años de prisión. Siendo, en todo caso, la pena aplicable la superior en grado si se dan los tipos agravados de los apartados 4 y 5 (de 12 a 18 años de prisión).

Por su parte, el tipo prevé la reincidencia internacional en su apartado 10, por condenas dictadas por Jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza, siempre y cuando, lógicamente, los antecedentes no se hayan cancelado o pudieren serlo de acuerdo a la legislación española.

Por último, en el apartado 11 del art. 177bis CP, se incluye la previsión de la exención de pena para la víctima del delito de tráfico de seres humanos por aquellas infracciones penales que hubiera cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ella hubiera sido consecuencia de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho realizado, ello sin perjuicio de la aplicación de aplicando las reglas generales del CP.

Al margen de la loable intención del legislador de plasmar la exención de responsabilidad criminal de las víctimas del tráfico de seres humanos respecto de los delitos en los que hubieren participado bajo el sometimiento a las condiciones de explotación, es discutible la técnica legislativa utilizada. Parece recogerse una especie de excusa absolutoria, o bien, una causa específica de no exigibilidad de otra conducta o –simplemente– una causa de no punibilidad para los casos en los que la participación de la víctima en el delito resulte acreditada y constituya un hecho típico (de autoría o de participación), antijurídico y culpable, pero no punible. Debe advertirse que el texto comienza señalando “*sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de éste Código*”, de forma que debe entenderse que lo que sigue se está refiriendo a situaciones distintas en las cuales la víctima aplicando las reglas generales del CP pudiera quedar exento de responsabilidad penal, bien porque como consecuencia del *modus operandi* exigido en el delito

de tráfico de seres humanos la conducta de la víctima pudiera ser subsumida en una causa de *ausencia de acción*, bien porque concurriera una eximente de *estado de necesidad* o de *miedo insuperable*. Esos casos quedan amparados, por tanto, dentro de la aplicación de las reglas generales del Libro Primero del CP. Por lo cual, el resto del apartado debe referirse a situaciones no abarcables por ellas, lo cual no deja de ser una política de exención punitiva irregular y excesivamente abierta a la interpretación judicial, ya que será en esta instancia donde deba de valorarse que su “*participación haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida*” (que será distinta a aquella que llegue a ser considerada ausencia de acción y que no sea abarcada ni por el estado de necesidad ni por el miedo insuperable), además de la “*adecuada proporcionalidad entredicha situación y el hecho criminal realizado*”.

BIBLIOGRAFÍA

Alonso Álamo, M.: “Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y de la trata de personas para la explotación sexual. *Revista Penal*, 2007; Benítez Ortúzar, I.F., “Criminalidad organizada y “trata de seres humanos” con fines de explotación sexual”, *La criminalidad organizada*, Valencia, 2013; Carmona Salgado, C.: “Trata sexual de mujeres y prostitución forzada. Algunas notas críticas con motivo de la LO 11/2003”, en *Homenaje a Cobo del Rosal*, 2005; De León Villalba, F.J.: “Una nota sobre la prostitución y la trata de blancas”, en *La mujer como víctima: aspectos jurídicos y criminológicos*, Cuenca, 2000; Díez Ripollés, J.L.: “Trata de seres humanos y explotación sexual de menores. Exigencias de la Unión y legislación española”. *Revista Penal*, 1998; Dolz Lago, M.J., “Trata de seres humanos. Cuando la víctima es menor de edad no es necesaria la concurrencia simultánea de alguna de las modalidades descritas en el artículo 177bis,1 CP para colmar la tipicidad”, *Diario La Ley*, 5463/2015; Fernández Palma, R., “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 CP”. *La reforma penal de 2010. Análisis y Comentarios*, Pamplona 2010; García Aran, M.: “Esclavitud y tráfico de seres humanos”. *Homenaje a Ruiz Antón*, 2003.; Giménez Giménez-Salinas, A. y Rechea Alebróla, M.C: “Una aproximación al tráfico de mujeres con fines de explotación sexual en España”. CPC, 2003; Hava García. E., “Trata de personas, inmigración y políticas migratorias”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 2006; Iglesias Skulj, A., *Trata de mujeres con fines de explotación sexual. Análisis político criminal del artículo 177bis del Código penal*, Valencia 2013; Iglesias Skulj, A., “De la trata de seres humanos: artículo 177bis CP”, *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Valencia, 2015; Mapelli Caffarena, B., “Tráfico ilegal e inmigración clandestina con fines de explotación sexual”. *La Ley Penal*, 2009.; Maqueda Abreu, M.L.: *Tráfico sexual de personas*. Valencia, 2001; Maqueda Abreu, M.L.: “Hacia una nueva interpretación de los delitos relacionados con la explotación sexual”. *La Ley*, 2006; Maqueda Abreu, M.L.: ¿Cuál es el bien jurídico protegido en el delito del

art. 318bis 2º Las sinrazones de una reforma”. *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 2004; Maqueda Abreu, M.L.: “El extranjero víctima del tráfico ilícito. Tráfico de personas y tráfico sexual”: cuestiones concursales”. *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*. Madrid 2002;; Maqueda Abreu, M.L.: “El tráfico de personas con fines de explotación sexual”. *Jueces para la Democracia*, 2000; Maqueda Abreu, M.L.: “La trata sexual de mujeres extranjeras: una aproximación jurisprudencial”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2002.; Maqueda Abreu, M.L.: “A propósito de la trata y las razones que llevan a confundir a l@ inmigrantes con escl@s”. *Homenaje a Vives Antón*. Valencia 2009; Pérez Alonso, “La trata de seres humanos en el Derecho Penal español”, *La delincuencia Organizada: un reto a la política criminal actual*, Pamplona 2013; Pérez Alonso, J., Tráfico de personas e inmigración clandestina (un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal), Valencia 2008; Pomares Cintas, E., El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral, RECPC 13-15 (2011); Pomares Cintas, E., El Derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo, Valencia, 2013; RecheaAlberola, C./Gimenez-Salinas Framis, A., “Una aproximación al tráfico de mujeres con fines de explotación sexual en España”, *CPC*, 2003; TerradillosBasoco, J., “Trata de seres humanos”, *Comentarios a la Reforma del CP de 2010*, Valencia 2010; TerradillosBasoco, J./Portilla Contreras, G./Pomares Cintas, E./Guardiola Lago, M.J., “Trata de seres humanos: art. 177 bis CP”, *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal*, Valencia 2010; Villacampa Estiarte, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación desde el Derecho internacional*, Pamplona, 2011; Villacampa Estiarte, C., “Mujeres víctimas de trata en prisión en España”; Villacampa Estiarte, C., RDPC, 8, 2012, “La nueva Directiva Europea relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas. ¿Cambio de paradigma?, RECPC (2011); Villacampa Estiarte, C., “El delito de trata de seres humanos”, *Comentario a la reforma penal de 2015*, Pamplona 2015.

UNIDAD 2

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD DE TRABAJO

Competencias

- Analizar el estado actual de los delitos que afectan los derechos de los trabajadores mediante un enfoque crítico.

PRIMERA LECTURA

Morillas Cueva, L. (2015). Delitos contra los derechos de los trabajadores. En Morillas Cueva, L. (Dir.). Sistema de Derecho Penal Parte Especial (2ª ed.). Madrid, España. Dykinson, pp. 831-851.

Se presentan sintéticamente los delitos contra los derechos de los trabajadores en el ordenamiento penal español, en los artículos 311 a 318, incidiendo primero en las cuestiones comunes a estos tipos penales para luego desarrollar dogmáticamente por separado todas las modalidades delictivas.

SISTEMA de DERECHO PENAL

Parte Especial

2ª edición

Lorenzo Morillas Cueva
(Dirección)

Ignacio F. Benítez Ortúzar

Bernardo Del Rosal Blasco

Lorenzo Morillas Cueva

Miguel Olmedo Cardenete

Jaime Peris Riera

● José E Sáinz-Cantero Caparrós

Dykinson, S.L.

Lorenzo Morillas Cueva

Dirección

**SISTEMA
DE
DERECHO PENAL**

Parte especial

IGNACIO F. BENÍTEZ ORTÚZAR

BERNARDO DEL ROSAL BLASCO

LORENZO MORILLAS CUEVA

MIGUEL OLMEDO CARDENETE

JAIME PERIS RIERA

JOSÉ E SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS

*2ª edición, revisada y puesta al día
conforme a las leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015*

Dykinson, S.L.

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico. 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 47)

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial
Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes_somos

© Copyright by
Los autores
Madrid

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-9085-707-6
Depósito Legal: M-6048-2016

Preimpresión por:
Besing Servicios Gráficos S.L.
e-mail: besingsg@gmail.com

Capítulo 34

DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

LORENZO MORILLAS CUEVA

Sumario: I. Introducción.- II. Cuestiones comunes a los tipos: 1. Bien jurídico protegido. 2. Sujetos del delito: A. Sujeto pasivo y activo. B. La contradictoria disposición genérica del art. 318. 3. Normas penales en blanco. 4. Elemento subjetivo.- III. Modalidades delictivas: 1. Imposición de condiciones laborales ilegales: A. Tipo básico: A') Imposición de condiciones laborales en sentido genérico. B') Ocupación simultánea de pluralidad de trabajadores sin alta en la Seguridad Social o sin autorización de trabajo. C') Transmisión de empresas con mantenimiento de las condiciones ilegales impuestas por otro. B. Tipo autónomo. 2. Empleo u ocupación de ciudadanos extranjeros o menores de edad sin permiso de trabajo. 3. Tráfico ilegal de mano de obra: A. Tráfico ilegal en sentido estricto. B. Reclutamiento engañoso o falso para el trabajo. C. Abuso de trabajadores extranjeros. 4. Determinación o favorecimiento de la emigración fraudulenta. 5. Discriminación laboral. 6. Límites al ejercicio de la libertad sindical y del derecho de huelga: A. Tipo básico. B. Tipos autónomos: a) Con coacciones. b) Coacciones para la huelga. 7. Delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo: A. Tipo doloso. B. Tipo imprudente.- Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Los delitos de índole laboral han soportado una profunda evolución a través de la más reciente historia punitiva española. El CP vigente parece que ha mejorado y asentado en coordenadas más adecuadas a sus objetivos el curioso y complicado proceso por el que ha transcurrido esta materia, cuya concreción técnica y, sobre todo, su aplicación práctica han dejado tradicionalmente mucho que desear. En la actualidad es el título XV el que, de manera autónoma, se ocupa **de los delitos contra los derechos de los trabajadores**, en los arts. 311 a 318. Su estudio corresponde al siguiente esquema:

- A) Imposición de condiciones laborales ilegales.
 - a) Tipo básico: art. 311.1º, 2º, 3º
 - a') Imposición de condiciones laborales en sentido genérico: art. 311.1º

- b') Ocupación simultánea de pluralidad de trabajadores sin alta en la Seguridad Social o sin autorización de trabajo: art. 311.2º
- c') Transmisión de empresas con mantenimiento de las condiciones ilegales impuestas por otro: art. 311. 3º
- b) Tipo autónomo: art. 311.4º
- B) Empleo u ocupación de ciudadanos extranjeros o menores de edad sin permiso de trabajo: art. 311 bis.
- C) Tráfico ilegal de mano de obra.
 - a) Tráfico ilegal en sentido estricto: art. 312.1.
 - b) Reclutamiento engañoso para el trabajo: art. 312. 2º inciso primero.
 - c) Abuso de trabajadores extranjeros: art. 312.2. inciso 2º.
- D) Determinación o favorecimiento de la emigración fraudulenta: art. 313.
- E) Discriminación laboral: art. 314.
- F) Límites a la libertad sindical y al derecho de huelga.
 - a) Tipo básico: art. 315.1
 - b) Tipos agravados: art. 315.2 y 3
- G) Delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo.
 - a) Tipo doloso: art. 316.
 - b) Tipo imprudente: art. 317.
- H) Responsabilidad de las personas jurídicas: art. 318.

II. CUESTIONES COMUNES A LOS TIPOS

Antes de entrar a examinar de forma concreta las diversas modalidades típicas procede adelantar algunos aspectos que por su generalidad, a veces diferenciada, son de naturaleza común a todos o a parte de los delitos en cuestión.

1. Bien jurídico protegido

El primero de los problemas que cabe plantearse y que puede condicionar muchos de los demás es el del bien jurídico protegido y, como consecuencia inmediata, la valoración del lugar que ocupan estas infracciones penales en la ordenación del CP.

Ya en la antigua legislación se discrepó sobre la concreción del bien jurídico protegido. La mayoría se adhirió a **la libertad y seguridad del trabajador**, aunque

más intensamente a la seguridad. Otros se decantaron por una **pluralidad** de bienes jurídicos protegidos (libertad, seguridad, derecho de crédito de los trabajadores, etc.), o por **los intereses del trabajador considerado como parte del contrato de trabajo**, o por **el interés del Estado a que se respeten las condiciones mínimas de vida profesional de los trabajadores por cuenta ajena**.

Sea como fuere, y alguna de estas opciones doctrinales se reproducen con la normativa actual, el cambio de comprensión asumido y desarrollado por el CP supone indudables ventajas: por un lado, se tutela el derecho al trabajo en condiciones dignas, como un derecho fundamental de la persona, de manera análoga a los contenidos en el **Capítulo II del Título I** de la Constitución; por otro, se unifica el bien jurídico protegido, concretándose en los derechos de los trabajadores, por encima de los posibles bienes jurídico-derechos específicos a los que se pueden referir los diferentes tipos; por último, se utiliza la posibilidad de albergar otros comportamientos relacionados con el trabajo que constituyen de igual manera conductas intolerables.

En definitiva, el bien jurídico protegido en el **Título XV** es **los derechos de los trabajadores**, como interés autónomo tutelado. Así también lo entiende una buena parte de la jurisprudencia al afirmarse “conjunto de intereses concretos y generales que protegen la indemnidad de la propia relación laboral mediante la sanción de conductas que atenten contra las condiciones laborales de los trabajadores” (SSTS 995/2000, de 30 de junio, 1330/2002, de 16 de julio, 994/2005, de 30 de junio, 1465/2005, de 22 de noviembre).

Ello no significa que en cada tipo en concreto esta protección generalista no se proyecte en bienes específicos, como los derechos de los trabajadores derivados de las condiciones mínimas generales de trabajo, la seguridad en el trabajo, la estabilidad en el empleo, el derecho de igualdad jurídica en el trabajo, el ejercicio de la libertad sindical o del derecho de huelga, la seguridad de la vida, de la integridad y de la salud de los trabajadores desde la idea de la seguridad y la higiene en el trabajo, etc.

2. Sujetos del delito

La concreción de los sujetos participantes en estas modalidades comisivas no presenta, en principio, mayor problema, aunque no siempre los autores se han manifestado de forma unánime.

A. Sujeto pasivo y activo

Sujeto pasivo del delito como titular del bien jurídico protegido es el trabajador, en sentido genérico. Mayores problemas presenta el **sujeto activo**. Ha sido frecuente en la doctrina estimar estos delitos como especiales propios, que solamente pueden ser cometidos por personas que reúnen las condiciones de empresarios o empleadores (CARBONELL MATEU-GONZÁLEZ CUSSAC, QUERALT,

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, estos dos últimos fundamentalmente en relación al tipo del art. 311). Asimismo la jurisprudencia mayoritaria entiende que el sujeto activo del delito es en general el empresario operante, empleador o dador de trabajo (SSTS 13 de junio 1975, 28 de junio 1978, 5 de febrero 1981, 15 de octubre 1982).

No estamos totalmente de acuerdo con semejantes apreciaciones. Por un lado, porque no se puede valorar de igual manera todo el Título; por otro, porque la gran mayoría de las conductas son tipos comunes.

Posiblemente el que más dudas puede generar es el art. 311. No obstante, como dicen LÓPEZ GARRIDO-GARCÍA ARÁN la *ratio* del precepto aconseja entenderlo aplicable a todo aquél que esté en situación de imponer condiciones laborales porque tenga capacidad de contratación con independencia de que ello concurrirá, normalmente, en el empresario. Con matices la SAP A Coruña, Sección 2ª, 451/2015, de 16 de julio, entre otras, mantiene que la imposición de condiciones laborales solo puede ser realizada a título de autor por el empresario, de modo que el tercero, no empresario, podría hacer un aporte a título de participación. Conforme al Estatuto de los Trabajadores, define a aquél como la persona física, jurídica o la comunidad de bienes que organiza y dirige las prestaciones de servicio que recibe por parte de los trabajadores.

De forma paralela se presentan los arts. 316 y 317 en los que el sujeto activo es el que está legalmente obligado a exigir y facilitar los medios y procurar las condiciones para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene exigibles (LASCURAIN SÁNCHEZ. También jurisprudencia: SAP de Cantabria 2038/2004, de 31 de marzo, SAP de Huelva 102/2005, de 3 de mayo, SAP de Cantabria 172/2005, de 31 de mayo, AAP de Guipúzcoa de 28 de junio de 2005: “quien tiene la posibilidad fáctica de evitar la situación de peligro y estando jurídico-laboralmente obligado a hacerlo y no lo hace”). Delito especial dirigido al empresario y a los que de hecho o de derecho asuman en la empresa esta responsabilidad (SAP de Pontevedra, Sección 4ª, 45/2015, de 27 de febrero: “Resulta incontestable que los empresarios o titulares de la empresa son los posibles sujetos activos del delito, pero no sólo ellos, sino también, desde una perspectiva penal, los administradores y encargados del servicio a los que se refiere el art. 318).

Los restantes delitos del Título en estudio hay que asumirlos como tipos comunes que pueden ser realizados por cualquier persona.

B. La contradictoria disposición genérica del art. 318

Al hilo de la última de las sentencias citadas, hay que hacer referencia al art. 318 que consigna una disposición general, en este momento carente de sentido, para cuando los hechos previstos en los artículos encuadrados en este Título XV se atribuyan a personas jurídicas. En tal circunstancia “se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieren adoptado medidas para ello. En estos supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además,

alguna o algunas de las medidas previstas en el art. 129 de este Código”. Precepto sumamente criticado por la doctrina que lo ha venido considerando superfluo después de la incorporación en la reforma de 1983 del art. 15 bis, posterior 31, en el que cabía perfectamente al tratarse en definitiva de un actuar en nombre de otro.

Sorprendentemente los legisladores de 2010, 2012 y 2015 que, como reiteradamente se ha comentado, el primero de ellos incorpora en el art. 31 bis la responsabilidad penal de las personas jurídicas y los otros dos lo modifican dando mayor intensidad a dicha responsabilidad, ignoran no solamente la demandada supresión del susodicho art. 318, sino que además obvian en este Título, sumamente propicio para ello, la inclusión de la reiterada responsabilidad de las personas jurídicas dentro del catálogo de delitos donde fija dicha responsabilidad y mantiene, por contra, una ahora absurda, por incompleta y redundante, remisión, incorporada por la reforma 11/2003, al art. 129, dejado prácticamente sin contenido por la de 5/2010, al limitarlo a empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el art. 31 bis. Mas se trata, entiendo, de un olvido legislativo de modificación en relación con estos delitos, lo que le conduce a una incongruencia de difícil comprensión, que a una posición meditada, lo que sería todavía más criticable.

3. Normas penales en blanco

Una de las cuestiones más problemáticas con que se enfrentan estos tipos penales, y que tiene difícil solución por la propia dinámica de la legislación laboral, aunque es preciso reconocer que en el CP actual se ha recortado su utilización, es la de la frecuente remisión que en alguno de ellos se hace a la normativa laboral, lo que conduce a un empleo excesivo de la técnica de las normas penales en blanco, con lo que ello supone para la seguridad jurídica y para el principio de legalidad.

Los arts. 311.1º y 312. 2 remiten a los derechos que los trabajadores tengan reconocidos por **disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual**.

Dentro de la expresión **disposiciones legales** hay que incluir, por una parte, las leyes laborales o de Seguridad Social que reconocen derechos a los trabajadores; por otra, los Reglamentos y Reales Decretos que de manera sectorial desarrollan las normas con carácter general, y que al tener rango inferior a la ley constituyen las auténticas normas penales en blanco.

Por **convenio colectivo** se entiende el resultado de las negociaciones llevadas a cabo por los representantes de los trabajadores y de los empresarios, que constituyen la expresión libremente adoptada por ellos en virtud de su autonomía colectiva.

Es **contrato individual de trabajo** el negocio jurídico bilateral que tiene por finalidad la creación de una relación jurídico-laboral constituida por el cambio continuado entre una prestación de trabajo dependiente y por cuenta ajena y una prestación salarial (MONTROYA MELGAR).

El art. 316 se remite a las **normas de prevención de riesgos laborales**. Las disposiciones legales sobre higiene y seguridad en el trabajo son numerosísimas

y pueden disgregarse, como en el caso anterior, en normas con rango de Ley, por ejemplo la Ley de Seguridad e Higiene en el Trabajo, y normas de rango inferior, múltiples ordenanzas y reglamentos.

4. Elemento subjetivo

Tradicionalmente estos delitos han sido considerados dolosos, acaso con la particularidad de los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo. La utilización generalizada del término **maliciosos** proyectaba un elemento subjetivo que impedía la comisión culposa.

En la actualidad el problema es menos intenso y no porque se omitan las expresiones conductoras del dolo, sino por la propia configuración de los delitos imprudentes, que exige, como es sabido, que se castiguen expresamente. No ocurre así en las modalidades atentatorias a los derechos de los trabajadores, excepción hecha del art. 317 en relación con el 316, donde se contempla la posibilidad de la realización imprudente. En los demás no cabe nada más que el delito doloso.

Es posible también preguntarse si además del dolo ordinario consistente en el conocimiento y voluntad de imponer condiciones lesivas para los intereses de los trabajadores, es preciso un ánimo especial. La estructura de los tipos parece abonar esta última exigencia, aunque la dificultad que existe para diferenciar el elemento subjetivo del dolo ordinario provoca una cierta tendencia a proponer que lo verdaderamente importante es la imposibilidad de la comisión imprudente con la excepción indicada. Incluso para algunos cabe el dolo eventual (MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ. En sentido contrario, admitiendo el susodicho ánimo tendencial y, en consecuencia, solo el dolo directo: SAP de Huelva, Sección 3ª, 142/2014, de 24 de abril).

III. MODALIDADES DELICTIVAS

1. Imposición de condiciones laborales ilegales

El delito contenido en el art. 311 consta de un tipo básico con tres variables (nº 1º, 2º y 3º) y un tipo agravado (nº 4º)

A. Tipo básico

En esta modalidad se castiga con las penas de prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses tres variables: a) La imposición de condiciones laborales en sentido genérico; b) No dar de alta en la Seguridad Social simultáneamente a una pluralidad de trabajadores; c) transmisión de empresas con mantenimiento de condiciones ilegales impuestas por otro.

A') Imposición de condiciones laborales en sentido genérico

El número 1º del art. 311 castiga a los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual.

La conducta típica se nuclea alrededor del verbo **imponer**. Gramaticalmente significa "poner carga, obligación u otra cosa". Desde el punto de vista técnico jurídico QUINTERO OLIVARES lo identificó con el imponer del concepto de coacciones (amenazas). Esta interpretación es excesivamente restrictiva. BAJO FERNÁNDEZ y de manera parecida ARROYO ZAPATERO, aun situando la comprensión del término en el sentido de **obligar a hacer algo**, aquí, como **sometimiento de la voluntad del trabajador en relación con su situación profesional, obligándole a aceptar unas condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan sus derechos**, dilata el contenido al admitir un alcance distinto de los medios comisivos. Para mí, sin embargo, lo adecuado de esta última idea, su sentido respecto al verbo tipo **imponer**, ha de ser matizado en la línea de admitir, junto al primero de los entendimientos, obligar a aceptar, la posibilidad de obligar sin el matiz de ratificación por parte del obrero que supone la palabra aceptar. Esto es, las condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman derechos o los restrinjan del trabajador pueden ser impuestas por el empresario bien con la aceptación del obrero mediatizado por la situación de necesidad, o bien de manera engañosa sin la aceptación ni el conocimiento directo del trabajador.

La SAP de Santa Cruz de Tenerife 164/2002, de 15 de febrero, mantiene, sobre un caso de imposición a los trabajadores la firma de ceses voluntarios a fecha fija como condición previa y necesaria para acceder o mantenerse en el trabajo, que existe imposición cuantas veces se suprime la dosis de libertad jurídica y psicológica que materialmente fuera indispensable para que el eventualmente perjudicado reaccione en defensa de los derechos que le van a ser arrebatados o disminuidos, determinando en contra de su voluntad la aceptación –aunque sólo sea externa– de unas condiciones de trabajo o de Seguridad Social lesivas para sus derechos.

La imposición ha de suponer el perjudicar, suprimir o restringir los derechos reconocidos legalmente. **Perjudicar** es ocasionar daño o menoscabo, en este caso a los derechos citados; **suprimir** es hacer cesar, desaparecer; **restringir** es reducir a menores límites. Aunque los tres conceptos son muy parecidos no es desafortunada su inclusión diferenciada. En sentido contrario, AYALA los considera innecesariamente reiterativos.

Condiciones laborales son todas las que componen el contenido de la relación de trabajo. **Condiciones de Seguridad Social**, las referidas a la relación jurídica de Seguridad Social, que supone una protección adecuada frente a las contingencias

que se pueden producir en dichas relaciones –por ejemplo para la citada SAP de Huelva 142/2014, equivalen a la falta de alta, o a una cotización a la Seguridad Social indebida de carácter reiterativo y grave o a la afiliación maliciosa del trabajador en un régimen improcedente con menos derechos que los que legítimamente les correspondía–. En cuanto a la concreción conceptual de disposiciones legales, convenios colectivos, contrato individual de trabajo me emito a lo desarrollado en epígrafe anterior con carácter general.

Los medios comisivos quedan reducidos a dos, sin formulación genérica de ningún tipo, por lo que son absolutamente cerrados: engaño o abuso de situación de necesidad. Quiere decir esto que para la realización del tipo hay que desplegar engaño o abuso.

El **engaño** es la falta de verdad en lo que se dice o hace. En este caso significa la utilización de esa falta de verdad para imponer a los trabajadores las condiciones perjudiciales, supresoras o restrictivas de sus derechos. La SAP de Valencia de 23 de julio de 2004 lo estima como “toda maquinación fraudulenta por parte del empresario destinada a originar el error del trabajador respecto de las condiciones o derechos que el ordenamiento laboral y de la Seguridad Social le reconocen” (parecido sentido: SAP de Cuenca 123/2015, de 14 de julio, SAP Málaga, Sección 8ª, 116/2015, de 19 de marzo).

Abusar es usar mal, de manera excesiva, injusta o indebida de algo o de alguien. En el supuesto que nos ocupa **de la situación de necesidad del trabajador**. Esta, como dicen CARBONELL MATEU-GONZÁLEZ CUSSAC, es una expresión en principio sin contornos o límites, pero que quizás debería de interpretarse restrictivamente, acogiendo sólo a aquéllas con una clara repercusión laboral, ya tengan origen en causas económicas, familiares, de relación, ignorancia, etc. Para la SAP de Navarra 250/2003, de 11 de noviembre, supone una actuación de aprovechamiento por parte del empresario, en su propio beneficio, y en perjuicio del trabajador, imponiendo a éste en su actividad laboral unas condiciones contrarias a la normativa laboral, obligándole a aceptarlas para poder tener acceso al trabajo, como consecuencia de su situación de necesidad; situación de necesidad que cabe apreciar en aquellos casos en los que existe una «necesidad» más intensa de la ordinaria o genérica que mueve a cualquier persona a buscar un trabajo, no pudiéndose equiparar tal situación de necesidad con la propia de cualquier búsqueda de trabajo.

Entre las hipótesis tenidas en cuenta por nuestra jurisprudencia cabe destacar: firma anticipada y obtenida fraudulentamente de despido voluntario, liquidación y finiquito, cambio de emplazamiento o lugar de trabajo, imponer prestación de servicios sin derecho a la Seguridad Social.

Se ha planteado por algún autor la relevancia del consentimiento del trabajador. CARBONELL MATEU-GONZÁLEZ CUSSAC mantienen que aunque sea muy difícil de probar la absoluta y perfecta libertad del trabajador, el libre consentimiento del mismo, aceptando las condiciones desfavorables, convierte la conducta en atípica. No podemos estar de acuerdo con semejante afirmación

puesto que los medios comisivos, el engaño o el abuso, vician por sí mismo el consentimiento, que en ningún caso puede ser libre. Si no hay engaño ni abuso la conducta será atípica porque falta precisamente este elemento del tipo, la forma del consentimiento ya será irrelevante. Así lo reconoce la citada sentencia de 13 de enero de 2000 cuando señala que “hay que entender que sólo si éste aceptase libremente, en virtud de la autonomía negociadora de las partes, condiciones que están por encima de los mínimos establecidos en la legislación y convenios colectivos, se excluiría la aplicación del tipo; por contra, el consentimiento será totalmente ineficaz en los supuestos en que esté viciado o bien se impongan condiciones que supongan una renuncia a los derechos laborales o de Seguridad Social mínimos e irrenunciables”. También SAP de Huelva 142/2014 citada.

Como ponen de manifiesto las SSTs de 1 de febrero de 1989 y 15 de marzo 1990 se trata de un delito **instantáneo** pero de **efectos permanentes**, que se consuma en el momento de la imposición de las referidas condiciones atentatorias a los derechos del trabajador, pero que, sin embargo, continúa en el tiempo mientras que dichas condiciones subsistan en la vida de la relación laboral.

Si por los medios empleados, fundamentalmente a través del engaño, se diera lugar a la realización de otro delito, por ejemplo el de estafa, estaremos en atención a los diferentes bienes jurídicos protegidos en un concurso de delitos de naturaleza ideal y no en un concurso de normas penales, por lo que habría una aplicación conjunta de ambas tipicidades, de acuerdo con el art. 77 del CP.

B') Ocupación simultánea de pluralidad de trabajadores sin alta en la Seguridad Social o sin autorización de trabajo.

El nº 2º del art. 311 contiene un tipo incorporado por la LO 7/2012 con el que se pretende, según su propio Preámbulo, consolidar un severo reproche penal a quien, de forma masiva o colectiva recurre a la utilización de trabajadores sin haber formalizado su incorporación al sistema de la Seguridad Social que les corresponda, o sin haber obtenido la preceptiva autorización para trabajar en el caso de extranjeros que lo precisen.

Con esta perspectiva, los elementos esenciales giran en torno a la conducta típica: **dar ocupación simultánea** de una pluralidad de trabajadores – por aquella hay que estimar conferir, proveer en alguien un trabajo, empleo; simultánea, cosa que se hace o ocurre al mismo tiempo que otra, aquí, ocupación; pluralidad, número grande de una cosa, de forma masiva o colectiva–. En este último sentido, el texto punitivo hace una **interpretación auténtica**, especialmente cuantitativa, del **número de trabajadores** afectados en relación a los trabajadores de las empresas o centros, para estimar el último de los requisitos examinado: a) el 25% en las que ocupen a más de cien trabajadores; b) el 50% en las que sean más de diez trabajadores y menos de cien; c) la totalidad de los mismos en las que sean más de cinco y no más de diez. Si no se llega a semejante criterio, la conducta deviene en atípica por este tipo, pero podría incluirse si se dan los

requisitos exigidos que parecen obvios en el número 1º, en su defecto serían infracciones administrativas.

Semejante criterio rígidamente cuantitativo es necesario que se complete con una de las **dos formas de realización de la conducta** delictiva: **a)** sin comunicar su alta en el régimen de la Seguridad Social que corresponda; **b)** o sin haber obtenido la correspondiente autorización de trabajo (en tal sentido SSTS 478/2015, de 17 de julio). En ambos casos, la justificación legislativa está basada, desde una clara dimensión de mercado, en los perniciosos efectos que presenta para las relaciones económicas y empresariales el hecho de que haya quienes producen bienes y servicios a unos costes laborales muy inferiores a los que han de soportar aquellos otros que lo hacen cumpliendo con sus obligaciones legales en la materia, lo que distorsiona la competitividad y desincentiva la iniciativa empresarial. Obviamente a lo que hay que añadir, o mejor priorizar, en clave de trabajador que es lo verdaderamente a proteger en este Título, la explotación que suponen estas conductas en ciudadanos en situación sumamente angustiosa y débil.

C') Transmisión de empresas con mantenimiento de las condiciones delictivas anteriores impuestas por otro

El nº 3º del artículo mencionado contempla un delito omisivo especialmente relacionado con los anteriores pero dirigido no al sujeto que inicialmente fija las condiciones perjudiciales para los derechos de los trabajadores cuya responsabilidad ya está recogida en los números 1º y 2º sino para un nuevo interviniente que por medio de la transmisión de la empresa se hace con ella y mantiene las referidas condiciones, con conocimiento de los procedimientos descritos en los números citados. Obviamente solo se sanciona la modalidad dolosa, dada la exigencia del conocimiento y consecuente voluntad de mantener la situación anterior. Es lo que algún sector doctrinal ha denominado **autoría por adhesión** (SERRANO GÓMEZ-SERRANO MAÍLLO-SERRANO TÁRRAGA-VÁZQUEZ GONZÁLEZ) por la que el nuevo empresario consiente y mantiene la susodicha situación como forma de funcionamiento de la empresa con lo que formalmente está realizando las mismas conductas que el originario aunque no las haya ejecutado por sí mismo sino que con su planteamiento omisivo las continua.

La pena para los tres supuestos analizados es de prisión seis meses a seis años y multa de seis a doce meses, lo que supone un importante aumento con las señaladas anteriormente, en lo que se refiere al límite máximo que se duplica –seis meses a tres años y misma multa–. El propio Preámbulo lo justifica de la siguiente manera sobre otras connotaciones que no son exclusivamente las de la pena: “La propia gravedad de estas conductas motiva que la sanción se amplíe hasta la posible imposición de una pena máxima de seis años de prisión, lo que de nuevo permite incrementar el plazo de prescripción hasta los diez años”. Gravedad, por otra parte dispar, que parece dirigirse casi exclusivamente al número 2º, pues el 1º no es tocado en su contenido por la reforma de 2012 y el 3º me genera serias dudas en cuanto a la identidad de gravedad con respecto a los otros dos.

B. Tipo autónomo

El número 4º de este artículo 311 eleva las penas referidas en los números anteriores en grado, en atención a la incorporación de dos medios comisivos, que en la comprensión legislativa son más dañosos, en las conductas reseñadas: **violencia** o **intimidación**. La interpretación de este tipo, incluso en cuanto a su naturaleza, no es pacífica. Tradicionalmente y por la mayoría de la doctrina se ha apreciado como una modalidad agravada así parece indicarlo su propia redacción. Pero ello ha de ser matizado: en primer lugar, porque el tipo del número primero requiere, como se ha visto, engaño o abuso de situación de necesidad, con lo que la intimidación o la violencia no pueden ser un añadido agravatorio –o se realiza con engaño o abuso o con violencia o con intimidación; en el caso que se den varias de ellas, por ejemplo engaño e intimidación, se estará ante un concurso aparente de normas con aplicación preferente de las más grave, en este supuesto el número 4, por la intimidación; en segundo, porque en relación al número 4º la variable de omisión es de difícil compatibilidad con la violencia y la intimidación. En definitiva, prefiero estimarlo como un delito autónomo, eso sí, con mayor pena, a pesar de la redacción legislativa (en parecido sentido: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, VILLACAMPA ESTIARTE).

2. Empleo u ocupación de ciudadanos extranjeros o menores de edad sin permiso de trabajo

La LO 1/2015 incorpora un nuevo artículo, el 311 bis, dentro de este Título de delitos contra los derechos de los trabajadores. Contiene dos conductas diferenciadas sobre la base del empleo ilegal con la suficiente intensidad para ser merecedoras de atención punitiva. Ambas comparten los verbos nucleares de la redacción típica: **emplear** o **dar ocupación**. Ya he señalado la práctica identidad de los conceptos, el segundo de ellos cabe definirlo como conferir, proveer en alguien un trabajo o empleo, por lo que parece innecesaria la distinción.

La **primera** hace referencia al empleo de ciudadanos extranjeros, de forma reiterada, que carezcan de permiso. Tres notas características, además del verbo típico: por el sujeto –extranjero–, por la frecuencia de los hechos –reiterada– por la situación –sin permiso de trabajo– La cuestión más controvertida de esta tipología es la referencia a la reiteración que no es normativamente concretada y que ha dado lugar incluso, para otros pasajes del Código penal, a dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional, SSTC 185/2014 y 3/2015, que no han sido tenidas en cuenta para delimitar este concepto en el artículo en estudio. No obstante, PÉREZ ARIAS, las interpreta en su adecuación al tipo al afirmar que la acción solo se puede tener por reiterada si ha sido objeto de condena firme en otro proceso, o va a ser enjuiciada y objeto de condena en el proceso en el que se plantee la aplicación de aquel precepto. Se trata de impedir que conductas que no han sido probadas ni condenadas terminen siendo estimadas como ciertas en contra del reo y enjuiciadas de manera indirecta, sin proceso previo, en clave de este tipo en análisis.

La segunda, al empleo de un menor de edad –dieciocho años– que carezca de permiso de trabajo. La diferencia entra las dos figuras radica en: a) los sujetos, en el primero extranjero, en el segundo menor de edad; b) la exigencia de reiteración en aquél; la no necesidad en este. Puede suceder que el menor sea extranjero, en cuyo caso existe un concurso aparente de normas con aplicación de la más especial en el caso concreto, aunque sin especial trascendencia en cuanto a la pena a aplicar.

Esta última es igual para los dos tipos: pena de prisión de tres a dieciocho meses o multa de doce a treinta meses, excepto que los hechos estén castigados con una pena más grave en otro precepto del Código que será de aplicación preferente.

3. Tráfico ilegal de mano de obra

Bajo la denominación genérica de tráfico ilegal de mano de obra agrupamos los contenidos del art. 312, que contempla lo que se puede llamar en sentido estricto y tradicional tráfico ilegal de mano de obra y las tipificaciones del reclutamiento engañoso para el trabajo y el abuso de trabajadores extranjeros.

A. *Tráfico ilegal en sentido estricto*

Con esta referencia nos ocupamos del n° 1 del art. 312 que castiga con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses, a los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra.

El verbo base de la conducta es el de **traficar**, comerciar, negociar con el dinero y las mercancías, en este caso con mano de obra, en el que hay que incluir la contratación realizada al margen de las oficinas de empleo, de las empresas de trabajo temporal y de las exigencias legales de la cesión de trabajadores. El propio concepto, como se ha visto, de traficar requiere que exista una especie de comercio, de actividad con ánimo de enriquecimiento mediante, como dicen CARBONELL MATEU-GONZÁLEZ CUSSAC, el aprovechamiento de los trabajadores. El término **ilegal** obliga a que ello se haga conculcando las normas administrativas al respecto, lo que parece una verdad de perogrullo, pues difícilmente tendrá cabida una conducta en el ámbito punitivo que sea respetuosa con los controles administrativos establecidos para ellas.

B. *Reclutamiento engañoso o falso para el trabajo*

El inciso primero del n° 2 del art. 312 sanciona con la misma pena del n° 1 a quienes recluten personas o las determinen a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas.

Dos son las modalidades comisivas: una la de reclutar personas, –por **reclutar** hay que comprender el buscar trabajadores para la finalidad concreta–; otra, la de

determinar el abandono de su puesto de trabajo, es decir, llevar al trabajador la convicción de dejar la relación laboral que tiene.

Ello hay que realizarlo con la intención de ofrecer empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas. El significado de ambos términos es muy semejante **falsea con engaño, engaña con falsedad**, por lo que parecen redundantes y reiterativos. Ofrecer empleo engañoso o falso es lo mismo que ofertar un trabajo que no existe en realidad. La otra hipótesis se concreta en condiciones de trabajo que no son ciertas, por ejemplo, horarios, categoría, salario, etc.

C. *Abuso de trabajadores extranjeros*

El segundo inciso del mencionado n° 2 del art. 312 castiga con igual pena a quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual.

Las únicas particularidades de este tipo, que por otro lado responde a unas conductas cada vez más frecuentes en nuestro país, con respecto a los contenidos del art. 311 y que se pueden presentar como requisitos específicos de aquél, son: a) que no es necesario ningún medio comisivo para llegar a las condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos de los trabajadores, b) que la conducta supone el mero empleo en estas circunstancias, a diferencia del art. 311 que se refiere a trabajadores al servicio del sujeto activo, aquí se trata de emplear, c) el sujeto pasivo ha de ser un súbdito extranjero sin permiso de trabajo. El resto del contenido es similar al del art. 311 por lo que a él me remito.

Supuestos, en tal sentido, del artículo 312.2, recogidos por la jurisprudencia, como no entrega de retribución por los empleadores a las prostitutas hasta que no saldaran las deudas, cuyo importe precisamente dependía de la voluntad de aquéllos (SSTS, entre otras: 22 de noviembre de 2004, 1047/2006, de 9 de octubre). De interés en este sentido es la hipótesis concursal con relación al artículo 187 –antes 188– relativo a la prostitución. Se ha planteado la solución del concurso de normas o la más adecuada de concurso de delitos. Esta última, en idea que comparto y en su modalidad de concurso real, ha sido la fijada por el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del TS (Sala 2ª) de 30 de mayo de 2006 que mantiene: “Cuando los hechos enjuiciados constituyan un delito del artículo 188.1 –ahora 187.1– del CP y un delito del art. 312.2, segundo inciso, se producirá ordinariamente un concurso real de delitos”-. Igualmente, se ha incluido, el no pago de retribución alguna por trabajo doméstico, con retención de pasaporte, hasta abono de deuda por el trabajo conseguido (SSTS 30 de enero de 2003, 221/2005 de 24 de febrero).

Puede sorprender que el precepto se refiera únicamente a los ciudadanos extranjeros sin permiso de trabajo. La pregunta es inmediata, significa eso que a los extranjeros con permiso de trabajo se les puede imponer condiciones que perjudiquen, supriman a restrinjan sus derechos laborales, al no estar incluidos en el tipo. LOPEZ GARRIDO-GARCÍA ARÁN estiman que la conducta está incorporada en el n° 1. del

art. 311 –en igual sentido SAP de Cádiz 4/2000, de 13 de enero–. Ésta que parece la solución más adecuada encuentra ciertas limitaciones, provenientes de la exigencia de los medios comisivos engaño o abuso de situación de necesidad. Sólo en el caso de que se entienda que ser súbdito extranjero lleva inherentemente aparejada una situación de abuso de necesidad, o que realmente al margen de su nacionalidad haya una situación objetiva de necesidad se podrá compartir el tipo. En el supuesto contrario, la conducta, por ejemplo, con la aceptación del ciudadano extranjero, será atípica. Lo que no ocurre con el súbdito extranjero sin permiso de trabajo. Igualmente hay que diferenciarlos del art. 311 bis, de pena bastante más benévola, en cuanto está dirigido este a la lucha contra la inmigración irregular (HORTAL IBARRA) sin más, solo con el añadido de reiteración en el empleo u ocupación, sin necesidad de medios engañosos o abusivos –311– ni de perjuicio, supresión o restricción de los derechos del trabajador normativamente reconocidos –311,312–.

4. Determinación o favorecimiento de la emigración fraudulenta

La LO 5/2010 modificó con cierta profundidad el texto anterior del art. 313, unificándolo en un único número del siguiente tenor: El que determinare o favoreciere la emigración de alguna persona a otro país, simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante. Con ello se ha conseguido unificar y simplificar las diferentes conductas que eran agrupadas bajo el denominado por la doctrina de migraciones clandestinas y fraudulentas, así como reducir las dificultades de interpretación con los contenidos del art. 318 bis, a su vez también igualmente modificado.

En tal sentido, la STS 730/2010, de 20 de julio, considera que se ha de aplicar el tipo del art. 318 bis cuando se afecten los derechos propios de las personas derivados de su condición humana; el art. 313 CP se reserva para los casos en los que los derechos afectados sean exclusivamente los de la esfera laboral. Así, transporte marítimo de inmigrantes chinos vía África en los que se les priva de los más elementales derechos fundamentales durante el traslado, derivado de las duras condiciones del mismo. Inicialmente el art. 313 ha de actuar como ley especial en relación al susodicho 318 bis, aunque con matices en relación con los tipos agravados de este último. Frecuente también es la concurrencia del delito en estudio con la estafa, de manera parecida se produce un concurso real de delitos (SAP de Murcia, Sección 2ª, 221/2014 de 24 de junio, SAP de Lleida, Sección 1ª, 333/2014, 6 de octubre, para otros medial (en SAP de Palencia 8 /2015, de 14 de abril, en calificación definitiva del Ministerio Fiscal; la Sentencia absuelve). Asimismo entrará en concurso real con el susodicho artículo 187.1.

Lo primero a delimitar es el propio concepto de emigración que se utiliza. En la anterior redacción parecía como si el legislador distinguiera **entre inmigración clandestina** –el hecho de facilitar la llegada al territorio español de una persona de modo ilegal– y **emigración** –la que se produce desde dentro hacia fuera basado en la utilización terminológica de “emigración de alguna persona a otro país”, ya contemplada en la redacción derogada, en contraposición a la inmigración–. No obstante, y ya sobre lo anterior, tanto el Acuerdo, de 9 de febrero de 2005, como la STS 1056/2005,

de 24 de febrero y asimismo, entre otras muchas, SAP de Palencia 8/2015 cit., mantienen que el término emigración no ha de limitarse, exclusivamente, a la salida del trabajador desde España a un tercer país, sino que abarca también la llegada del mismo a nuestro territorio proveniente de otro lugar. Interpretación correcta que es de aplicación a la misma descripción contenida en la redacción actual.

Determinar supone hacer tomar una resolución en otra persona, en este caso, en un sujeto para que emigre –tal sujeto, pasivo del delito, no tiene que ser únicamente español sino también de cualquier otra nacionalidad–. **Favorecer** es “apoyar un intento o empresa”; se trata, pues, de apoyar la inmigración.

Los medios a emplear son relativamente abiertos pues la disposición general establecida se refiere “a otro engaño semejante”. En consecuencia, el ámbito de actuación tiene que moverse sobre medios engañosos. El empleo “ad exemplum” del medio simulando contrato o colocación supone una muestra legislativa del contenido global que se le quiere dar a los medios comisivos. Por **simulación de contrato** se puede entender, por un lado, una contratación distinta a la establecida laboralmente; por otro, contrato en el que se falsean datos, bien en el mismo contrato, bien con variaciones indirectas, por ejemplo, anotaciones falsas en la documentación del trabajador.

La pena a imponer es la misma del art. anterior, esto es, prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses.

5. Discriminación laboral

El art. 314 recoge una tipicidad novedosa en nuestra legislación penal laboral, pero que tiene un reflejo cada día mayor en el Ordenamiento jurídico en general y en los Convenios y Tratado Internacionales.

Irradiado de la propia Constitución, que en el art. 14 proclama el principio de igualdad ante la ley de todos los españoles, sin que “pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social” y en el art. 35 profundiza en la discriminación laboral por razón de sexo, el art. 314 del CP amplía las causas de discriminación laboral incluso sobre las descritas programáticamente por el Texto Constitucional.

Este delito presenta los siguientes elementos para su realización: a) La producción de una grave discriminación. El término grave es valorativo, habrá que estar al caso concreto y a la apreciación judicial, lo que introduce un elemento discrecional importante ante situaciones que en la mayoría de los casos se mueven en el terreno resbaladizo de las opiniones subjetivas. **Discriminar** supone dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por las causas que enumera el propio artículo, ideología, religión, etc– la reforma 1/2015 añade junto a enfermedad la discriminación por discapacidad–. b) Al movernos en el ámbito laboral, esa discriminación ha de hacerse en el empleo, cuya prestación puede ser pública o privada. Por primera y única vez se incluyen en el Título de manera expresa

ambas posibilidades. c) El propio tipo, como un elemento más de él, cercano a una condición objetiva de punibilidad, exige una importante cautela para su realización: que no se haya restablecido la igualdad ante la ley reparando los daños económicos que se hubieren derivado; y un momento temporal y procesal para dicha actuación: tras requerimiento o sanción administrativa.

La pena establecida es la de prisión de seis meses a dos años o multa de 12 a 24 meses.

6. Límites al ejercicio de la libertad sindical y del derecho de huelga

El delito que ahora nos ocupa protector del ejercicio de la libertad sindical y del derecho a la huelga se construye sobre un tipo básico, el n° 1 del art. 315, y dos tipos autónomos agravados, los contenidos en los n° 2 y 3. Modificado por la LO 1/2015, incide fundamentalmente en las penas y algún cambio en los medios a utilizar para configurar el tipo agravado del número 2.

A. Tipo básico

El mencionado n° 1° castiga con las penas de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a doce meses –el legislador de 2015 atenúa la pena fijada para estos supuestos al rebajar el límite máximo de 3 años, antes, a los 2 de ahora y la multa la señala como alternativa en vez de cumulativa en el texto anterior. Ello supone una importante toma de posición sobre el alcance de las penas no frecuente en el resto de la reforma–, a los que mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impidieren o limitaren el ejercicio de la libertad sindical o el derecho a la huelga.

La Constitución ampara y proclama el derecho a sindicarse libremente y el contenido básico de la libertad sindical, así como el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses en el art. 28, con las limitaciones que el propio precepto introduce.

La regulación penal presenta elementos limitativos importantes con respecto al anterior Código en su art. 177 bis. Este sancionaba simplemente a los que impidieren o limitaren ambos derechos; la actual construcción exige, además, la utilización de unos determinados medios comisivos, el engaño o el abuso de la situación de necesidad, con los que coincide con los desarrollados en el art. 311.1. El tipo se configura a través de dos modalidades diferenciadas: **impedir** el ejercicio de un derecho –supone hacerlo imposible, suprimirlo de la realización concreta–; **limitarlo** es ceñirlo, acortarlo, restringirlo–. Ambos casos están referidos en concreto al ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga.

B. Tipos autónomos

Como se ha sido planteado, dos son los tipos autónomos, con mayor pena, que presentan estas modalidades delictivas. Ambos, como hicimos, y por pare-

cidos motivos, en el número 3 del art. 311 los estimamos con autonomía propia pues si bien es cierto que requieren, al menos el primero, la conducta descrita en el número 1 también lo es que utilizan medios comisivos diferenciados. En uno y otro se utiliza la denominación genérica de coacciones, con lo que, en principio, poco tienen que ver con medios del tipo básico e, incluso, en el segundo de ellos en su descripción con la propia conducta.

a) Con coacciones

El criterio diferencial fundamental con respecto el número 1º al que se remite para la concreción conductual es el de los medios comisivos. Castiga con las pena de prisión de un año y nueve meses hasta tres años o con la pena de multa de dieciocho meses a veinticuatro meses a los que realizaren las conductas señaladas en el apartado anterior cuando se llevaran a cabo con coacciones.

Este tipo entra directamente en relación con el art. 172. 1. párr. 2º que tipifica una modalidad agravada de coacciones, como ya ha sido visto en el capítulo correspondiente. Existe un concurso aparente de normas entre ambos a resolver por el criterio de especialidad, con aplicación preferente de este art. 315, aunque en la práctica es indiferente pues alcanzan la misma cuantía de pena, por lo que cabe preguntarse el por qué de su mantenimiento.

b) Coacciones para la huelga

El segundo de los tipos muestra peculiaridades muy definidas y discutibles, pues se proyecta sobre lo que en el lenguaje laboral se conoce como **piquetes**. Castiga con la misma pena que el tipo anterior a los que, actuando en grupo, o individualmente pero de acuerdo con otros, coaccionen a otras personas a iniciar o continuar una huelga. En sentido aclaratorio es relevante la SAP de Asturias, Sección 8ª, 194/2015, de 23 de septiembre que, sobre el nuevo texto del artículo 315. 3, matiza: “El ejercicio del derecho de huelga, reconocido en el art. 28. 2 de la CE comprende la posibilidad de informar y requerir a otros trabajadores –dentro del marco legal– para que participen en la huelga, bien antes de iniciarse bien después de iniciada adhiriéndose a la misma. Pero el ejercicio del derecho de huelga no es ilimitado y el legislador, con él ha querido proteger también el derecho a la libertad de no hacer huelga. Resulta obvio que el verbo “iniciar” empleado por el legislador en la redacción de esta norma se refiere a la coacción ejercida sobre el trabajador que no ha “iniciado” la huelga, que no se ha sumado a ella en ningún momento, aunque ésta ya haya sido iniciada por otros, de ahí que a continuación se proteja también el derecho a la libertad del trabajador que habiendo iniciado la huelga desee abandonarla.

En consecuencia y citando a la misma Sentencia la acción típica de este delito la constituye la conducta coactiva tendente a persuadir al trabajador no huelguista para que se adhiera a la huelga (antes de iniciarse o ya iniciada por otros), el ánimo tendencial de restringir la libertad de la persona se concreta en la parcela que cons-

títuye la libertad de trabajo, lo que lo diferencia del delito de coacciones ordinarias, aunque, como he indicado anteriormente, se presente igual problemática concursal y efectos en relación con el susodicho art. 172.1, párr. 2º, por la poca comprensible identidad de pena que hace, a aquél, innecesariamente repetitivo.

7. Delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo

Dos modalidades comisivas se muestran en este delito, diferenciadas por el elemento subjetivo: Un tipo doloso (art. 316) y un tipo imprudente (art. 317). Ambos preceptos responden desde el ámbito penal a la exigencia constitucional recogida en el art. 40.2 que obliga a los poderes públicos a velar por la seguridad e higiene en el trabajo. De todas formas como explicita la SAP de Barcelona 53/2009, de 3 de febrero, no basta para la integración del tipo penal cualquier infracción de normas de seguridad, que extendería indebidamente la respuesta penal en niveles incompatibles con el principio de mínima intervención y de seguridad jurídica. En definitiva, la integración del tipo penal con la normativa de la prevención de riesgos laborales, sólo debe ser en relación con la infracción de los más graves preceptos cuya omisión es capaz de generar un grave peligro.

A. Tipo doloso

La conducta típica se nuclea alrededor del verbo en negativo **facilitar** –la redacción del tipo utiliza un sólo verbo al contrario de la anterior del 348 bis que empleaba junto a facilitar, exigir–. Gramaticalmente significa “hacer fácil o posible la ejecución de una cosa o la consecución de un fin”, “proporcionar o entregar”. En el contexto punitivo en que nos movemos hay que interpretarlo como no **proporcionar los medios necesarios (...)**.

Se ha discutido si se está ante una modalidad exclusivamente omisiva (CARBONELL MATEU-GONZÁLEZ CUSSAC, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, FARALDO CABANA), u omisiva y más difícilmente activa (TERRADILLOS) u omisiva y activa (MUÑOZ CONDE). De la actual presentación de la conducta es fácil deducir que se dibuja una actuación omisiva, consistente en, como se ha dicho, no proporcionar, dejar de hacer, los medios necesarios. Es difícil pensar que esa actitud se pueda llevar a cabo buscando en sentido activo medios para no facilitar. En cualquier caso el desenlace final sancionado es la omisión. En tal sentido, SSAP de Burgos, Sección 1ª, 354/2015, 1 de octubre, Orense 257/2015, 7 de julio, Les Illes Balears, Sección 1ª, 194/2015, de 30 de junio. Con hipótesis intermedia, omisión impropia: SAP de Murcia, Sección 2ª, 409/2015, de 22 de septiembre.

Para su desarrollo, la conducta citada requiere una serie de presupuestos que completan el tipo: a) Infracción de las normas de prevención de riesgos laborales; b) Que el sujeto esté legalmente obligado; c) Puesta en peligro grave de la vida, salud o integridad física de los trabajadores –estamos ante un delito de peligro concreto, que exige que la conducta típica con la infracciones de las normas correspondientes provoque un peligro grave a los bienes jurídicos citados–.

La gravedad va dirigida al peligro no a la infracción de las normas, es decir, un peligro intenso para la vida, la salud o la integridad de los trabajadores.

Mención especial y puntual merece el elemento subjetivo, la característica de doloso del tipo, cuando se trata de un delito de peligro. Los delitos de peligro, fundamentalmente los de peligro concreto, adelantan la barrera de protección penal del bien jurídico que se pone en peligro. Por ejemplo, la vida. Puede atacarse de manera dolosa o imprudente, la dolosa admite las formas imperfectas, la imprudente, para la mayoría de la doctrina, no. En este punto es donde parece actuar el delito de peligro. Muchos autores, y el propio CP en este artículo, entre otros, hablan del dolo de peligro que se refiere no al posible resultado lesivo sino a la acción peligrosa en sí. Desde esta perspectiva se puede diferenciar entre conducta dolosa y conducta imprudente. Ahora bien, cuesta mucho aceptar que el sujeto actúe con dolo de peligro, de peligro grave, contra la vida, y no se manifieste el más que probable resultado de su acción, sabiendo que se puede dar. Se estará, si sucede esto último, ante una conducta dolosa eventual en grado de tentativa del resultado muerte. O hay una interferencia gratuita o estamos ante un concurso aparente de normas. Técnicamente se puede aceptar la realización dolosa de esta infracción pero su viabilidad real es sumamente escasa. Para FARALDO CABANA se está ante un delito doloso de peligro que ha de abarcar el conocimiento de la conducta omisiva y la infracción del deber que incumbe al sujeto activo, así como el resultado del peligro concreto que es objetivamente imputable a la omisión. Desde esta perspectiva admite el dolo eventual.

En caso de producción del resultado previsto, tal como está concebida la infracción, existirá un concurso ideal de delitos, con aplicación de las previsiones del art. 77, entre el 316 o 317, en su caso, y los correspondientes de homicidio o de lesiones, se entiende que imprudentes. La jurisprudencia ha estado algo titubeante en este sentido. Inicialmente en tales supuestos de lesión a la vida, salud o integridad ha optado generalmente por el principio de consunción al absorber el delito correspondiente al resultado producido al de peligro de los artículos citados—. No obstante, otras sentencias —STS 1188/1999, de 14 de julio, SAP de Barcelona 53/2009, de 3 de febrero— mantienen que no se produce dicha absorción cuando la lesión de uno de los trabajadores constituye uno de los posibles resultados de la conducta omisiva del responsable de las medidas de seguridad al encontrarse otro trabajador expuesto a ese mismo riesgo. La jurisprudencia más reciente se decanta por el concurso ideal de delitos —SAP de Burgos 354/2015, SAP de Murcia 409/2015, SAP de Pontevedra 185/2015, Sección 1ª, de 30 de octubre.

Las penas con que se castiga esta modalidad delictiva son prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.

B. Tipo imprudente

El art. 317 sanciona con la pena inferior en grado a la prevista para el art. 316 cuando el delito a que éste se refiere se cometa por imprudencia grave.

El único criterio diferencial es, como se ha apuntado reiteradamente, el elemento subjetivo. En consecuencia, nos remitimos en todo a lo indicado en el epígrafe anterior, para completar éste, que es, por su estructura, el que será de mayor aplicación real.

Señalar, no obstante, que en este supuesto no sólo el peligro ha de ser grave sino también la propia imprudencia, como el propio tipo señala.

BIBLIOGRAFÍA

- AAVV. *Protección penal de los derechos de los trabajadores. Seguridad en el trabajo, tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina*. Dir. Mir Puig-Corcoy Bidasolo, Madrid-Buenos Aires-Montevideo, 2009. AAVV. *Delitos de defraudación a la Seguridad Social y delitos contra los derechos de los trabajadores*. Coord. Gómez Pavón. Barcelona, 2015. AGUADO LÓPEZ. *El delito contra la seguridad en el trabajo*. Valencia, 2002. ARROYO ZAPATERO, *Derecho Penal del trabajo*, Madrid, 1990. ARROYO ZAPATERO, “El fraude de subvenciones en la UE y en el CP”, en *Derecho Penal Económico. Manuales de formación continua*, CGPJ, Madrid, 2001. AYALA, “Observaciones críticas sobre el delito social”, *Comunicación presentada a las V Jornadas de Profesores de Derecho Penal*, Segovia, 1984. BAJO FERNANDEZ, “Delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo”, en *CPC*, 1978. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “Problemas actuales de los delitos de estafa, fraude de subvenciones, apropiación indebida y administración desleal”, en *Derecho Penal económico. Manuales de formación continua*, CGPJ, Madrid, 2001. BAYLOS-TERRADILLOS. *Derecho Penal del trabajo*, 2ª ed., Madrid, 1997. CARBONELL MATEU-GONZALEZ CUSSAC, en *Comentarios al CP de 1995*, Valencia, 1996. DURAN LOPEZ, “La nueva regulación de la huelga y del cierre patronal”, en *Revista de Política Social*, nº 115, 1977. FARALDO CABANA, *El delito contra la seguridad e higiene en el trabajo*, Valencia, 2013. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ-ELLACURÍA BERRIO-ITURRATE ANDÉCHAGA, JOVE JANE-MORALES PRATS, *La responsabilidad penal en los accidentes de trabajo*, Valencia, 1999. JOVE JANE-MORALES PRATS, “La protección penal del trabajo ante el debate legislativo”, en *Revista Técnico-Laboral*, 1980. HIGUERA GUIMERÁ, “La protección penal de los derechos de los trabajadores”, en *AP*, 1998. HORTAL IBARRA, Juan Carlos. “Artículo 311 bis”. En *Comentarios al Código Penal*. Dir. Corcoy Bidasolo-Mir Puig. Valencia, 2015. LASCURAIN SANCHEZ, *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Madrid, 1994. LAURENZO COPELLO (Coord.) y otros, *Inmigración y Derecho Penal*, Valencia, 2002. LEÓN VILLABA, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, Valencia, 2003. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos contra los derechos de los trabajadores. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Derecho Penal. P. E. 2ª ed., Valencia, 2008. MARTÍNEZ-BÚJAN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. PE. 5ª ed., Valencia, 2015. MAYORDOMO RODRIGO. *El delito de tráfico ilegal e inmigración clandestina*, Madrid, 2008. MIRA BENAVENT, “Las coacciones laborales”, en *Anales de la Universidad de Alicante*. Facultad de Derecho, 1983. MONTOYA MEGAR, *Derecho del trabajo*, 16ª ed.,

Madrid, 1995. MORILLAS CUEVA, “Los delitos laborales”, en *Documentación Jurídica*, 1983. MORILLAS CUEVA, “El Derecho a la huelga y sus límites penales”, en *Anuario de Estudios Sociales y Jurídicos*. Escuela Social de Granada. Vol X-XI. 1981-82. (Morillas II). MORILLAS CUEVA, *La responsabilidad penal en materia de seguridad y salud laboral*. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2004. NAVARRO CARDOSO, *Los delitos contra los Derechos de los trabajadores*, Valencia, 1998. OLAIZOLA NOGALES. *Delitos contra los derechos de los trabajadores (arts. 316 y 317 CP español) y su relación con los resultados lesivos*. En Dogmática penal del Derecho Penal Económico. Homenaje a Klaus Tiedemann. Vol I, 2011. ORTUBAY FUENTES, *Tutela penal de las condiciones de trabajo. Un estudio del art. 311 del CP*, Bilbao, 2000. PÉREZ ALONSO. *Tráfico de personas e inmigración clandestina*, Valencia, 2008. PÉREZ ARIAS. *Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad social y delitos contra los derechos de los trabajadores y de ciudadanos extranjeros*. En Estudios sobre el Código Penal Reformado. Dir. Morillas Cueva, Madrid, 2015. POMARES CINTAS, Esther. “La revisión de los delitos contra los derechos de los trabajadores según la reforma de 2015”. En *Comentario a la Reforma Penal de 2015*. Dir. Quintero Olivares, Valencia, 2015. QUINTERO OLIVARES, *Algunas consideraciones críticas sobre los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo*. *Revista Jurídica de Cataluña*, 1972. SÁINZ CANTERO, *En torno a los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo*, Murcia, 1972. SAINZ CANTERO, “Los delitos laborales cinco años después”, en *Estudios Penales I*, Santiago de Compostela, 1977. TERRADILLOS BASOCO, *Derecho Penal de la Empresa*, Valladolid, 1995. TERRADILLOS BASOCO, “Derecho Penal del trabajo”, en *Revista Penal*, 1998. TERRADILLOS BASOCO, “Migraciones ilegales”, en *Revista de Derecho social*, 1998. TERRADILLOS BASOCO, *Delitos contra los derechos de los trabajadores*. Cuadernos de Derecho Judicial, 1997. VICENTE MARTINEZ, “Delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo” en *Pj*, 1988. VICENTE MARTÍNEZ. *Delitos contra los derechos de los trabajadores*, Valencia, 2008. VICENTE MARTÍNEZ. *Delitos contra los derechos de los trabajadores*. En Comentarios. Valladolid, 2010. VILLACAMPA ESTIARTE/MORALES GARCÍA, *De los delitos contra los derechos de los trabajadores*. En Comentarios Quintero Olivares. Navarra 2011.

UNIDAD 3

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

Competencias

- Comprende las diferencias entre los diversos delitos contra la libertad e indemnidad sexual, para proceder correctamente a su tipificación y evitar injusticias en la praxis forense.

PRIMERA LECTURA

Muñoz Conde, F. (2018). La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso «La Manada». En Morales Prats, F., Tamarit Sumalla, J. y García Albero, R. (Coords.). Represión Penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares (pp. 941-959). Navarra, España. Thomson Reuters Aranzadi.

A raíz del deplorable suceso de violación sexual en grupo acaecido en Pamplona, conocido como el caso de “La Manada”, el autor reflexiona acerca de la eventual reforma de los delitos contra la libertad sexual que fue propuesta con ocasión de ese deleznable caso, así como evidencia la vinculación del juez a la ley (española), la cual ha sido objeto de constantes modificaciones.

Represión Penal y Estado de Derecho

Homenaje al Profesor
Gonzalo Quintero Olivares

FERMÍN MORALES PRATS
JOSEP M^a TAMARIT SUMALLA
RAMÓN GARCÍA ALBERO
(COORDINADORES)

INCLUYE LIBRO
ELECTRÓNICO
**THOMSON REUTERS
PROVIEW™**

THOMSON REUTERS

ARANZADI

FERMÍN MORALES PRATS

Catedrático de Derecho Penal. Universitat Autònoma de Barcelona

JOSEP M.^a TAMARIT SUMALLA

*Catedrático de Derecho Penal. Universitat de Lleida y
Universitat Oberta de Catalunya*

RAMON GARCIA ALBERO

Catedrático de Derecho Penal. Universitat de Lleida

REPRESIÓN PENAL Y ESTADO DE DERECHO

Homenaje al Profesor Gonzalo
Quintero Olivares

THOMSON REUTERS

ARANZADI

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

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2018 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Fermín Morales Prats, Josep M.^a Tamarit Sumalla y Ramón García Albero]

© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

Editorial Aranzadi, S.A.U.

Camino de Galar, 15

31190 Cizur Menor (Navarra)

ISBN: 978-84-1309-027-6

DL NA 2759-2018

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

La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso «La Manada»

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

Catedrático Emérito de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

A mi amigo y colega, Gonzalo Quintero Olivares

1. La vinculación del Juez a la Ley es algo que hoy nadie discute. En el moderno Estado de Derecho, el Juez, como cualquier otro ciudadano, está sometido al imperio de la ley y sólo en ella se encuentra el fundamento y el límite de su actividad¹. En Derecho penal, ello se deriva forzosamente del principio de legalidad de los delitos y las penas que recogen expresamente el art. 25, 1 de la Constitución y los primeros artículos (1 a 4) del Título Preliminar del Código penal de 1995. Este principio de legalidad penal es sobre todo un mandato dirigido al Juez, para que éste se abstenga de aplicar otra cosa que no sea la Ley, y no la sustituya por su personal criterio de Justicia. Dentro del esquema de la división de poderes que propuso Montesquieu, al Juez, al Poder judicial sólo le corresponde la tarea de aplicar la Ley, y si ésta no prevé un hecho como delito, el Juez tiene que abstenerse de iniciar cualquier procedimiento, por más que le repugne la impunidad o considere que el hecho debería ser objeto de sanción.

Del principio de legalidad de los delitos y las penas se deriva también la prohibición de la analogía en la aplicación de las leyes penales. Ciertamente, en la

1. Este principio viene confirmado por el art. 117, 1 de la Constitución, cuando dice «la Justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley». Sobre la legitimidad e independencia del poder judicial, véase QUINTERO OLIVARES, *La Justicia penal en España*, Pamplona 1998, p 187 ss.

fase judicial es difícil distinguir entre la interpretación de la ley, que se mueve dentro del sentido literal posible de los términos legales, y la analogía, que se salta ese sentido literal posible de la ley para aplicarla a casos similares a los previstos en la misma, pero que no entran dentro de sus previsiones². Al ejemplo clásico que siempre se cita, cuando los Tribunales de Justicia de muchos países incluyeron a principios del siglo XX en el delito de hurto la utilización ilícita de la energía eléctrica, entendiendo que ésta podía ser entendida como una «cosa mueble» y, por tanto su apoderamiento ilícito considerarse como delito de hurto, se han añadido posteriormente otros supuestos derivados del empleo de nuevas tecnologías, especialmente en Internet, para cometer delitos contra la intimidad o la propiedad con ataques (hackers, introducción de virus, etc.) que difícilmente se podían incluir en las definiciones tradicionales de los delitos ya existentes, sin una previsión legislativa expresa.

Parece, pues, claro, que la adaptación del Derecho penal a las nuevas tecnologías, y a la nueva realidad social, es una tarea que primordialmente corresponde al poder legislativo, que del mismo modo que puede crear nuevos tipos delictivos o modificar los ya existentes, puede considerar también que lo que actualmente se castiga como delito, no deba serlo, o al menos no en la misma forma y medida, en que lo hace la actual ley penal; y que, por ejemplo, ante nueva realidad social, y a veces movido también por el cambio político de, por ejemplo, un régimen dictatorial a un régimen democrático, como el que sucedió en España a partir de la muerte del Dictador Francisco Franco, decida modificar las leyes penales, incidiendo así en una jurisprudencia que hasta ese momento con una interpretación a veces excesivamente rigurosa de la literalidad de los anteriores preceptos penales venía castigando conductas que ya en la realidad social de aquel entonces no parecía que debían ser objeto de sanción penal.

2. Precisamente, esto es lo que ocurrió en las primeras reformas penales habidas en la Transición española a la democracia, cuando se abordó por parte del poder legislativo salido de las primeras elecciones democráticas de 1977, como tarea primordial de adaptación de la legislación penal a la realidad social de aquel momento, la reforma de los delitos que globalmente podemos calificar como delitos sexuales³. Así, por ejemplo, en los llamados «Pactos de

2. Sobre las diferencias entre interpretación y analogía y las dificultades existentes para delimitar una y otra forma de aplicación de la Ley penal, me remito a las interesantes consideraciones que hace al respecto Winfried HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal*, traducción de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Barcelona 1984, p. 332 ss; más recientemente, del mismo autor, *¿Por qué castigar?*, *Razones por las que merece la pena la pena*, traducción Manuel Cancio Meliá y Francisco Muñoz Conde, Valencia 2016, p. 119.

3. Sobre la evolución del Derecho penal español en esta y otras materias desde los inicios de la transición a la democracia hasta la última reforma del Código penal en el 2015,

la Moncloa», las partidos políticos más importantes acordaron derogar el llamado «estupro fraudulento» mediante engaño (que la jurisprudencia de entonces entendía como «falsa promesa de matrimonio») de la mujer menor de veintitrés años; o el «rapto» (sic) de una mujer menor de veintitrés años, con su anuencia, pero en contra de la voluntad de sus padres o guardadores. También se despenalizaron entonces la venta y difusión de medios anticonceptivos; y el delito de adulterio, que siempre era delito cuando lo cometía la mujer, pero que en el caso de que fuera el marido, se le llamaba amancebamiento y se requería para su castigo que éste tuviera manceba dentro del domicilio conyugal o notoriamente fuera del mismo.

Pero después de estas reformas de urgencia, acordadas incluso antes de que se aprobara la Constitución en 1978, no se produjeron reformas importantes en la configuración legal de los delitos sexuales; sólo en el Proyecto de 1980 y en la Propuesta de Anteproyecto de 1983 se avanzaron algunas propuestas alternativas que no llegaron a cuajar en ley. Fue en 1989, cuando se produjo una reforma importante de esta materia, modificando la rúbrica del entonces Título VIII, que hasta entonces venía denominándose tradicionalmente como «De los delitos contra la honestidad», pasando a denominarse «Delitos contra la libertad sexual», poniendo así de relieve que el bien jurídico protegido común a todos estos delitos no podía ser el vago y moralizante concepto de «honestidad», sino la libertad de una persona para decidir su comportamiento en el ámbito de las relaciones sexuales. Con ello se dejaba sin base legal la interpretación que hasta entonces venía haciendo la jurisprudencia con el aplauso de un sector de la doctrina, de que la prostituta no podía ser sujeto pasivo de una violación, porque no era una persona «honesta»; y lo mismo decía respecto a la violación de la mujer casada por parte del marido, porque se entendía que en el ámbito matrimonial una relación sexual incluso forzada no podía ser considerada «deshonesta», sino todo lo más constituir un delito de coacciones o amenazas, castigado con una pena sensiblemente menos grave.

se pueden consultar las diversas ediciones de Manuales, Tratados o Comentarios, especialmente en el ámbito de la Parte especial del Derecho penal, y la copiosa bibliografía y jurisprudencia surgidas durante estos años. Una exposición general de estas reformas y de la jurisprudencia y la doctrina por ellas originadas, se puede seguir a través de las diversas ediciones de mi Derecho penal, Parte especial, que apareció por primera vez en 1975, en los últimos estertores de la dictadura franquista, y que luego fue siendo revisada y actualizada al hilo de las primeras reformas de la transición democrática, de las habidas hasta la entrada en vigor del Código penal de 1995 y de las posteriores reformas introducidas en éste hasta la última del 2015; véase MUÑOZ CONDE, Derecho penal, Parte Especial, desde la 1.^a/2.^a, 1975/76, hasta las 6.^a ed., publicada en el Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla; y desde la 7.^a hasta la 21.^a ed., en editorial Tirant Lo Blanch, Valencia 2017).

No obstante, con ser ello un avance importante, la nueva rúbrica que se le dio al Título VIII del anterior Código penal, fue también objeto de críticas porque no podía incluirse en ella, o sólo de una forma indirecta, los delitos sexuales en los que el sujeto pasivo fuera un menor o un discapacitado, porque en estos casos más que una libertad temporal o definitivamente inexistente, se trataba de proteger la indemnidad de los mismos, es decir, el derecho a no ser involucrado por una persona adulta en un acto de carácter sexual, cuya trascendencia bien por falta de madurez o por algún defecto psíquico no pudiera entender. Esto motivó que en una ulterior reforma se incluyera en la rúbrica del Título VIII la referencia a la «indemnidad sexual» como el otro bien jurídico objeto de protección en los casos de que el sujeto pasivo fuera un menor o una persona discapacitada, cuya protección penal se lleva a cabo a través de una serie de tipos delictivos con unas particularidades propias de las que no puedo ocuparme en este momento⁴.

Otra importante novedad de la reforma de 1989 fue la ampliación de la acción típica del delito de violación al «acceso carnal» por vía anal o bucal, además de la forma tradicional del acceso por vía vaginal, siempre eso sí que se lleve a cabo con «violencia o intimidación», que era y sigue siendo aún la característica principal del delito más grave contra la libertad sexual, la agresión sexual, del que la violación es sólo un tipo cualificado. Con ello se ampliaba obviamente el círculo de sujetos pasivos de este delito, incluyendo también en el mismo al hombre y, por tanto, las relaciones homosexuales conseguidas mediante violencia o intimidación, que hasta entonces sólo se consideraban como «abusos deshonestos».

En la acción típica de esta modalidad agravada de agresión sexual se incluyó también en esta reforma la introducción de objetos por vía vaginal o anal.

4. No entro ahora en la problemática que plantean los delitos relacionados con la indemnidad de menores e incapaces, como, por ejemplo, las dificultades que pueden darse en la imputación a título de dolo del conocimiento de la edad del menor, cuando ni siquiera se ha entrado en contacto físico con él; o, en el caso del delito de «captación», que la captación se realice con un menor a punto de cumplir los dieciocho años, pero para que realice los actos de exhibicionismo o pornografía cuando haya cumplido ya los dieciocho. Sobre los problemas y dificultades interpretativas que plantean las nuevas tipicidades introducidas en esta materia en el Código penal español por las reformas del 2010 y 2015, véase MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte especial cit.*, 21.^a ed., p. 215 s., 231 ss. Un caso particular de combinación entre la protección penal de la indemnidad del menor y su libertad sexual, se puede dar con la conversión en delito de una relación sexual con menor de dieciséis años, sin ulterior exigencia de que haya agresión o abuso, aunque para evitar criminalizar relaciones sexuales automáticamente entre jóvenes, se añade en el art. 183, que «el consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor de edad y grado de desarrollo y madurez» (véase MUÑOZ CONDE, *Parte especial cit.*, p. 211)

Y es en este punto donde se produjo una cuestionable interpretación jurisprudencial que motivó que en el 2003 se incluyera también la introducción en estas vías de «miembros corporales», ya que el TS en una interpretación excesivamente literal del concepto de «objeto» había excluido expresamente del tipo cualificado de la agresión sexual la introducción de «miembros corporales» y concretamente de los «dedos». Esta cualificación por acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o por introducción de objetos o miembros corporales por las dos primeras vías, se prevé también, sin emplear el término de violación, en el delito de abusos sexuales, que igualmente es un delito contra la libertad sexual, sin consentimiento del sujeto pasivo, pero en el que no se emplea violencia ni intimidación.

3. Pero es precisamente en la diferenciación entre agresión y abuso sexual, donde se han producido las primeras discrepancias respecto a la regulación legal actualmente vigente de los delitos contra la libertad sexual, sobre todo a raíz de una sentencia de la Audiencia Provincial de Pamplona de 20 de marzo del 2018, en la que, con el voto en contra de uno de los magistrados integrantes del Tribunal que se pronunció a favor de la absolución, se condenó por abuso sexual por prevalimiento a penas de nueve años de prisión, cinco de libertad vigilada e indemnizaciones a la víctima, a cinco varones acusados de haber mantenido en el portal de una casa múltiples relaciones sexuales con penetración por vía vaginal, anal y bucal de una joven, que se limitó a adoptar una posición pasiva, sin resistirse expresamente a tales actos. De tal hecho que duró unos veinte minutos quedó constancia en una grabación de apenas unos minutos que grabó con su teléfono móvil uno de los acusados; además uno de ellos, después de consumada la relación, se apoderó del teléfono móvil de la joven al que quitó el *chip*, tirándolo luego a la basura.

Esta condena por abuso sexual por prevalimiento y no por violación, que hubiera supuesto unos años más de prisión para los acusados, motivó fuertes protestas en amplios sectores de la sociedad, principalmente en los movimientos feministas, que consideraron que en este caso había habido una verdadera agresión sexual con acceso carnal, que es lo que expresamente se denomina en el Código penal como delito de violación, y no un abuso sexual por prevalimiento de una relación de superioridad, cuyo tipo cualificado por acceso carnal no se denomina como violación y que además tiene menor pena que el mismo hecho cuando se realiza a través de una agresión sexual.

De las críticas y protestas que motivó esta sentencia, surgieron también desde esos mismos sectores, pero también entre algunos juristas y destacados dirigentes de partidos políticos, propuestas de reforma de la regulación legal de estos delitos, considerando que había que hacer tabla rasa de la distinción entre agresión sexual con intimidación y abuso sexual por prevalimiento, estimando que no debería haber ninguna diferencia entre una y otra, valorando

por igual como violación cualquier acceso carnal en el que no mediare un consentimiento expreso de la mujer (se supone que también del hombre, caso de que fuera un hombre sujeto pasivo de estos delitos).

Ciertamente, hay casos límites entre una y otra figura delictiva que pueden provocar dudas en los Tribunales a la hora de determinar cuál de las dos figuras delictivas debe aplicarse en un caso concreto. Los Tribunales de Justicia se enfrentan frecuentemente con casos en los que la relación sexual se consigue a través del dominio o de la superioridad de una persona sobre otra, en el ámbito de una relación familiar, docente o laboral. Cuando una relación sexual entre dos personas adultas se ha realizado porque uno de los protagonistas de la misma ha ejercido un chantaje emocional, o prometido una mejor calificación en la nota de un examen, un aumento de sueldo, una mejora en las condiciones salariales, o cualquier otro tipo de beneficio, no cabe duda de que el consentimiento que preste la otra parte es un consentimiento viciado y hasta cierto punto se puede decir que la relación sexual así conseguida es un delito de abuso sexual por prevalimiento, pero ¿puede decirse que alcanza el mismo nivel intimidatorio que se da cuando el acceso carnal se consigue a través de una amenaza de muerte, poniéndole a la víctima una navaja en el cuello, o golpeándola con la amenaza de proseguir con los golpes cada vez más fuertes y violentos hasta que acceda a la relación que se le pide? Es evidente que en este segundo caso la violencia o la amenaza de violencia incluso letal tiene un nivel de mucha mayor gravedad y una superior capacidad para forzar la voluntad de la persona amenazada que la ejercida en los anteriores supuestos. ¿Pueden y deben ambas formas de coerción de la voluntad incluirse bajo el mismo nombre de violación y ser castigados con la misma pena? La interpretación restrictiva que no hace mucho tiempo hacía algún autor del concepto de intimidación, de que a los efectos del delito de violación, sólo podían incluirse en él, los casos en los que el sujeto activo amenazaba con matar o producir lesiones graves a la persona con la que pretendía conseguir una relación sexual, sin tener para nada en cuenta las condiciones personales del sujeto pasivo (en aquella época sólo la mujer), o el contexto social o familiar en el que se encuentra, sería hoy en día realmente inadmisibles y motivarían protestas y críticas aún más fuertes que las que ha suscitado la sentencia del caso «La Manada». Con una interpretación de esta clase del concepto de intimidación, se dejarían fuera de la agresión sexual y del tipo cualificado de violación, situaciones como aquellas en las que para conseguir una relación sexual, un policía o funcionario amenaza a una emigrante ilegal con denunciarla y expulsarla del territorio nacional; un empresario amenaza a una persona en apurada situación económica, desempleada y con una pesada carga familiar con no renovar el precario contrato de trabajo temporal; o un profesor amenaza a un estudiante con no darle la calificación académica que le permitiría obtener una beca para continuar sus estudios.

Los supuestos en los que la relación sexual se consigue mediante empleo de violencia, entendiendo como tal la *vis absoluta*, es decir, la irresistible, no son los más frecuentes, y obviamente no plantean ninguna duda respecto a que puedan ser considerados como agresión sexual. Lo más frecuente, sin embargo, es que se emplee una violencia intimidatoria, es decir, que se emplee una violencia inicial de escasa entidad (por ej., una bofetada), con la amenaza de a mayor resistencia que oponga la víctima, mayor será la violencia física que empleará el delincuente. Es evidente que en estos casos, aunque la violencia no llegue a desplegarse con toda su intensidad, la amenaza en sí de una mayor violencia es más que suficiente para ser considerada de la misma gravedad y magnitud que la violencia irresistible misma. No es necesario, por tanto, una resistencia continuada, incluso heroica, del sujeto pasivo, que puede, apenas comiencen los primeros actos de violencia, aceptar la relación sexual que se le pide, entre cosas, para evitar males mayores a su integridad física o incluso su propia muerte. Desde luego, la amenaza ha de tener una cierta gravedad y guardar una relación de adecuación con la relación sexual que se pide. Casos como el del productor de cine que amenaza a una joven actriz con no darle el papel de protagonista en la película, o el del detective privado que amenaza con revelar al cónyuge o compañero/a sentimental unas relaciones amorosas extramatrimoniales; o el del médico de la Seguridad social que condiciona dar la baja laboral a cambio de tener con él o la paciente una relación sexual, pueden tener la suficiente gravedad como para que la persona así amenazada pueda acceder a tener una relación sexual y esta ser calificada como agresión sexual y no como un simple abuso. Ciertamente, la gravedad del mal con que se amenaza debe valorarse también de forma objetiva, pero eso no significa que puedan dejarse a un lado las circunstancias personales o familiares en la que se encuentra la víctima de la intimidación. No se trata, por tanto, de que sea el sujeto pasivo quien determine con su personal sentimiento valorativo, cuando la intimidación puede tener el nivel suficiente de gravedad como para llegar a constituir el medio de realización de una agresión sexual o, en su caso, de una violación, sino de que el Tribunal tenga en cuenta las circunstancias personales en las que se encuentra la víctima en ese momento, que precisamente han sido utilizadas por el agresor para conseguir su propósito⁵.

Tampoco hace falta para que pueda haber un delito de agresión sexual o, en su caso, de violación, que la amenaza o intimidación sea explícita. La intimidación puede darse igualmente en las relaciones familiares, docentes o laborales, en las que implícitamente una persona adopta una posición de superioridad psicológica, afectiva, económica o de cualquier otra clase, en la que no hace falta que se amenace explícitamente para conseguir que la persona

5. Opinión que vengo manteniendo desde las primeras ediciones de mi Parte especial hasta el momento presente, véase MUÑOZ CONDE, Parte especial cit., 21.ª ed., p. 197.

sometida a esa relación de superioridad acceda a una relación sexual. Una intimidación implícita en esta clase de relaciones puede ser suficiente para ser considerada como medio de una agresión sexual y no de un simple abuso; pero igualmente puede darse una intimidación de este tipo en el caso de sean varios los agresores y la persona con la que mantienen una relación sexual, en una situación de absoluta indefensión, considere preferible, para evitar males mayores, someterse pasivamente a la relación sexual a la que la someten.

No obstante, habrá que admitir que hay siempre situaciones dudosas en las que el nivel de la intimidación pueda considerarse que no alcanza la gravedad que requiere el delito de agresión sexual, aunque sí el de un abuso sexual por prevalimiento que es el escalón inmediatamente inferior, y por tanto la calificación penal alternativa en caso de que el Tribunal no considere que haya agresión sexual. El delito de abuso sexual tipificado en el art. 181, 1, requiere simplemente que no medie consentimiento; y en el apartado 2 considera también como abuso sexual no consentido el ejecutado sobre persona que se halle privada de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto; y en el apartado 3 se aplica la misma pena cuando el consentimiento se obtenga prevaleándose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la voluntad de la víctima. Un tipo específico de abuso sexual es el contenido en el art. 182 que castiga al que realice actos de carácter sexual con persona mayor de dieciséis años y menos de dieciocho «interviniendo engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima» En todos estos supuestos las penas respectivas se agravan cuando haya acceso carnal o introducción de miembros corporales u objetos, y se imponen en su mitad superior cuando se den las circunstancias 3.^a (víctima especialmente vulnerable) o 4.^a (prevalimiento) previstas en el apartado 1 del art. 180 (cfr. apartados 3 y 4 del art. 181), pudiéndose llegar, en los supuestos previstos en el art. 181 a una pena de cuatro a diez años, que en su mitad superior puede llegar a la pena de prisión de nueve años, que junto con la medida de libertad vigilada y la correspondiente indemnización a la víctima, es la que se impuso a los acusados en el caso de «La Manada».

Dejando ahora al margen el abuso sexual de una persona mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, que inexplicablemente en el art. 182 tiene una pena menor que los abusos sexuales tipificados en el art. 181, y el supuesto del apartado 2 del art. 181, en el que, aún si mediar violencia o intimidación, el empleo de fármacos, drogas o de una sustancia natural o química para anular a la voluntad de la víctima es más parecido a una agresión que a un abuso, el supuesto más problemático para su calificación suele ser el previsto en el apartado 3. Los Tribunales de Justicia se enfrentan frecuentemente con el

problema de distinguir en este caso entre abuso (por prevalimiento) y agresión sexual intimidatoria, y aunque la jurisprudencia del TS ha intentado dar unas pautas interpretativas unificadoras para vincular las decisiones de los tribunales inferiores, es difícil sacar de ellas criterios claros y contundentes para saber en el caso concreto cuando estamos ante uno u otro delito, sin tener en cuenta las particularidades y circunstancias de todo tipo que pueden concurrir en el caso que se haya de juzgar.

¿Quiere esto decir que debemos prescindir de este «derecho judicial» para ir directamente a una reforma legal, en la que sea el poder legislativo el que resuelva este problema, eliminando la diferencia entre agresión y abuso sexual, o, lo que es lo mismo, entre la violencia o intimidación y cualquier otro tipo de constreñimiento de la voluntad de una mujer (o de un hombre), siguiendo así el criterio de los movimientos feministas más radicales que solicitan que se valore por igual y con el mismo rasero penal cualquier acto sexual en el que no medie el consentimiento expreso de la mujer, llevando el famoso slogan del «no means no» («no significa no») a un «just yes means yes» («sólo sí significa si») hasta el punto de considerar violación todo acto sexual, por lo menos en su forma más relevante de acceso carnal, en el que no medie el consentimiento expreso?

Desde luego, no cabe duda de que en la sentencia del caso «La Manada», en la que incluso uno de los Magistrados integrantes del Tribunal sentenciador, sólo vio en las múltiples penetraciones de una mujer joven que apenas había cumplido dieciocho años, llevadas a cabo por un grupo de cinco hombres jóvenes en el estrecho espacio de un portal, un acto placentero del que gozaron por igual los cinco varones y la joven con la que mantuvieron las relaciones, las reacciones de protesta suscitadas estaban más que justificadas sobre todo en el colectivo de mujeres que se vieron, en la imagen que de la víctima ofrecía dicho voto particular, como un mero objeto de placer para satisfacer el apetito sexual de los hombres, igual que si fueran un muñeca inflable o un animal. La «intimidación implícita» grave, de humillación y desprecio en la que debió encontrarse la joven así agredida en el caso de «La Manada», a la que tras haber consumado el hecho, dejaron semidesnuda abandonada tras haberle sustraído el teléfono móvil, alcanza sin duda el nivel de una agresión sexual, y, por tanto, las diversas penetraciones habidas el del tipo cualificado de violación.

Pero lo que no parece tan lógico es que en estas protestas se haya entendido que la insatisfactoria sentencia del caso «La Manada» se debe a las insuficiencias o defectos de la regulación penal de estos delitos, olvidando que, cualesquiera que sean los defectos que tenga la actual regulación, aquí no se trataba de un problema de interpretación de la ley, sino de la determinación y prueba de los hechos a los que la ley debe aplicarse, y de la subsunción de los

mismos en el tipo penal correspondiente. Con ello se han confundido, a mi juicio, dos cuestiones que están entrelazadas y estrechamente vinculadas entre sí, pero que son completamente diferentes y responden a técnicas interpretativas diferentes: la vinculación del Juez a la ley, por un lado, y la vinculación del Juez a los hechos, por otro.

Respecto a la primera cuestión, la interpretación del texto escrito en la ley, es una tarea puramente jurídica, para la que los Tribunales utilizan los métodos de interpretación conocidos y habituales en la doctrina penal desde hace siglos. En esta tarea no parece que el Tribunal sentenciador del caso «La Manada» haya tenido especiales dificultades. Los Magistrados que integraron este Tribunal son profesionales del Derecho, con una larga experiencia en el ámbito de la jurisdicción penal, conocen bien la ley y las posibilidades de interpretación que ofrece la misma de acuerdo con la jurisprudencia marcada por el Tribunal Supremo y los parámetros doctrinales más utilizados en la bibliografía jurídico penal. En este tipo de casos el problema más importante con el que se enfrentan los Tribunales de Justicia es de otra índole; nada tiene que ver, o no directamente, con la interpretación de la ley, sino con la constatación probatoria de los hechos a los que luego hay que aplicar la ley. Y éste es según creo el problema fundamental que claramente generó una fuerte discrepancia primero entre los Magistrados, y luego las protestas en la opinión pública. Y es de esta segunda cuestión de la que paso a ocuparme seguidamente.

4. La vinculación del Juez a la ley y a los parámetros de interpretación de la misma, con ser tan importante, no garantiza en sí misma, desde luego, la Justicia de sus decisiones. El Juez, al mismo tiempo que a la Ley, está vinculado quizás todavía más que a la Ley, a la realidad implacable de los hechos a los que dicha Ley tiene que ser aplicada. Como dice HASSEMER⁶, «¿de qué sirve la vinculación a la ley, si el Juez puede escoger “libremente” los hechos, a los que luego, eso sí, aplica la ley con estricto cumplimiento de las reglas?». Esta vinculación del Juez a los hechos no ha sido, sin embargo, nunca tan estricta, ni tan profundamente estudiada por los teóricos del Derecho como la vinculación del Juez a la Ley, quizás por su propia obviedad, quizás también por la dificultad que hay para abstraerla teóricamente del caso concreto de la realidad que tiene que ser enjuiciado. En este ámbito la tarea del Tribunal sentenciador no es ya la comprensión del texto legal, sino lo que HASSEMER llama la «comprensión escénica»⁷, una comprensión basada en la participación directa de los implicados (acusados y víctima, y la de sus respectivos representantes legales, Ministerio fiscal incluido), y en la valoración de las pruebas practicadas directamente en su presencia (video, declaración de peritos o de otras

6. Fundamentos del Derecho penal cit. p. 142.

7. HASSEMER, ob. cit., p. 217 ss.

personas que asistieron a la víctima en el lugar de los hechos) y cualquier otro elemento adicional, admisible en derecho, que pueda llevarles a comprender y establecer lo que realmente ocurrió allí y darle una respuesta jurídica.

Parece evidente que en el caso de «La Manada» hubo un fallo en la «comprensión escénica» de lo ocurrido en el juicio que quedó claramente puesta de manifiesto en el voto particular que emitió uno de los Magistrados, considerando en contra del criterio de sus dos compañeros que en el hecho enjuiciado no había más que un acto de placer plenamente consentido también por la joven.

¿Qué puede hacer el legislador para corregir esa defectuosa comprensión escénica?

En primer lugar, esperar que la repetición del juicio dentro de los estrechos márgenes que permite el recurso de apelación, permita que otro Tribunal superior distinto al que pronunció la primera sentencia, corrija la deficiente comprensión escénica que hubo en el primer juicio. Si algún sentido tiene el recurso de apelación, y en esto se diferencia del recurso de casación ante el Tribunal Supremo, es precisamente que permite la revisión de los hechos que se dieron por probados en la primera sentencia y hacer una distinta valoración de los mismos⁸. Es verdad que en la praxis el recurso de apelación se ha desnaturalizado hasta el punto de que muchas veces sólo consiste en la revisión de las actas del primer juicio (ahora también del video que recoge la vista oral de ese juicio), y de los respectivos escritos presentados por los representantes de la acusación y defensa. La STC 167/2002, de 18 de septiembre, estableció, sin embargo, que el recurso de apelación tiene que dar lugar a un nuevo juicio, en el que por lo menos las pruebas personales, las declaraciones de los sujetos implicados, acusados y víctima, sean de nuevo realizadas ante el Tribunal de apelación, para que éste pueda tener una verdadera «comprensión escénica» y no un mero remedo de la que hizo el Tribunal en la primera instancia⁹. Y aunque, por diversas razones que ahora no vienen al caso, la re-

8. Sobre los límites que tiene el recurso de apelación como forma de revisión de los hechos probados y de su valoración en la sentencia apelada, véase MUÑOZ CONDE, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Lección magistral pronunciada en la Inauguración del curso 1998/99 en la Universidad Pablo de Olavide, publicada como artículo en *Revista de Derecho y Proceso Penal* n.º 1, 1999; y luego como monografía independiente en la editorial Hammurabi de Buenos Aires, Argentina, 3.ª ed. 2007, p. 58 y ss. Específicamente sobre la valoración de la prueba testifical en el recurso de apelación, MUÑOZ CONDE, *La valoración de la prueba testifical en el recurso de apelación*, en *Homenaje a Enrique Ruiz Vadillo*, Madrid 1999.

9. Sobre el alcance y las repercusiones que ha tenido esta sentencia en la posterior praxis del recurso de apelación, véase ALCÁCER GUIRAO, *El derecho a una segunda instancia con todas las garantías*, Valencia 2013, p. 21 ss. Téngase en cuenta, que antes de la reforma del 2015, frente a las sentencias de las Audiencias provinciales en los delitos

ferida STC no parece que haya modificado esencialmente la praxis posterior, es de esperar que en este caso, dada la gravedad y la trascendencia social que tienen los hechos, se vuelvan a reproducir en el juicio de apelación las pruebas fundamentales de carácter personal de los protagonistas del caso, la visión del video en el que parcialmente se grabaron algunas escenas de lo ocurrido, las declaraciones de los testigos que atendieron a la víctima, la de los policías que escucharon las primeras declaraciones de los acusados cuando fueron detenidos, etc., etc.

Es evidente que también para el Tribunal de apelación rige el principio de la «libre valoración de la prueba» que establece el art. 741 de la LECrim, que mientras no vaya en contra las reglas de la lógica, es la verdadera garantía de la independencia del poder judicial. Pero en esta etapa de «decisión del caso»¹⁰ nada puede hacer el legislador para modificar el resultado final de esa decisión, aunque como consecuencia de la presión social originada por el caso «La Manada», modifique la regulación penal de los delitos contra la libertad sexual, que obviamente salvo que fuera en beneficio de los acusados (lo que no parece probable en este tipo de casos) no puede ser aplicado retroactivamente a un caso realizado antes de que se haya producido antes de la reforma.

Esta verdad elemental derivada del principio de legalidad y del división de poderes que sirve de base a la independencia del poder judicial, que constituye el fundamento del Estado de Derecho, parece haber sido olvidada por los movimientos sociales de protesta ocasionados por la sentencia del caso «La Manada» y por algunos líderes políticos, que inmediatamente propusieron reformas legales, en las que, entre otras novedades, se eliminara cualquier diferencia entre agresión y abuso sexual. Ciertamente, reformar el Código penal no cuesta dinero, y, por lo menos a corto plazo, puede dar algún rédito electoral. Así que adelante con la reforma del Código penal! Pero lo más grave es que con esa reforma se pretende también imponer a los Tribunales de Justicia una especie de «prueba tasada», o una serie de «presunciones de culpabilidad», que determinen automáticamente la calificación de agresión sexual, cuando en los hechos concurren determinadas circunstancias objetivas y subjetivas, o no exista un consentimiento expreso de la víctima a la realización del acto sexual. De este modo, se ahorrarían, sin duda, ulteriores matizaciones para distinguir

graves, no cabía otro recurso que el de casación ante el Tribunal Supremo que, como repetidamente fue denunciado, no cumplía con el derecho fundamental a la doble instancia que es privativo del recurso de apelación (sobre la posibilidad de que el recurso de casación pudiera hacer las veces de un recurso de apelación, véase PÉREZ MANZANO, *El recurso de casación penal y el derecho del condenado a someter a revisión su condena*, en *Homenaje a González-Cuéllar*, Madrid 2006, p. 1122 ss).

10. Sobre la distinción entre «producción» y «decisión» del caso, véase HASSEMER, *Fundamentos cit.*, p. 221 ss.

entre violencia, intimidación o abuso de prevalimiento; bastaría sólo con que se probara que la víctima no dio un consentimiento expreso, aunque de su comportamiento no pudiera deducirse que se opuso a la relación sexual, pero ¿se conseguiría así una solución más satisfactoria y justa de este tipo de casos?

Lo que FLETCHER llama la «metafísica del consentimiento»¹¹ en las relaciones sexuales entre adultos es el resultado de un proceso de comunicación entre los protagonistas de la relación, a veces no explicitada verbalmente, que secuencialmente recorre una serie de fases que van desde los besos, abrazos, tocamientos en zonas erógenas y genitales, penetraciones por diversas vías, con o sin preservativo, en distintas posturas y posiciones, admitidas en toda su plenitud, o restringiéndolas sólo a algunas de ellas. En el transcurso de las mismas como en todo proceso de comunicación se pueden producir alteraciones, malos entendidos o sobre entendidos, y lo que inicialmente pudo ser consentido dejar de serlo en un momento posterior. Una persona puede consentir en ser besada, ser tocada, masturbar o ser masturbada, ser penetrada o no, por una determinada vía, o sólo con preservativo, o sólo una vez; o negarse a hacerlo con varias personas, o a participar en escenas verdaderamente chocantes, como la «lluvia dorada» o la «severa disciplina inglesa»; o a que la relación sexual en la que participa voluntariamente sea filmada, violando así su intimidad, que junto con la libertad sexual, e incluso independientemente de ella, también debe ser objeto de una protección penal. La casuística en esta materia es abundante y puede encontrarse en cualquier manual de sexología o en cualquier película pornográfica; pero mientras actos como los aquí descritos u otros similares se realicen voluntariamente entre personas adultas y con pleno conocimiento del alcance y el significado de lo que realizan, carecen de relevancia penal. Sólo cuando esto no es así, y, bien desde un principio o en un momento determinado de una relación consentida inicialmente, una de las partes no quiera continuar o no quiera, por las razones que sean, participar en un determinado tipo de acto sexual, la insistencia de la otra parte en continuar puede convertirse en un delito contra la libertad sexual que, según el grado de forzamiento de la voluntad de la persona que se opone, puede llegar a alcanzar el nivel de una agresión sexual, de un abuso sexual, con o sin prevalimiento, o quedarse en un simple conflicto verbal que puede solucionarse con la suspensión inmediata de la relación, sin que el asunto llegue siquiera al ámbito de la Justicia penal¹².

11. G.P. FLETCHER, *Las víctimas ante el jurado*, traducción de Juanjo Medina Ariza y Antonio Muñoz Aunión, Valencia 1996, p. 169.

12. Una perspectiva interesante desde el punto de vista del supuesto agresor o abusador es la creencia errónea en que la otra persona tácitamente consiente en la relación sexual. Esta posibilidad que puede darse en casos de embriaguez, situaciones de privación temporal de sentido, por sueño, ingestión de drogas, etc., que en el art. 181, 2 del Cp se considera, de un modo excesivamente generalizador, como un mero abuso

Pero cuando el conflicto llega al ámbito de un Tribunal de Justicia, normalmente mediante denuncia de la persona que estima que se ha violado su libertad sexual, corresponde a éste determinar los hechos valorando las pruebas pertinentes, entre las que muchas veces sólo hay la versión de una parte, la denunciante, contra la versión de la otra parte, el denunciado o los denunciados en el caso de que sean varios, que a veces puede ir acompañadas de otras pruebas objetivas como lesiones corporales, pero que no siempre tienen que estar presentes para demostrar la resistencia que pudo ofrecer la víctima. Ya hace tiempo que se ha superado la jurisprudencia que exigía poco menos que la mujer mostrara en su cuerpo señales evidentes de que había sido objeto de violencia como prueba de que se había opuesto con todas sus fuerzas a la relación sexual. La amenaza incluso la más grave, la de muerte, no deja huellas físicas en el cuerpo de la persona amenazada y puede ser, sin embargo, más que suficiente para obligar a una persona acceder a una relación sexual, o a entregar la cartera en el caso de un robo. La valoración de todas estas circunstancias, relaciones previas, concomitantes o posteriores a la relación sexual deben ser valoradas por el Tribunal de acuerdo con las reglas de la lógica y, en el caso de que la víctima sea una mujer, teniendo en cuenta la «perspectiva de género» entendida, no como un prejuicio ideológico feminista, sino como una diferente sensibilidad femenina, presumiendo que, en tanto no existan circunstancias evidentes que contradigan su declaración, la credibilidad de una persona que afirma que ha sido violada o forzada a tener una relación sexual es tanto mayor cuando mayores sean los factores que hagan pensar que no tenía ningún interés o motivo en hacer una imputación falsa. No se trata de aplicar una especie de principio no escrito «*in dubio pro muliere*», sino de

sexual, y no como agresión, es más difícilmente imaginable en los casos en los que se emplea algún tipo de coerción para doblegar la oposición de la otra parte. En la jurisprudencia del Common Law se suelen citar dos interesantes sentencias respecto el error sobre el consentimiento de la víctima de un delito contra la libertad sexual. En el caso *Regina vs. Morgan*, 1975, la Cámara de los Lores inglesa absolvió a unos marineros que mantuvieron relaciones con la esposa de un compañero, a pesar de la oposición de ésta, creyendo lo que les había dicho su marido de que era una oposición meramente ficticia y que a ella le gustaba mucho tener relaciones con varios hombres a la vez, considerando que actuaron en la creencia irracional de que ella consentía en esa relación. Años más tarde, el Tribunal del Estado de Indiana (USA), condenó por violación al campeón de boxeo Mike Tyson que fue acusado por una mujer que, tras algunos escarceos amorosos, había accedido a subir con él a la habitación del hotel. Allí, según su versión, fue obligada por el famoso boxeador a tener una relación sexual completa sin su consentimiento. La alegación de Tyson de que desde el momento que ella había accedido a subir a la habitación con él, creyó razonablemente que igualmente había consentido en tener también una relación sexual, fue rechazada por el Tribunal. Este caso fue el que motivó grandes manifestaciones de protestas de los colectivos feministas ante el Tribunal portando el famoso slogan «*No means no*» (un comentario comparado de ambos casos en FLETCHER, *Las víctimas* cit.p. 176 ss.).

asumir que si la única prueba de que una mujer ha sido violada es su declaración y que en ella consta fehacientemente que no consintió en la totalidad de la relación, o en una parte de la misma, el empleo de cualquier medio que la forzara a aceptarla, es un ataque a su libertad sexual, teniendo el Tribunal sólo que decidir si el nivel de la coerción empleada para vencer su oposición alcanzaba el nivel de una violación o de un abuso sexual, con o sin prevalimiento¹³.

5. Las dificultades con las que a veces se encuentran los Tribunales para diferenciar entre una u otra clase de ataque, o incluso entre lo que puede ser un delito contra la libertad sexual o un hecho sin relevancia penal, no debe llevar, sin embargo, a introducir una nueva regulación legal en la que se haga tabla rasa con una distinción que también está presente en otros delitos en los que, junto con la lesión de un bien jurídico como la propiedad, se viola igualmente la libertad del sujeto pasivo. Así, por ej., dentro de los delitos contra la propiedad sigue siendo fundamental la distinción entre robo con violencia o intimidación sobre las personas y el hurto, o entre los delitos de apoderamiento y los delitos defraudatorios («*Duobus modus fit iniuria*», decía ya Cicerón hace dos mil años). En el hurto hay una modalidad agravada cuando se realiza «abusando de las circunstancias personales o de la situación de desamparo de la víctima» (art. 235, 6.^a Cp), que puede ser un menor, una anciana o una persona discapacitada; pero el apoderamiento de una cosa mueble en esta situación sigue siendo un hurto y no un robo en la medida en que para el apoderamiento no se haya empleado violencia o intimidación contra la víctima. Respecto a la intensidad de la violencia en el delito de robo para conseguir el apoderamiento de una cosa mueble ajena, se discute si el llamado «tirón», arrancando sorpresivamente el bolso que la víctima lleva en bandolera, debe ser calificado como robo o como hurto, una calificación que el legislador no puede hacer *a priori* en la definición legal de estos delitos, sino que corresponde al Juez o

13. Sólo en los delitos relativos a la prostitución de mayores de edad, el art. 187, 1 Cp., incluye en el mismo tipo penal determinar a una persona a ejercer o mantenerse en la prostitución empleando «violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o necesidad o vulnerabilidad de la víctima», lo que naturalmente no excluye que, como dispone el apartado 3 del mismo artículo, las penas señaladas en este artículo «se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las agresiones o abusos cometidos sobre la persona prostituida», que conservan naturalmente su respectiva autonomía típica. No obstante, en el ámbito de los delitos relativos a la prostitución, se castiga también la explotación de la misma por terceras personas, «aún con consentimiento de la persona prostituida», lo que obviamente se debe a la desvaloración negativa que se hace de esta actividad y de la posibilidad que otras personas ajenas a la persona prostituida se puedan lucrar de la misma, dando lugar a otros delitos como la trata de seres humanos, que sólo indirectamente pueden dar lugar a un delito contra la libertad sexual. Sobre estos delitos y especialmente sobre el delito de proxenetismo, véase MUÑOZ CONDE, Parte especial cit., p. 226.

Tribunal a la hora de juzgar el hecho teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el mismo, si hubo o no violencia o intimidación, diferenciando, por ej., si en el apoderamiento del bolso hubo forcejeo con la víctima, o el sujeto cogió el bolso aprovechándose de un descuido de su propietaria sin tener que ejercer ningún tipo de violencia sobre la misma.

¿Quiere decir esto que sería mejor acabar con esta distinción e incluir todos los supuestos de apoderamiento de una cosa mueble ajena, que pueden ir desde el atraco a mano armada hasta el apoderamiento subrepticio de una cartera aprovechando el descuido de su propietario en la bulla del Metro, en un mismo tipo delictivo, con el mismo nombre jurídico, dejando luego al arbitrio del Juez o Tribunal la determinación de la pena concretamente aplicable dentro de un marco penal que tendría que ir desde una pena privativa de libertad de escasa duración o una multa hasta una pena de prisión de veinte o treinta años o incluso (robo con homicidio) de prisión permanente revisable? Desde luego, mirado desde el punto de vista de la víctima no puede decirse que hubo consentimiento en ningún de estos casos, pero seguro que no le es indiferente la forma en que se violó su voluntad al sustraérsele un objeto de su propiedad.

La inclusión de todos los ataques a la propiedad, incluyendo los realizados subrepticamente o mediante engaño (estafa) en un mismo tipo delictivo, puede ser que satisfaga una especie de «sano sentimiento popular», siempre dispuesto a solicitar el máximo castigo ante cualquier violación de su derecho de propiedad; pero sería, en mi opinión, completamente incompatible con el principio de legalidad de los delitos y las penas establecido en el art. 25, 1 CE, e incluso podría llegar a tener efectos negativos desde el punto de vista de la vinculación del juez a la ley. El poder legislativo tiene que contar con el poder judicial para hacer cumplir efectivamente las leyes que ha creado en uso del poder que le confiere la voluntad popular que lo ha elegido en unas elecciones democráticas; pero precisamente por eso no puede renunciar a decidir con toda la claridad posible qué hechos pueden ser constitutivos de delitos, y diferenciar en abstracto y con distinto nombre jurídico antes de que el hecho se realice las categorías que constituyen paradigmas valorativos culturales que han ido cuajando a lo largo de la evolución del Derecho penal antes incluso de que se llegara a la etapa codificadora, que se traducen, además, en distintas repuestas penales con marcos penales también diferenciados. Esta es la tarea que primordialmente corresponde a la Parte Especial del Derecho penal, a cuya exposición sistemática general he dedicado una buena parte de mi vida académica. El poder legislativo no puede dejar ciertamente en manos del poder judicial un ámbito tan amplio de decisión que, en última instancia, sea el Juez o Tribunal el que decida que es delito y la forma en que debe ser castigado el que lo ha cometido; pero tampoco vincularlo tan estrechamente hasta el punto de no dejarle ninguna posibilidad de diferenciar los comportamientos

que tiene que juzgar, teniendo en cuenta las particularidades que incluso tras una larga evolución histórica, diferencian unos delitos de otros, y que el legislador debe seguir distinguiendo empleando incluso términos, conceptos, definiciones y marcos penales diferentes.

Entre uno y otro extremo hay un amplio espacio en el que tiene que producirse un equilibrio entre los dos poderes; un equilibrio, que, como todos los equilibrios, no siempre es fácil de conseguir. «La imagen de una relación entre legislador y juez como una relación ideal y sin problemas, es una imagen ideal que en realidad no existe»¹⁴. Las alteraciones de la vinculación del Juez a la ley son frecuentes y hasta cierto punto inevitables. «El legislador depende de la lealtad de la jurisprudencia»¹⁵, pero es el mismo legislador quien favorece la creación de un «derecho judicial», a veces «*praeter legem*» y otras incluso «*contra legem*», cuando en la descripción de los tipos penales emplea conceptos vagos, porosos o que reflejan elementos subjetivos, tendencias o disposiciones anímicas, o que están necesitados de complemento valorativo¹⁶.

¿Cuándo hay dolo de matar o dolo de lesionar? ¿Cuándo la imprudencia es grave o menos grave? ¿Cuándo se altera gravemente la paz pública en el delito de terrorismo? ¿Cuándo hay un alzamiento violento y público en el delito de rebelión o solo un alzamiento público y tumultuario en el delito de sedición?

6. El problema para el Tribunal sentenciador en estos casos no es sólo la interpretación de los términos legales, sino la determinación y prueba de los hechos a los que debe aplicar la ley. Y ahí el legislador nada puede hacer. El juez está ciertamente vinculado con mayor o menor rigor a la ley que tiene que aplicar, pero aún más a la prueba de los hechos que tiene que juzgar, y a los que tiene que aplicar esa ley. Y ahí es donde entra con todo su esplendor, pero también con todas sus miserias, la actividad que va indisolublemente unida a la independencia del poder judicial: la libre valoración de la pena. Una valoración libre que sólo tiene como límite las reglas de la lógica, el sentido común o los conocimientos vinculantes que le aportan las Ciencias naturales, y que en la medida que se atenga a ellas difícilmente podrá ser corregida en nuevo juicio a través del recurso de apelación. Lo que no puede hacer el poder legislativo, en definitiva, un poder eminentemente político que busca siempre congraciarse con sus electores, es intentar corregir, mediatizar o incluso vincular al Juez o Tribunal en lo que constituye el fundamento conceptual de su independencia: la libre valoración de la prueba.

14. HASSEMER, Fundamentos cit., p. 317.

15. HASSEMER, ob.u.cit.p. 316.

16. Sobre estos conceptos empleados en el lenguaje legal, véase HASSEMER, ob.u.cit., p. 224 ss.

7. Cuando tras las protestas que suscitó la sentencia de la Audiencia provincial de Pamplona en el caso «La Manada», el entonces Ministro de Justicia anunció a bombo y platillo, que iba a convocar con urgencia la Sección penal de la Comisión General de Codificación, una Comisión vetusta que languidecía desde hacía decenios sin haber sido convocada, y en la que por cierto no había ninguna mujer, para proceder a formular una nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual, con la que se pudiera evitar en el futuro decisiones como la adoptada por los Magistrados de Pamplona, llegando a insinuar incluso que uno de ellos, el que hizo un voto particular a favor de la absolución, tuvo algún problema en su actividad profesional anterior, presenté inmediatamente e hice pública mi dimisión como vocal permanente de dicha Comisión desde hacía casi cuarenta años, no sólo por lo que, a mi juicio, constituía una manipulación política de dicha Comisión para acallar momentáneamente las protestas que había provocado la sentencia, sino también por lo que creía era una evidente invasión de la esfera de poder que le corresponde al poder judicial, confundiendo la vinculación del Juez a la ley con la valoración de la prueba que había realizado el Tribunal que juzgó el caso.

Puede ser que la distinción entre agresión sexual y abuso sexual no quede lo suficientemente clara en la actual regulación legal, pero incluso aunque fuera conveniente hacer algún tipo de matización o añadir legalmente algún criterio que ayudara a hacer la distinción un poco más nítida, la decisión final sobre cuando hay uno u otro delito siempre corresponderá al Tribunal sentenciador.

En el plano *de lege ferenda*, habría que ser, en todo caso, muy cauto antes de hacer tabla rasa con la distinción entre agresión y abuso, y sobre todo a la hora de renunciar al par de conceptos «violencia o intimidación», que no sólo en relación con los delitos contra la libertad sexual, sino en otros ámbitos de la delincuencia, constituyen la forma más grave de ataque a un bien jurídico penalmente protegido.

Mientras tanto los juicios penales seguirán durando una eternidad, hasta el punto de que cuando, tras la decisión de los oportunos recursos presentados, haya ya una sentencia firme en este caso de «La Manada», ya nadie se acordará de él, porque probablemente haya sido sustituido en el imaginario colectivo por otro aún más grave que suscitará los correspondientes movimientos de protesta siempre a favor de una mayor dureza de las sanciones penales y de un mayor rigor de los Jueces al aplicarlas. Recientemente, junio 2018, la Audiencia de Alicante condenó a sólo cinco años de prisión a cinco varones que abusaron de una mujer en estado de embriaguez casi letárgica, penetrándola varias veces en el asiento trasero de un coche. Los condenados fueron condenados a una pena sensiblemente menos grave que la que correspondía a la gravedad de los hechos enjuiciados, simplemente porque tuvo que aplicarse la

atenuante de «dilaciones indebidas», ya que desde que sucedieron los hechos hasta que éstos fueron juzgados habían transcurrido más de diez (1) años; y aún quedaba la posibilidad de que se presentara un recurso, cuya resolución hubiera tardado al menos otro año o más. Conozco casos en los que un accidente de tráfico provocado por un conductor ebrio, superando con creces los índices de alcoholemia establecidos, y conduciendo a una velocidad excesiva, causando la muerte de varias personas y varios heridos, tardó en ser juzgado en primera instancia más de cuatro años; por no decir nada de los procesos civiles, laborales, o contencioso-administrativos que tardan años y años, a veces decenios, en llegar a una sentencia firme. Pero de esto apenas hablan los medios de comunicación, y no parece que a los políticos les preocupe en demasía, sobre todo si además el retraso en los juicios está relacionado con casos de corrupción en los que esos políticos, sus colegas o los partidos políticos a los que pertenecen están directamente involucrados.

Tras medio siglo dedicado a la enseñanza del Derecho penal en Grados, Licenciaturas, Masters y Doctorados, en diversos países y centros universitarios, me he topado al final de mi vida académica con la dura realidad de una Administración de Justicia que, condicionada por continuas y a veces disparatadas reformas legislativas y por la carencia de medios y de personal suficiente, se las ve y se las desea para cumplir eficazmente con la tarea que tiene constitucionalmente encomendada de aplicar la ley. Sólo me queda esperar que en un futuro no muy lejano, que de todos modos yo ya no veré, la coordinación entre los distintos poderes del Estado, principalmente en materia penal entre el legislativo y el judicial, pero también el ejecutivo, consigan un Derecho penal más justo y eficaz que el que tenemos actualmente, y no sólo en el ámbito de los delitos contra la libertad sexual, sino también en otros que afectan a otros colectivos igualmente marginados y desfavorecidos por la Justicia.

SEGUNDA LECTURA

Pérez Alonso, E. (2018). Delimitación entre los abusos sexuales graves y leves o de equívoco carácter sexual. En Morales Prats, F., Tamarit Sumalla, J. y García Alberó, R. (Coords.). Represión Penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares (pp. 991-1010). Navarra, España. Thomson Reuters Aranzadi.

En esta lectura se busca delimitar el delito de abuso sexual y la falta de vejación injusta, también se establece las diferencias entre el delito de trato degradante y la falta de vejación injusta, y finalmente se desarrolla de forma sucinta el delito de coacciones leves, vigente en mérito de la LO 1/2015.

Represión Penal y Estado de Derecho

Homenaje al Profesor
Gonzalo Quintero Olivares

FERMÍN MORALES PRATS
JOSEP M^a TAMARIT SUMALLA
RAMÓN GARCÍA ALBERO
(COORDINADORES)

INCLUYE LIBRO
ELECTRÓNICO
**THOMSON REUTERS
PROVIEW™**

THOMSON REUTERS

ARANZADI

FERMÍN MORALES PRATS

Catedrático de Derecho Penal. Universitat Autònoma de Barcelona

JOSEP M.^a TAMARIT SUMALLA

*Catedrático de Derecho Penal. Universitat de Lleida y
Universitat Oberta de Catalunya*

RAMON GARCIA ALBERO

Catedrático de Derecho Penal. Universitat de Lleida

REPRESIÓN PENAL Y ESTADO DE DERECHO

Homenaje al Profesor Gonzalo
Quintero Olivares

THOMSON REUTERS

ARANZADI

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

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2018 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Fermín Morales Prats, Josep M.^a Tamarit Sumalla y Ramón García Albero]

© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

Editorial Aranzadi, S.A.U.

Camino de Galar, 15

31190 Cizur Menor (Navarra)

ISBN: 978-84-1309-027-6

DL NA 2759-2018

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

Delimitación entre los abusos sexuales graves y leves o de equívoco carácter sexual

ESTEBAN PÉREZ ALONSO

Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Granada

I. INTRODUCCIÓN

La regulación de los delitos de abusos sexuales en nuestro Código Penal adolece tradicionalmente de indeterminación e inseguridad jurídica como consecuencia de no ofrecer una definición legal de abuso sexual¹. El tipo básico de estos delitos previsto en el art. 181.1 CP establece una descripción puramente negativa de la conducta típica, por exclusión del delito más grave de agresión sexual del art. 178 CP, que exige la presencia de violencia o

1. Vid. En este sentido, vid. TAMARIT SUMALLA, J.M. (2002): *La protección penal del menor frente al abuso y a la explotación sexual. Análisis de las reformas penales en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores*, 2.ª ed., Pamplona, pp. 64 y 65; Díez Ripollés, J.L. (2004): «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en Díez Ripollés, Romero Casabona (coords.): *Comentarios al Código Penal. Parte Especial. II, Títulos VII-XII y faltas correspondientes*, Valencia, 2004, pp. 266 y ss., 274 y 275; CARMONA SALGADO, C. (2005): «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I). Consideraciones generales sobre el Título VIII, Libro II del Código Penal. Agresiones y abusos sexuales», en Cobo del Rosal (coord.): *Derecho Penal español. Parte Especial*, 2.ª ed., Madrid, pp. 247 y 279; MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R. (2011): «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en Quintero Olivares (dir.): *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, 9.ª ed., Pamplona, p. 314; GARCÍA RIVAS, N. (2011): «Libertad e indemnidad sexuales. Cuestiones generales. Agresión y abusos sexuales», en Álvarez García (dir.): *Derecho Penal español. Parte Especial (I)*, 2.ª ed., Valencia, p. 592; RAMOS TAPIA, I. (2015): «La tipificación de los abusos sexuales a menores: el Proyecto de Reforma de 2013 y su adecuación a la Directiva 2011/92/UE», en Villacampa Estiarte (coord.): *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores. Adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*, Pamplona, p. 114.

intimidación en el atentado a la libertad sexual. Aunque lógicamente en el abuso sexual también falta el consentimiento de la víctima, que no quiere mantener el contacto sexual o que no quiere verse involucrada en una actividad sexual con otra persona, lo haya dicho de forma expresa o no. Se refiere el art. 181.1 CP, al igual que hacía el art. 183.1 CP para los abusos a menores antes de la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, a realizar actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona. La nueva redacción de los abusos sexuales a menores de dieciséis años dada al art. 183.1 CP quizá precisa algo más la conducta típica al señalar expresamente que los actos deben tener *carácter sexual* y que se deben realizar *con* un menor de dieciséis años². Aunque en la doctrina se considera que se trata de un cambio poco trascendente³. Pero sigue sin concretarse el concepto de abuso sexual, que queda pendiente de interpretación judicial conforme a los parámetros sociales y culturales imperantes en la sociedad española actual en torno a la sexualidad.

Por tanto, la labor de concreción y determinación del concepto de abuso sexual es ciertamente compleja y difícil de llevar a cabo, por lo que requiere de un estudio detenido, sobre todo en casos de escasa gravedad y poca significancia jurídica para alcanzar las exigencias mínimas de capacidad objetiva y potencialidad lesiva de la libertad e indemnidad sexual⁴. Acciones sexualmente equívocas en las que, por tanto, se trata de establecer el límite mínimo de la intervención penal por estar en presencia de un acto sexual no consentido, pueden ser, por ejemplo, las exploraciones y tratamientos médicos, actos habituales en el ejercicio de algunas profesiones, actividades deportivas, juegos y bromas, tocamientos fugaces y subrepticios de las zonas genitales, que si bien formalmente pueden ser considerados como contactos

2. Valora el cambio como acertado, GARCÍA ÁLVAREZ, P. (2015): «La reforma de los Capítulos II bis del Título VIII del Código penal, en el proyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013», en Muñoz Conde (dir.), Del Carpio Delgado/Galán Muñoz (coords.): *Análisis de las reformas penales. Presente y futuro*, Valencia, p. 150.

Mantiene una opinión más crítica, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. (2016): «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I). Agresiones y abusos sexuales. Los abusos y agresiones sexuales a menores de 16 años», en Morillas Cueva (dir.): *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial*. 2.^a ed., Madrid, pp. 256 y 257.

3. vid. TAMARIT SUMALLA, J.M. (2015): «Delitos contra la indemnidad sexual de menores», en Gonzalo Quintero (dir.): *Comentario a la Reforma penal de 2015*, Pamplona, p. 427; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (2015): «Abusos sexuales a menores: arts. 182, 183 y 183 bis CP», en González Cussac (dir.): *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2.^a ed., Valencia, p. 608; DÍAZ MORGADO, C. (2015): «Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en Corcoy Bidasolo y Mir Puig (dirs.): *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Valencia, p. 684.

4. Vid. al respecto, DIEZ RIPOLLÉS, 2004, pp. 266 y ss.; MUÑOZ CONDE, F. (2017): *Derecho Penal. Parte Especial*, 21 ed. Completamente revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín, Valencia, pp. 194 y 195.

físicos de zonas erógenas, no por ello han de tener necesariamente naturaleza sexual o la gravedad necesaria para afectar a la libertad e indemnidad sexual de las personas.

En este tipo de casos límite, pese a la aportación de criterios interpretativos interesantes por parte de la jurisprudencia, encontramos resoluciones judiciales muy contradictorias, que ponen de manifiesto una suerte de decisionismo judicial generador de inseguridad jurídica, indefensión y trato discriminatorio, puesto que finalmente puede comprobarse como casos iguales o muy similares reciben un tratamiento desigual y contradictorio abonando el terreno de la arbitrariedad judicial.

Así, pues, en los supuestos de abusos sexuales de carácter leve o de equívoco o dudoso significado sexual de la conducta tradicionalmente se ha venido planteando la problemática de establecer la delimitación entre delito o falta, es decir, si pese a la levedad o equivocidad sexual del acto se califican como delito de abuso sexual de los arts. 181.1 o 183.1 CP o si pasan a tener la consideración de una falta de vejaciones injustas⁵ del art. 620.2 CP⁶. Como es sabido, con la LO 1/2015 se deroga el Libro III del Código Penal relativo a las faltas y sus penas, por lo que se deroga lógicamente la falta de vejaciones injustas del art. 620.2 CP. Pero ello no es obstáculo alguno para que se siga planteando la misma problemática de delimitación entre los abusos sexuales graves y leves o bien que se sigan produciendo situaciones de equivocidad sobre la naturaleza sexual del acto, es decir, que se tenga que seguir distinguiendo entre el delito de abusos sexuales y las vejaciones injustas. La derogación del art. 620.2 CP por obra de la reforma de 2015 no significa necesariamente que las vejaciones injustas sean hoy impunes, como opina un sector doctrinal⁷, ya que tal conducta que antes de la reforma tenían la consideración de falta ahora, tras la reforma, puede entenderse que han pasado a tener la consideración de delito leve, del nuevo delito de coacciones de carácter leve tipificado en el art. 172.3 CP.

5. Así, por ejemplo, a favor de aplicar el art. 620.2 CP en los casos de lesividad menor se mostraron CARMONA SALGADO, 2005, p. 249; GARCÍA RIVAS, 2011, p. 592. En contra, vid. DÍEZ RIPOLLÉS, 2004, pp. 280 y 331.
6. Este precepto castigaba con pena de multa de diez a veinte días a «los que causaren a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve, salvo que el hecho sea constitutivo de delito», exigiendo además la denuncia del agraviado o de su representante legal para su persecución.
7. En este sentido, vid. BOLDOVA PASAMAR, M.A. (2014): «La desaparición de las faltas en el proyecto de reforma de Código Penal de 2013». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 16-12, p. 17; JIMÉNEZ SEGADO, C. (2014): «Eliminar las faltas tiene delito (leve)». *Diario La Ley*, n.º 8223, p. 7; FARALDO CABANA, P. (2016): «Novedades en la regulación de las injurias y vejaciones injustas de carácter leve». *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, n.º 41, pp. 3 y ss.

De hecho así lo viene considerando ya la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, pese a que la redacción y finalidad de los preceptos no son exactamente las mismas. Así, la STS 661/2015, de 28 de octubre (RJ 2015, 4953), declara que «la primera cuestión es si la supresión de la falta debe llevar consigo la atipicidad penal de la conducta, independientemente de lo que diremos a continuación acerca de la calificación del hecho probado. Sin embargo la conducta descrita no puede entenderse que haya quedado impune en el texto del Código Penal después de la reforma de la LO 1/2015. Así el art. 172.3 se modifica añadiéndole un párrafo tercero que califica como coacción, fuera de los casos anteriores, el que cause a otro una coacción de carácter leve, siendo castigado con la pena de multa de uno a tres meses, es decir ex- art. 33.4.g) CP se trataría de un delito leve. En general las vejaciones que consisten en actos o acciones conllevan también un ingrediente de coacción y a falta de un tipo específico de vejación será aplicable este delito. Por lo tanto el nuevo Código no contiene un vacío punitivo en relación con el espacio cubierto por la falta del art. 620.2, hoy derogado, que castiga a los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve, salvo que el hecho sea constitutivo de delito. Por ello en caso de estimar los hechos como pretende el recurrente y el Ministerio Fiscal sería por la vía de la falta que estaba vigente cuando se produjeron».

No obstante, como incluso se censura a la sentencia citada por parte de otras sentencias posteriores del Tribunal Supremo, la aplicación del nuevo precepto plantea problemas de retroactividad en relación con la derogada falta en aquellos supuestos que fueron cometidos bajo la vigencia del art. 620.2 CP. En definitiva, todo ello obliga a analizar los criterios judiciales de delimitación entre los abusos sexuales graves y leves o de aquellas situaciones donde la naturaleza sexual del acto plantea dudas. Dicho de otro modo, todo ello nos lleva a establecer la delimitación entre el delito de abusos sexuales y la derogada falta de vejaciones injustas, a determinar si es posible calificar estos supuestos como delito de trato degradante del art. 173.1 CP o más bien si pasarían a engrosar el ámbito típico del nuevo delito de coacciones leves del art. 172.3 CP, analizando también los problemas de sucesión de leyes que está planteando la aplicación de este nuevo delito.

II. DELIMITACIÓN ENTRE EL DELITO DE ABUSO SEXUAL Y LA FALTA DE VEJACIÓN INJUSTA

Como se ha señalado, la delimitación entre el delito y la falta resulta necesaria en casos de abusos sexuales de carácter leve, como tocamientos en zonas erógenas de carácter fugaz, instantáneos, subrepticios, superficiales, sobre la ropa, etc., o de equivocidad sexual, como tocamientos en zonas no erógenas,

besos, abrazos, etc. Se trata de situaciones límite que configuran una gran zona gris donde se hace difícil afirmar la existencia de un delito de abusos sexuales, incluso hay casos donde también resulta difícil afirmar la existencia de una falta de vejaciones injustas, dada la equivocidad y lo difuso de la situación. Ello hace que estemos en el terreno de la ambigüedad y de la indeterminación por las propias circunstancias situacionales, que ciertamente colocan a los jueces ante una difícil tarea de concreción y de fijación de criterios interpretativos claros y practicables, que llevan a que situaciones idénticas o muy similares sean valoradas y tratadas de muy diferente forma, desde la más grave consideración de delito sexual, pasando por la falta de vejaciones injustas hasta llevar a la absolucón por falta de relevancia penal del acto. Todo ello, lógicamente, genera una situación de indefensión y de inseguridad jurídica en el justiciable poco compatible con los principios más básicos del derecho procesal y penal plasmados en nuestro texto constitucional.

Pero lo cierto es igualmente que esta dificultad no es nueva, sino que ya desde antiguo viene suscitándose la necesidad de establecer esta delimitación, como por ejemplo apunta la STS de 16 de Diciembre de 1976⁸. Obviamente, como advierte la STS 547/2016, de 22 de junio (RJ 2016, 2821), «hay que situar este texto en la época. Hoy en día, los delitos de abuso sexual, protege la libertad sexual y la intimidad de la persona atacada, y por ello no se precisa la existencia de un ánimo lúbrico o libidinoso que actúa como guía en el sujeto de la acción, sino que más limitadamente, y como ya se ha dicho, basta que el hecho en sí mismo considerado sea o merezca el calificativo de ataque a la libertad sexual y a la intimidad del sujeto pasivo, permitiéndose la posibilidad, en atención a la levedad de los hechos que la calificación jurídica pudiera derivarse a la falta del art. 620 C. penal».

Hoy, en la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo podemos encontrar muchos casos en los que *se ha rechazado la calificación de falta de vejaciones injustas* y se ha admitido la existencia de delito de abusos sexuales, en unos supuestos con acierto y en otros más grises, por la levedad y equivocidad de la conducta, con menos acierto. Así ha sucedido, por ejemplo, en el caso del tío carnal de una joven de 14 años que estando en la piscina la sienta encima de él sujetándola fuertemente con una mano, hasta el punto que le hizo sentir

8. Así, esta sentencia, estudiando las diferencias entre el delito de abusos deshonestos del art. 430 CP-73 y de la falta del art. 585.5 CP-73 –equivalente a la vejación injusta del art. 620.2 CP-95, decía que «el delito de abusos deshonestos ataca a la honestidad de la persona, que es el bien jurídico protegido por el delito, en tanto que la falta del art. 585-5.º protege la libertad contra la coacción, el constreñimiento de aquélla o el honor individual». La sentencia estimó que no existió delito de abusos deshonestos en la acción del condenado en la instancia, que a una niña de 14 años con sus facultades mentales disminuidas se le acercó por detrás, tocando diversas partes del cuerpo, saliendo corriendo al gritar la niña.

su miembro viril, mientras con la otra mano acariciaba el interior del muslo subiéndola hacia la zona vaginal; en otra ocasión en casa de la joven ya con 16 años entró en su habitación, cuando estaba enferma, y le tocó los pechos por encima de la ropa (STS 126/2015, de 12 de mayo, RJ 2015, 1875); otro caso fue el tocamiento fugaz y por encima de la ropa de los pechos de una menor de 14 años, con debilidad mental, para medírselos en un momento en que se distrajeron los padres (STS 411/2014, de 25 de mayo, RJ 2014, 2756); otro caso es el monitor de un colegio encargado de la vigilancia de los niños durante el descanso posterior a la comida que se recuesta con una niña de 3 años, bajo la manta, y le realiza tocamientos en la zona vaginal, llegando en una ocasión a desnudarla para proceder a tocarla; también consta que al menos en una ocasión también toca la zona vaginal de otra niña de 3 años (STS 415/2017, 8 de junio, RJ 2017, 2909)⁹.

Del mismo modo, hoy día en la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo podemos encontrar muchos casos de zonas grises de delimitación, por la levedad y equivocidad de la conducta, donde *se ha aceptado la calificación de falta de vejaciones injustas* y no de delito de abusos sexuales. Así ha sucedido, por ejemplo, en el caso del tío que aprovecha que duerme junto a su sobrino en noche buena para tocarle por encima de la ropa los glúteos, cesando en ello cuanto entró en la habitación la madre del menor de 10 años (STS 763/2017, de 27 de noviembre, RJ 2017, 4913); el caso de un camarero que acompaña a dos niñas de 12 y 6 años a la zona de juego del local, tras haberles cambiado monedas para jugar, y «colocando a las niñas en posición de jugar, introdujo la moneda en el futbolín, pasando la mano entre las piernas de Marta, y con ánimo libidinoso, tiró de la palanca para dar salida a las bolas, rozando con la mano y tocando con ella, por encima del pantalón, en una sola ocasión la zona genital de la menor, en contra de su voluntad» (STS 561/2017, de 13 de julio, RJ 2017, 3321); en otro caso, un profesor de clases de magia de un alumno y tres alumnas de 9 y 11 años de edad, durante dos meses y ante el éxito o fracaso de los juegos de magia que realizaban, procedió a dar a las tres citadas menores, no al niño, repetidamente palmaditas en las nalgas lo que les produjo incomodidad por su actuación y, al menos en una ocasión, las palmaditas a una de las menores se las dio entre las bragas y las nalgas (STS 789/2013, de 21 de octubre, RJ 2013, 7116)¹⁰.

Incluso también ha habido algún *caso de absolución* del presunto autor de múltiples delitos de abusos sexuales, donde el Tribunal Supremo ni tan

9. Vid. también, las SSTs 967/2013, de 19 de diciembre (RJ 2014, 315); 231/2015, de 22 de abril, (RJ 2015, 1208); 171/2017, de 21 de marzo (RJ 2017, 1266); 1241/1997, de 17 de octubre (RJ 1997, 7019).

10. Vid. también, las SSTs 661/2015, de 28 de octubre (RJ 2015, 4953); 547/2016, de 22 de junio (RJ 2016, 2821); 837/2016, de 4 de noviembre (RJ 2016, 5369).

siquiera ha llegado a estimar la existencia de vejaciones injustas. Nos referimos al caso enjuiciado por la STS 244/2017, de 5 de abril, (RJ 2017, 1518), donde se dice expresamente que los hechos realizados por el profesor con sus alumnos se produjeron en un contexto lúdico ajeno a todo móvil sexual, por lo que negó la existencia de abusos sexuales y trato degradante por los que acusaba el ministerio fiscal.

1. FUNDAMENTO DE LA DELIMITACIÓN

Es claro que la delimitación entre delito y falta encuentra su ratio en la mayor o menor gravedad del hecho que inspira *el principio de proporcionalidad* y está directamente vinculado con el principio del bien jurídico y el de ofensividad penal, así como con el principio de intervención mínima del Derecho Penal, por su carácter fragmentario y su naturaleza de ultima ratio del ordenamiento jurídico. Así lo viene a reconocer también la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo cuando delimita el delito de abusos sexuales de la falta de vejaciones injustas para terminar castigando los casos leves o equívocos por la vía de la falta y no del delito. Entiende, con buen criterio, nuestro más alto tribunal que el principio de proporcionalidad penal no solo opera en la individualización de la pena, de modo que ésta resulte adecuada a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del autor, sino que también opera a la hora de llevar a cabo la calificación jurídica de los hechos atendiendo a su mayor o menor gravedad cuando hay una alternativa típica entre delito y falta, como sucede en este caso.

Así, tras hacer un análisis referencial de la plasmación legal y jurisprudencial del principio de proporcionalidad, la STS 561/2017, de 13 de julio (RJ 3321), declara que «es cierto que la doctrina precedente se dirigía al campo de la individualización de la pena pero también lo es, no solo que mediatamente la calificación del hecho como delito o falta según la versión anterior del Código incide directamente sobre la misma sino que igualmente debe ser ponderado el principio en el campo de la calificación cuando se trate de alternativas típicas que deban ser valoradas por los Tribunales en la operación de subsunción de la conducta del sujeto». En la misma línea se expresa la STS 547/2016, de 22 de junio (RJ 2016, 2821), cuando señala que «directamente relacionado con el principio de proporcionalidad está el de merecimiento de pena por el disvalor afectado al bien jurídico de la libertad sexual e intimidad de las menores, disvalor que estimamos suficientemente compensado con la pena correspondiente a la vejación cometida de acuerdo con la legalidad en vigor al tiempo de la comisión de tales hechos»¹¹.

11. Así también la STS 763/2017, de 27 de noviembre (RJ 2017, 4913).

Delimitación que también encuentra su fundamento en el diverso *bien jurídico protegido* por ambas infracciones penales y en la lesión efectiva del mismo causada por la conducta del autor. Como es sabido en las agresiones y abusos sexuales se protege la libertad e indemnidad sexual, mientras que en la falta de vejaciones injustas el bien jurídico protegido tiene un carácter más pluriofensivo en la medida que pretende castigar una disparidad de comportamientos que afectan de forma leve a la dignidad personal, honor, integridad moral e incluso a la libertad general de la persona¹². Hay que tener muy presente que el art. 620.2 CP, además de castigar las amenazas y coacciones leves, castiga a «los que causen ... injuria o vejación injusta de carácter leve». La referencia a «causar injuria» no puede entenderse como injuria en sentido estricto¹³, es decir, como una acción que menoscaba la fama o estimación de una persona, sino a injuria en sentido impropio, es decir, como sinónimo de vejación, agravio, ultraje u ofensa causada a una persona afectando fundamentalmente a su dignidad e integridad moral en cuanto que supone una humillación, menosprecio o degradación de la persona¹⁴.

Como advierten algunos autores, no se recoge aquí una falta de injuria en sentido estricto¹⁵, pues en el art. 620.2 CP «no se habla más de “El que injuriare a otro...”, sino que la referencia es a “causar a otro una injuria o vejación”; pues bien ese “causar a otro” que sustituye a “el que injuriare” no tiene el mismo significado que este último, ni gramatical ni contextualmente: las injurias, en el sentido del artículo 208 CP, no se “causan”, se profieren»¹⁶. En esta misma línea, VIVES ANTÓN había señalado que «es posible interpretar el precepto de otro modo, dado el contexto en que se menciona la injuria: al referirse el Legislador a causar “injuria o vejación”, pudiera sostenerse la tesis de que la referencia a la injuria es dicho contexto se hace impropio, es decir, entendiendo que se usan dos modos de mencionar las vejaciones (que, de

12. En este sentido, vid. VIVES ANTÓN, T.S. (1999): «Delitos contra el honor», en *Derecho Penal. Parte Especial*, 3.^a ed., Valencia, p. 319; ÁLVAREZ GARCÍA, J. (2011): «Delito de injurias», en *Derecho Penal español. Parte Especial (I)*, 2.^a ed., Álvarez García (dir.), Valencia, pp. 859 y 860; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. (2011): «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I). Agresiones y abusos sexuales. Los abusos y agresiones sexuales a menores de 13 años», en Morillas Cueva (dir.): *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial*. Madrid, p. 1274; BOLBOVA PASAMAR, 2014, p. 17 (se refiere al honor y la integridad moral).

13. No obstante, la mayor parte de la doctrina considera que el bien jurídico protegido sería el honor, así vid. DÍEZ RIPOLLÉS, 2004, p. 280; CARMONA SALGADO, C. (2012): *Calumnias, injurias y otros atentados contra el honor. Perspectiva doctrinal y jurisprudencial*, Valencia, pp. 204 y ss.

14. En este sentido, vid. VIVES ANTÓN, T.S., 1999, p. 319, ÁLVAREZ GARCÍA, 2011, p. 859.

15. Vid. nota anterior.

16. Cfr. ÁLVAREZ GARCÍA, 2011, p. 859.

suyo, son más bien atentados contra la integridad moral que contra el honor). A favor de esta interpretación milita la dificultad de distinguir entre injurias leves y el ejercicio de la crítica legítima y, también el efecto de desaliento que sobre la libertad de expresión pudiera representar el recurso a la vía penal en caso de injurias leves»¹⁷. Por ello, sobre la base de esta acertada argumentación, cabe concluir con ÁLVAREZ GARCÍA que el término injuria «en el ámbito del artículo 620.2 CP significa “agravio”, “ultraje”, “ofensa”, y para nada se corresponde con una hipotética falta de “injurias leves”, y por lo tanto no hay que trasladar al citado artículo 620.2 CP toda la dogmática elaborada en relación al artículo 208 CP»¹⁸.

Por ello, en los casos dudosos, equívocos y leves de supuestos abusos sexuales, en realidad, lo que se pone en tela de juicio no es la libertad o indemnidad sexual de las personas, sino su dignidad e integridad moral junto a su libertad general de no aceptar o no someterse a situaciones incómodas, desagradables o en todo caso y como mucho humillantes y groseros. Ciertamente es que toda vejación denigrante está implícita en el abuso sexual, pero con ello no se agota el contenido de injusto del delito de abuso sexual que requiere una lesión de la libertad e indemnidad sexual para su configuración típica. Del mismo modo que también es cierto que dicha ofensa a la libertad e indemnidad sexual no llega a producirse en los casos de abusos leves o equívocos, en los que realmente lo que está presente es solo un componente de humillación y vejación de la persona. Por ello, la determinación del bien jurídico lesionado en cada caso se convierte en un criterio de delimitación importante entre el delito y la falta, al tiempo que sirve de fundamento de cada una de las infracciones penales.

De hecho, así lo ha venido entendiendo también la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, por ejemplo, la STS 909/2002, de 25 de mayo (RJ 2002, 6038), declara que «naturalmente que todo atentado contra la libertad sexual comporta una vejación injusta, pero ésta no consume el desvalor que afecta a dicho bien jurídico. Por el contrario, es el abuso sexual el que absorbe la vejación que da contenido a la falta del art. 620.2 Código Penal». También hay que destacar especialmente en este contexto interpretativo en cuanto al bien jurídico protegido y la delimitación por el grado de afección al mismo, la STS 949/2005, de 20 de julio (RJ 2005, 6611), donde declara que los hechos probados son constitutivos de la falta de vejación injusta leve «pues la acción de vejar puede afectar al honor y a la dignidad personal y puede incidir en la esfera de la intimidad sexual, y en el caso que se examina los hechos probados nos sitúan ante unas acciones del acusado de escasa entidad, no hubo otra violencia que la sorpresiva actuación física tocando los senos a la víctima de

17. Cfr. VIVES ANTÓN, 1999, p. 319.

18. Cfr. ÁLVAREZ GARCÍA, 2011, p. 859.

forma fugaz y rápida y por encima de la ropa, que precisamente por ello debe reputarse como una leve intromisión en la intimidad corporal que integra la falta antedicha».

2. CRITERIOS DE DELIMITACIÓN

Como se ha advertido, la delimitación entre el delito de abusos sexuales y la falta de vejaciones injustas no resulta nada fácil de llevar a cabo, dado que se trata de conductas de carácter leve y equívocas en su significación sexual, es decir, de situaciones límite o de una gran zona gris que van desde el límite mínimo de los abusos sexuales, pasando por el ámbito propio de las vejaciones injustas hasta llegar a la irrelevancia penal de la conducta. Estamos por tanto en el terreno de la ambigüedad y la incertidumbre que exige, por ello, realizar un esfuerzo valorativo e interpretativo importante para dilucidar esta cuestión de una forma predecible y fiable, con el propósito de evitar la indefensión e inseguridad jurídica que provoca el tratamiento diferente de situaciones idénticas o similares.

La jurisprudencia se ha enfrentado a esta situación, siendo consciente de su dificultad, con la idea de establecer esta delimitación entre delito y falta aportando criterios de carácter objetivo y subjetivo que atienden a las circunstancias del caso concreto, dado que no hay un criterio general que permita delimitar la gravedad o levedad de la conducta o aclarar la mayor o menor equivocidad de su significación sexual.

2.1. Criterios de carácter objetivo

En primer término, hay que referirse a los criterios de carácter objetivo y circunstancial aportados por los jueces y tribunales, entre los que cabe destacar el criterio del bien jurídico ya apuntado, es decir, la idea de intentar determinar si con la conducta realizada se llega a afectar la libertad o indemnidad sexual o tan solo queda en una afcción de la dignidad o integridad moral de la víctima. Desde una perspectiva objetiva intenta determinarse atendiendo a la entidad e intensidad del contacto físico llevado a cabo, zona de cuerpo afectada, si es un contacto superficial por encima de la ropa o no, si tiene carácter fugaz, instantáneo, sorpresivo, subrepticio o episódico, frecuencia o repetición del acto, datos objetivos de tiempo y lugar concurrentes, actitud premeditada de la víctima, fuerza física empleada, etc.

Son muchas las sentencias que se han pronunciado en este sentido, como la STS 1302/2000, de 17 de julio (RJ 2000, 6915), en donde señala que respecto de los hechos declarados probados consistentes en abordar a la víctima en la calle por la espalda y meterle la mano por debajo del abrigo y de la falta

para realizarle tocamientos, dándose a la fuga por los gritos de la víctima, a la que incluso en otra ocasión intentó tocarle el culo en un ascensor, pero ella lo impidió cerrando el ascensor e introduciéndose rápidamente en su casa, «la Sala entiende que los mismos son legalmente constitutivos de dos faltas de vejaciones injustas, una en grado de consumación y otra en grado de tentativa, y no de dos delitos de abuso sexual en los mismos grados de ejecución del art. 181 de los que acusa el Ministerio Fiscal, y ello porque sería contrario a los principios de proporcionalidad de la pena, de mínima intervención del derecho penal hoy imperantes que cualquier acto de tocamiento con ánimo libidinoso no consentido integrara la figura delictiva de abuso sexual, y porque atendiendo a la intensidad de los actos de tocamientos que se reflejan en el hecho probado, que fueron realmente fugaces (y denotan la escasa intensidad del dolo) y los datos objetivos de tiempo y lugar concurrentes, estos tocamientos encajan mejor en la calificación de falta, como en algunos casos ha venido considerando nuestra jurisprudencia con criterio más correcto (SS. 21 octubre 1902 y 6 diciembre 1956, entre otras)».

En sentido contrario a la vejación injusta, pero empleando el mismo tipo de argumentación para rechazar la falta y afirmar la existencia de dos delitos de agresión sexual, hay que destacar la STS 909/2002, de 25 de mayo (RJ 2002, 6038), en un caso donde el autor «golpeó a la mujer a la vez que le rompió el vestido y le bajó el biquini tocándole el pecho y en el otro caso mostrándole sus genitales le dijo «*echamos un polvete*» y como se marchara la joven, el recurrente se le acercó y le bajó las bragas del biquini para efectuarle seguidamente tocamientos, tras lo que salió corriendo». Se descarta aquí con razón la vejación injusta argumentando que «el carácter sexual de los hechos atribuidos al recurrente no ha sido puesto en duda, dado que, se dice, no serían sino producto de un relato de las costumbres sexuales. Admitido esto, es evidente que, dado su contenido sexual, demostrado sobre todo por las expresiones verbales del acusado que se registran en los hechos probados y las partes del cuerpo de las víctimas que resultaron afectadas por su conducta, no se trata de una simple vejación, sino de la libertad del sujeto pasivo para decidir en el ámbito de su intimidad sexual. Naturalmente que todo atentado contra la libertad sexual comporta una vejación injusta, pero ésta no consume el disvalor que afecta a dicho bien jurídico. Por el contrario, es el abuso sexual el que absorbe la vejación que da contenido a la falta del art. 620.2.º CP».

2.2. Criterio de carácter subjetivo

Hay toda una línea jurisprudencial que acude a un criterio de carácter subjetivo y circunstancial para establecer la delimitación entre el delito de agresión o abuso sexual y la falta de vejaciones injustas, atendiendo casi de forma exclusiva a la constatación o no del ánimo libidinoso en la conducta del autor.

De este modo, si está presente tal ánimo estaríamos ante un delito sexual y de faltar el ánimo lúbrico estaríamos en presencia de la falta de vejaciones injustas¹⁹.

Así, la STS 416/1997, de 24 de marzo (RJ 1997, 1950), afirma que «en el delito de abusos sexuales ha de concurrir un indudable ánimo lúbrico que, sin duda, está ausente en la falta de coacción, injuria o vejación de carácter leve, y, en el presente caso, es patente la concurrencia de dicho ánimo en la conducta del hoy recurrente con la menor Violeta P., que a la sazón contaba ocho años de edad, con la que salía a pasear y a la que, con el fin de satisfacer sus deseos sexuales, acariciaba y besaba, tocándole por encima de la ropa su zona genital y los senos». «que, tratándose de contactos corporales breves o elementales, el dato determinante para considerar el hecho como delito o falta es el de la concurrencia o no del ánimo lúbrico en el sujeto activo, que, estando presente, dará lugar a la calificación de aquellos como delito». La STS 715/2004, de 9 de junio (RJ 2015, 3251) señala de forma muy explícita que «lo que se atribuye al acusado en este caso es la realización de varias acciones sobre una mujer, consistentes en tocarle el pecho por encima de la ropa y entrar en contacto con su cuerpo; y tratar de bajarle los pantalones. Es cierto que precisando que se trató de actos realizados con rapidez, pero en ellos *es patente la búsqueda unilateral de una gratificación sexual al margen de la voluntad del otro*, reducido de este modo a la condición de objeto, mediante la imposición de un contacto físico, que fue efectivo, aunque efímero. Pues bien, siendo así, está fuera de duda que en estas ocasiones la afectada experimentó un menoscabo de su libertad sexual, que va más allá del genérico vejamen que pretende el recurrente. Por tanto, debe entenderse correcta la aplicación del art. 181, 1 CP. Y no existe el menor obstáculo para entender que concurre un supuesto del art. 74 CP, debido a que las acciones fueron varias, del mismo género, con identidad de situaciones, y tuvieron que ver, además, con la misma persona». La STS 967/2014, de 19 de diciembre de 2013 (RJ 2014, 315), más reciente señala que «hay que rechazar la calificación alternativa que como meras faltas propone el recurrente. En efecto la propia sentencia de instancia en su fundamento jurídico segundo argumenta que esta Sala del TS rechaza la calificación de vejación injusta cuando está presente un ánimo lúbrico, de modo que “la doctrina de esta Sala para la distinción o separación entre la infracción delictiva y su figura venial ha entendido que con el delito se ataca de modo primordial la libertad sexual del sujeto pasivo”, y que la conducta no puede calificarse de falta cuando “se da la nota añadida del ánimo lúbrico, que rebasa el simple

19. Lo apunta también, RAGUÉS I VALLÉS, R. (2015): «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en Silva Sánchez (dir.)/Ragués i Vallés (coord.): *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 4.ª ed., adaptada a la LO 1/2015 de reforma del CP, Barcelona, p. 136.

ataque a la libertad (aquí sexual), y que no se da en la falta". Esta doctrina se mantiene en la actualidad»²⁰.

El criterio subjetivo propuesto por la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo parece entrar en clara contradicción con aquella otra línea jurisprudencial reiterada también y reciente que viene considerando que a nivel subjetivo de los delitos de agresiones y abusos sexuales no es necesario la exigencia del ánimo libidinoso como elemento subjetivo del injusto para apreciar la existencia de estos delitos, dado que a nivel subjetivo solo se requiere la presencia del dolo²¹. Por tanto, el ánimo de obtener placer sexual, de imponer el instinto sexual o de satisfacer el deseo sexual no forman parte del tipo penal del abuso ni de la agresión sexual. Si esto es ciertamente así, como se viene afirmando, cómo compatibilizarlo entonces con el criterio subjetivo que atiende al ánimo libidinoso para afirmar la existencia de delito o para negarlo y afirmar la existencia de la falta de vejaciones injustas cuando no está presente tal ánimo. En principio, por tanto, hay aquí en este razonamiento una clara contradicción no exenta de crítica.

Quizá se pueda salir de esta situación contradictoria si el ánimo libidinoso no se considera como un elemento típico necesario para la existencia de estos delitos, al tiempo que sí puede ser considerado como un criterio complementario de interpretación para determinar la naturaleza sexual del acto en cuestión en los casos de equivocidad sexual²². Por tanto, puede propugnarse con razón y sentido que el ánimo libidinoso es un criterio subjetivo de valoración no solo para determinar la inequívoca significación sexual en los casos de duda, sino también en los casos leves donde se presenta una intromisión mínima en la intimidad sexual que hace preponderante, en todo caso, la afeción a la dignidad personal sobre la libertad o indemnidad sexual.

De hecho, hay una reciente sentencia del Tribunal Supremo que parece seguir esta interesante línea interpretativa y que ciertamente contribuirá a dilucidar esta cuestión. Así la STS 957/2016, de 19 de diciembre (RJ 2016, 5989),

20. Y en efecto, en este sentido cabe destacar las SSTS 1241/1997, de 17 de octubre (RJ 1997, 7019); 928/1999, de 4 de junio (RJ 1999, 5463), 575/2006, de 22 de mayo (RJ 2006, 3281), 494/2007, de 8 de junio (RJ 2007, 5651); 832/2007, de 5 de octubre (RJ 2007, 8269); 1331/2009, de 15 de diciembre (RJ 2009, 2230); 702/2013, de 1 de octubre (RJ 2013, 7327); 231/2015, de 22 de abril (RJ 2015, 1208); 126/2015, de 12 de mayo (RJ 2015, 1875); 763/2017, de 27 de noviembre (RJ 2017, 4913).

21. En este sentido, vid. entre otras muchas las SSTS 411/2014, de 26 de mayo (RJ 2014, 2756), 853/2014 de 17 de Diciembre (RJ 2015, 63), 547/2016, de 22 de junio (RJ 2016, 2821) y 415/2017, de 8 de junio (RJ 2017, 2909).

22. En este sentido, vid. ORTOS/SUÁREZ MIRA, 2001, pp. 59 y ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, 2004, pp. 279 y ss.; BOIX REIG, J. (2010): *Derecho Penal. Parte Especial. Volumen I. La protección penal de los intereses jurídicos personales (Adaptado a las reformas de 2010 del Código Penal)*, Madrid, 2010, p 322; PÉREZ ALONSO, É.: «Concepto de abuso sexual: contenido y límite mínimo del delito de abusos sexuales», *Indret Penal*, (en prensa).

en relación a los supuestos de equivocidad sexual, señala que «si los actos no se presentan inequívocos, es habitual, para acreditar su carácter sexual, atender al ánimo lascivo o libidinoso del autor. No se trata de que estemos ante un requisito subjetivo añadido al dolo, ello implicaría introducir elementos típicos ajenos al texto de la norma, basta el conocimiento de realizar acciones sexuales sobre otro sin su consentimiento o cuando el consentimiento es ineficaz; pero sucede que ese ánimo sirve para constatar la naturaleza sexual del comportamiento, ante la insuficiencia de las circunstancias objetivas del tocamiento perpetrado para explicar por sí solas su carácter sexual». En base a este criterio llega a la conclusión de que uno de los actos enjuiciados sería constitutivo de delito mientras que otro no. Así, en relación la menor Beatriz, los hechos consistieron en que el acusado le dijo que «*se sentara encima de sus piernas, a lo que se negó, pero ante la insistencia de aquél, accedió la menor, momento en que le tocó el acusado de modo leve por el pantalón y al ver que pretendía meterle la mano se cambió a la otra silla (...)*. Ciertamente estas caricias en zona erógena no llegan a producirse, pero ya se había exteriorizado e iniciado la conducta tendente a su logro, sentando a la menor en sus piernas y tocando el pantalón, allí donde permitía introducir la mano; y la cesación en su pretensión de “meter mano”, no deriva de la propia voluntad del autor, sino de la oposición de la menor, seguida de la inmediata presencia de otros menores; de ahí que esta conducta deba ser sancionada como delito de abusos sexuales a menor de trece años en grado de tentativa; y en esta dimensión, estimar parcialmente el primer motivo formulado por el Ministerio Fiscal». Sin embargo, en relación a la menor Leocadia solo consta que «*el acusado le hizo leves tocamientos externos a través de la ropa, apartándole dicha menor la mano para que no siguiera tocándola, cesando de inmediato en su actitud el acusado (...)* Sin la intencionalidad lasciva, en este concreto supuesto, no cabe constatar de la conducta como inequívocamente sexual y por ende calificar como abusos sexuales; y esa intencionalidad, no ha sido declarada probada, del mismo modo que tampoco se afirma su carácter jocoso, vengativo, social o familiar (...). A diferencia del motivo anterior, ni en el relato resulta de forma evidente una involucración a la menor en una actividad sexual, ni tampoco se ha declarado probado el propósito sexual de la conducta del acusado que posibilitara afirmar la condición sexual del acto cuya objetividad no es inequívocamente sexual; en cuya consecuencia, el segundo motivo formulado por el Ministerio Fiscal, se desestima».

III. DELIMITACIÓN ENTRE EL DELITO DE TRATO DEGRADANTE Y LA FALTA DE VEJACIÓN INJUSTA

Otra cuestión a tomar en consideración es la delimitación entre el delito de trato degradante del art. 173.1 CP²³ y la falta de vejaciones injustas del

23. El art. 173.1 CP castiga con pena de prisión de seis meses a dos años al que «*infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral*».

art. 620.2 CP, en la medida en que ambos preceptos tienen por objeto de protección penal el mismo bien jurídico, es decir, la dignidad e integridad moral de las personas. Es claro que la diferencia entre ambas infracciones penales reside en la gravedad o levedad de la afeción al bien jurídico protegido, sobre todo teniendo en cuenta que el delito exige expresamente que el menoscabo a la integridad moral debe ser grave, no bastando con cualquier tipo de afeción al mismo.

Así lo ha reconocido también la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como por ejemplo, en la STS 244/ 2017, de 5 de abril (RJ 2017, 1518). En este caso, que ya hemos expuesto con anterioridad, referido al Director del Colegio Salesianos de Cádiz, que estableció un sistema de motivación-juego un tanto extraño con sus alumnos, del que fue absuelto por los delitos sexuales de que venía acusado, el ministerio fiscal plantea también como motivo subsidiario la existencia de un delito contra la integridad moral de los menores del art. 173.1 CP. La citada sentencia declara al respecto que «se alega que la sentencia reconoce la existencia de un trato degradante pero lo considera de grado menor, conceptuándolo como una falta de vejaciones del artículo 620.2 del Código Penal, hoy destipificado».

Tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 420/2016, de 18 de mayo, que el adjetivo degradante, al que se refiere el artículo 173.1 del Código Penal, equivale a humillar, rebajar o envilecer, en este caso a la persona sujeto pasivo del delito, consistiendo por tanto en desconocer el valor que el ser humano tiene como tal por el hecho de serlo, donde caben las más variadas manifestaciones de desprecio, humillación, envilecimiento o cualquier otra análoga que desconozca lo primero. Sin embargo, para que la conducta sea típica dicho trato tiene que menoscabar, disminuir o afectar la integridad moral de la víctima. El tipo básico exige la medida de la gravedad para ser aplicado y sirve de línea divisoria frente a la antigua falta de vejaciones leves. Por eso se añade en esta Sentencia que el trato degradante será delictivo siempre que menoscabe gravemente la integridad moral de la persona.

El Tribunal de instancia, atendidos los hechos que se declaran probados, alcanza la convicción de que los hechos enjuiciados constituyen vejaciones de carácter leve, lo que excluye la necesaria gravedad que se exige en el delito contra la integridad moral».

IV. LA DEROGACIÓN DE LA FALTA DE VEJACIÓN INJUSTA Y EL NUEVO DELITO DE COACCIONES

Hay que tener presente que con la reforma del Código Penal llevada a cabo por la LO 1/2015, de 30 de marzo, se ha derogado el Libro III del Código Penal relativo a las faltas y sus penas, por lo que la derogación alcanza también al

art. 620.2 CP. Es decir, que a partir del día 1 de julio de 2015, la falta de vejaciones injustas del art. 620.2 CP quedó derogada y en consecuencia no puede aplicarse a los hechos cometidos con posterioridad a esa fecha. Pero, la derogación de la falta no conlleva necesariamente a la atipicidad de las conductas que la falta castigaba, sino que la LO 1/2015 introduce como delito leve un tercer número en el art. 172 CP en el ámbito del delito de coacciones referido a las coacciones leves²⁴. Aunque la doctrina entiende que la falta de injurias y vejaciones injustas ha sido despenalizada, salvo que se comentan en el ámbito familiar, en cuyo caso serían constitutivas del nuevo delito leve del art. 173.4²⁵.

1. EL DELITO DE COACCIONES LEVES

Por ello, en la actualidad puede considerarse, en principio, que el ámbito de prohibición de la derogada falta de vejaciones injustas ha pasado a engrosar el ámbito de prohibición del nuevo delito leve de coacciones del art. 172.3 CP, tal y como viene afirmando ya la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Aunque para ello, a nuestro juicio debe verse afectada la libertad de obrar de la víctima y no su dignidad personal o integridad moral, que eran los bienes jurídicos protegidos en la falta del art. 620.2 CP, pues en el delito de coacciones, sea grave o leve, el bien jurídico protegido es la libertad general de obrar, que ha de quebrantarse o limitarse mediante una conducta violenta por parte del autor. Violencia inherente a las coacciones del art. 172 CP, por mínima que sea²⁶, que no necesariamente había de estar presente en la falta de vejaciones injustas, por lo que no tienen exactamente el mismo ámbito de prohibición y sanción penal. Habría que estar, por tanto, al caso concreto para ver si se produce una leve afección de la libertad de actuar o no para poder aplicar el nuevo delito leve de coacciones en los supuestos que tradicionalmente se resolvían por vía de la falta de vejaciones injustas. Pero, por principio parece razonable afirmar, como hace la jurisprudencia y en contra de la doctrina referida, que la conducta no ha pasado a ser atípica sino que ahora encajaría en otro tipo penal más gravoso.

24. Concretamente, el primer párrafo del nuevo art. 172.3 CP dispone que «fuera de los casos anteriores, el que cause a otro una coacción de carácter leve, será castigado con la pena de multa de uno a tres meses. Este hecho sólo será perseguible mediante denuncia de la personas agraviada o de su representante legal».

25. En este sentido, vid. BOLDOVA PASAMAR, 2014, p. 17; JIMÉNEZ SEGADO, 2014, p. 7; FARALDO CABANA, 2016, pp. 3 y 4; CUERDA ARNAU, M.L (2016b): «Torturas y otros delitos contra la integridad moral. Trata de seres humanos», en González Cussac (coord.): *Derecho Penal. Parte Especial*, 3.ª edición revisada y actualizada a la Ley Orgánica 1/2015, Valencia, p. 187.

26. Así lo exige, CUERDA ARNAU, M.L (2016a): «Delitos contra la libertad», en González Cussac (coord.): *Derecho Penal. Parte Especial*, 3.ª edición revisada y actualizada a la Ley Orgánica 1/2015, Valencia, p. 170.

Así, por ejemplo, cabe citar la STS 661/2015, de 28 de octubre (RJ 2015, 4953), donde se plantea que «desde esta perspectiva la primera cuestión es si la supresión de la falta debe llevar consigo la atipicidad penal de la conducta, independientemente de lo que diremos a continuación acerca de la calificación del hecho probado. Sin embargo la conducta descrita no puede entenderse que haya quedado impune en el texto del Código Penal después de la reforma de la LO 1/2015. Así el art. 172.3 se modifica añadiéndole un párrafo tercero que califica como coacción, fuera de los casos anteriores, el que cause a otro una coacción de carácter leve, siendo castigado con la pena de multa de uno a tres meses, es decir ex- art. 33.4.g) CP se trataría de un delito leve. En general las vejaciones que consisten en actos o acciones conllevan también un ingrediente de coacción y a falta de un tipo específico de vejación será aplicable este delito. Por lo tanto el nuevo Código no contiene un vacío punitivo en relación con el espacio cubierto por la falta del art. 620.2, hoy derogado, que castiga a los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve, salvo que el hecho sea constitutivo de delito. Por ello en caso de estimar los hechos como pretende el recurrente y el Ministerio Fiscal sería por la vía de la falta que estaba vigente cuando se produjeron»²⁷.

Ahora bien, tras la reforma de 2015, resultará de aplicación el nuevo delito leve del art. 172.3 CP, siempre que esté presente el elemento coercitivo de la violencia, que como es sabido constituye el elemento esencial del delito de coacciones²⁸. Pero, si no hay violencia, por mínima que ésta sea, no hay delito alguno al que referenciar la tipicidad de los comportamientos que antes de la reforma se podían considerar vejación injusta del art. 620.2 CP. Por tanto, esta jurisprudencia es válida en la medida en que se den los presupuestos típicos del delito de coacciones del art. 172 CP, pues de lo contrario se estaría haciendo un uso ilícito de la analogía prohibida a los jueces y tribunales para aplicar el nuevo tipo penal del art. 172.3 CP a supuestos similares a los contemplados en él pero no idénticos, aunque tanto unos como otros sí fueran típicos de la falta de vejaciones injustas del art. 620 CP. Se trataría de una extensión analógica de ley penal a casos no cubiertos por el alcance del tipo penal contraria al principio de legalidad penal, lo que a la postre viene a suceder en las dos sentencias citadas, por lo que resultan ciertamente criticables por ello.

En efecto, en la STS 661/2015, de 28 de octubre (RJ 2015, 4953), «el hecho probado se concreta en la acción del acusado consistente en que cuando la perjudicada «estaba subiendo las escaleras de acceso al inmueble..., con ánimo lúbrico, le tocó el trasero por detrás en la zona próxima a la entrepierna, girándose Eulalia inmediatamente e intentando darle una patada,

27. En esta misma línea se expresa la STS561/2017, de 13 de julio (RJ 2017, 3321).

28. Vid. CUERDA ARNAU, 2016a, p. 170.

abandonando a la carrera el acusado el lugar (...) Pues bien, en el presente caso los hechos se desarrollan de forma fugaz, sorpresiva y *sin violencia* y aunque concurre ciertamente el ingrediente sexual del tocamiento en la parte del cuerpo descrita tiene mayor relevancia la ofensa a la dignidad de la víctima que a su indemnidad sexual, lo que debe llevar a su consideración como una falta de vejación injusta de carácter leve que hoy constituiría el delito de coacciones leves previsto en el mencionado art. 172.3 CP, de forma que el legislador ha considerado convertir la falta en delito leve aumentando la pena de multa hasta tres meses, pues ya hemos señalado que las vejaciones que consisten en acciones ofensivas sobre la víctima, como la presente, *comportan también un contenido coactivo*. (¡!)

Lo mismo cabe decir de la STS561/2017, de 13 de julio (RJ 2017, 3321), donde los hechos probados señalan que «el acusado acompañó a las niñas a la zona de juego con la moneda solicitada y colocando a las niñas en posición de jugar, introdujo la moneda en el fútbolín, pasando la mano entre las piernas de Marta, y con ánimo libidinoso, tiró de la palanca para dar salida a las bolas, rozando con la mano y tocando con ella, por encima del pantalón, en una sola ocasión la zona genital de la menor, en contra de su voluntad». Por tanto, la violencia esencial en las coacciones, por mínima que sea, brilla por su ausencia en este caso, por lo que no se puede estar de acuerdo en absoluto con este razonamiento del tribunal ni con la conclusión a la que llega en este caso cuando señala que «queda una última cuestión por tratar y es que a pesar de que la Audiencia califica los hechos como constitutivos de una falta de vejación injusta del artículo 620.2 CP, vigente al tiempo de suceder los hechos, dicta un fallo absolutorio por entender que la L.O. 1/2015 ha despenalizado las faltas y su consecuencia en el caso sería un vacío de contenido relativo a ella y por lo tanto no procede la aplicación de pena alguna.

Este argumento es erróneo, aunque no puede ser corregido en este trámite casacional, puesto que no ha sido suscitado y no es posible de oficio empeorar la situación de la parte recurrida», citando a continuación la argumentación ya transcrita de la STS 661/2015, de 28 de octubre (RJ 2015, 4953). Por tanto, se trata de otro supuesto donde la violencia brilla nuevamente por su ausencia y, sin embargo, el tribunal estaba dispuesto a castigar por el art. 172.3 CP si el trámite procesal se lo hubiera permitido. (¡!)

2. LA SUCESIÓN DE LEYES PENALES

A través de las sentencias citadas puede comprobarse fácilmente que se presentan aquí casos típicos de sucesión de leyes penales, donde la ley que estaba en vigor, en este caso el art. 620.2 CP, es derogada por otra posterior, en este caso el art. 172.3 CP, que resulta de aplicación desde su entrada en vigor, juzgándose

los hechos bajo la vigencia de la nueva ley. Por ello, conviene tener presente el principio general que rige en materia de aplicación de la ley penal en el tiempo, es decir, el principio de irretroactividad de la ley penal, según el cual, las leyes no tienen efecto retroactivo en el tiempo y han de aplicarse a los hechos acontecidos durante su vigencia (*tempus regit actum*), tal y como establecen los arts. 1.1 y 2.1 CP. Del mismo modo, hay que tener presente también la excepción a este principio general, que viene constituida por la retroactividad de las leyes penales que resulten más favorables para el reo, como determina el art. 2.2 CP.

En principio y en aplicación de la regla general de irretroactividad de la ley penal, a los hechos típicos de vejaciones injustas cometidos antes del 1 de julio de 2015 habría que aplicarle la ley que estaba en vigor en el momento de cometerse tales hechos, es decir, el art. 620.2 CP. Pero, como la falta de vejaciones injustas ha sido derogada por una ley posterior, por la LO 1/2015, de 30 de marzo, no puede ser aplicada para el enjuiciamiento de los hechos cuando el legislador ya no comparte la valoración jurídica de los hechos tipificados conforme a la falta. Ahora esos hechos resultan impunes en su mayoría por falta de tipicidad penal, salvo que se den los presupuestos típicos del delito coacciones de carácter leve del art. 172.3 CP, en cuyo caso podría resultar de aplicación para aquellos hechos cometidos bajo la vigencia de este nuevo delito. Pero, el art. 172.3 CP no puede ser aplicado a los hechos que ocurrieron antes de su entrada en vigor, porque lo impide el principio general de la irretroactividad de la ley penal y además porque no concurre la excepción a dicha regla general, cual es la retroactividad de la nueva ley penal si resulta favorable.

En efecto, el art. 172.3 CP resulta perjudicial para el reo en comparación con el art. 620.2 CP, pues el hecho ha pasado de tener la consideración de falta a ser tipificado como un delito leve y, en consecuencia, la pena prevista resulta más gravosa y perjudicial para el reo. Se pasa de la pena de multa de diez a veinte días, que preveía el art. 620.2 CP, a la nueva pena de multa de uno a tres meses que establece el art. 172.3 CP. Por tanto, hay que insistir en que todos los hechos en los que no esté presente un acto violento por parte del autor que hasta la LO 1/2015 podían calificarse como típicos de la falta de vejaciones injustas del art. 620.2 CP ahora resultan impunes por atípicos, es decir, han dejado de merecer reproche penal²⁹. Al tiempo que para los hechos violentos que ahora se puedan reconducir típicamente por vía del art. 172.3 CP también resultan impunes porque la aplicación de la nueva ley resulta más gravosa y perjudicial para el reo, por lo que no hay lugar para su aplicación en la medida en que solo puede tener efecto retroactivo si resulta favorable para el reo.

29. En este sentido sí puede aceptarse la opinión de los autores que han manifestado la despenalización de la falta, como BOLDOVA PASAMAR, 2014, p. 17; JIMÉNEZ SEGADO, 2014, p. 7; FARALDO CABANA, 2016, pp. 3 y 4; CUERDA ARNAU, 2016b, p. 187.

En suma, pues, los hechos acontecidos antes de la entrada en vigor del nuevo delito leve del art. 172.3 CP resultan impunes, bien por falta de tipicidad penal conforme a la nueva regulación o bien porque la nueva regulación resulta perjudicial para el reo y por ello no puede tener efecto retroactivo. Por tanto, lo que no se puede hacer en ningún caso como ha hecho el Tribunal Supremo en alguna ocasión es operar cómo si el art. 620.2 CP hubiera sido sustituido sin más por el art. 172.3 CP y en base a ello seguir exigiendo responsabilidad penal por vía del art. 620.2 CP como si nada hubiera cambiado, cuando la realidad es que ha sido derogado y en lo que coincide con la nueva regulación ha sido valorado como más grave y sancionado, por ello, con mayor penalidad. De donde cabe inferir, por tanto, que el art. 172.3 CP solo será de aplicación para los hechos acontecidos tras su entrada en vigor y siempre que se den sus presupuestos típicos, cosa que no sucederá en todos los casos que se venían considerando como de vejaciones injustas, en los que no había violencia alguna.

En todo caso, pese a la impunidad penal a la que se llega en la actualidad, cabría la posibilidad de exigir responsabilidad civil derivada del delito (falta derogada), de conformidad con lo establecido en el apartado segundo de la Disposición transitoria cuarta de la LO 1/2015. En esta disposición se establece que «la tramitación de los procesos por falta iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley por hechos que resultan por ella despenalizados o sometidos al régimen de denuncia previa, y que lleven aparejada una posible responsabilidad civil, continuarán hasta su normal terminación, salvo que el legitimado para ello manifestare expresamente no querer ejercitar las acciones civiles que le asistan, en cuyo caso se procederá al archivo de lo actuado, con el visto del Ministerio Fiscal. Si continuare la tramitación, el juez limitará el contenido del fallo al pronunciamiento sobre responsabilidades civiles y costas, ordenando la ejecución conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal». Solución que ha sido aplicada con buen criterio por el Tribunal Supremo en su jurisprudencia más reciente, destacando de manera especial la STS 763/2017, de 27 de noviembre (RJ 4913) en un caso calificado por el tribunal de instancia como falta del art. 620.2 CP y confirmado así por el tribunal superior en contra del criterio mantenido por el ministerio fiscal.

TERCERA LECTURA

Ramon Ribas, E. (2018). Abuso sexual, vejación injusta y coacción leve. En Morales Prats, F., Tamarit Sumalla, J. y García Alberó, R. (Coords.). Represión Penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares (pp. 1047-1061). Navarra, España. Thomson Reuters Aranzadi.

Se desarrolló la destipificación parcial de la vejación injusta de carácter leve, su relación con el abuso sexual, la respuesta penal a los abusos sexuales leves tras la reforma de 2015, valiéndose para ello de diversos pronunciamientos jurisprudenciales, y opinándose respecto de la calificación de los abusos sexuales leves como constitutivos de un delito de coacciones leves.

Represión Penal y Estado de Derecho

Homenaje al Profesor
Gonzalo Quintero Olivares

FERMÍN MORALES PRATS
JOSEP M^a TAMARIT SUMALLA
RAMÓN GARCÍA ALBERO
(COORDINADORES)

INCLUYE LIBRO
ELECTRÓNICO
**THOMSON REUTERS
PROVIEW™**

THOMSON REUTERS
ARANZADI

FERMÍN MORALES PRATS

Catedrático de Derecho Penal. Universitat Autònoma de Barcelona

JOSEP M.^a TAMARIT SUMALLA

*Catedrático de Derecho Penal. Universitat de Lleida y
Universitat Oberta de Catalunya*

RAMON GARCIA ALBERO

Catedrático de Derecho Penal. Universitat de Lleida

REPRESIÓN PENAL Y ESTADO DE DERECHO

Homenaje al Profesor Gonzalo
Quintero Olivares

THOMSON REUTERS

ARANZADI

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

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2018 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Fermín Morales Prats, Josep M.^a Tamarit Sumalla y Ramón García Alberó]

© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

Editorial Aranzadi, S.A.U.

Camino de Galar, 15

31190 Cizur Menor (Navarra)

ISBN: 978-84-1309-027-6

DL NA 2759-2018

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

Abuso sexual, vejación injusta y coacción leve

EDUARDO RAMON RIBAS

Catedrático de Derecho Penal de la Universitat de les Illes Balears

I. INTRODUCCIÓN

Desde el año 1994, en la Facultad de Derecho de la UIB, durante diez cursos académicos, asistí con suma regularidad a las clases de Derecho Penal impartidas por el Profesor Gonzalo Quintero Olivares. El primer año sentado casi a su vera, en la tarima del Profesor. Posteriormente, *escondido* entre sus otros alumnos, preguntando muchas veces y siendo interrogado, otras, *por éste o aquel precepto del Código Penal*. Decir esto no es contar una anécdota; decirlo es explicar cuál ha sido, en gran medida, mi formación como penalista. Entre mis méritos, y de forma muy destacada, figuran, por tanto, aquellos diez años, maravillosos por muchas razones, entras las que destaca, por supuesto, la figura de quien, con su constante magisterio, su afecto y su amistad, fue, desde entonces, después y siempre, Maestro. El Diccionario de la RAE define dicha palabra, cuando va referida a una persona, con los siguientes términos: «*De mérito relevante entre las de su clase*».

Gonzalo es, sin duda, una persona *de mérito relevante entre las de su clase*, pero para mí es mucho más que eso: con él aprendí, desde luego, el lenguaje propio del Derecho Penal, pero su magisterio trascendió los límites de dicha disciplina. Mi admiración es sincera y creciente; mi amistad, eterna; mi gratitud, infinita.

II. LA DESTIPIFICACIÓN PARCIAL DE LA VEJACIÓN INJUSTA DE CARÁCTER LEVE

La vejación injusta de carácter leve, prevista y penada como falta en el antiguo artículo 620 del Código Penal, sólo se castiga por éste, desde su reforma

por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo (cuya *disposición derogatoria única* deroga su Libro III –*Faltas y sus penas*–), «*quedando destipificada cuando no pertenece a una de dichas categorías*», cuando el ofendido fuera una de las personas a las que se refiere el artículo 173.2¹.

En efecto, el artículo 173.4 establece que «*quien cause injuria o vejación injusta de carácter leve, cuando el ofendido fuera una de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, será castigado con la pena de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, esta última únicamente en los supuestos en los que concurren las circunstancias expresadas en el apartado 2 del artículo 84*». Dispone también dicho artículo 173.4 que «*las injurias (no las vejaciones, sin embargo) solamente serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal*».

Las personas a las que se refiere el artículo 173.2 son las siguientes:

- El cónyuge del autor o persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia
- Los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente
- Los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente
- La persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar
- Las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados

III. VEJACIÓN INJUSTA, TRATO DEGRADANTE Y ABUSO SEXUAL

La falta de vejación injusta de carácter leve tenía un indudable *parentesco* o vínculo con el delito de trato degradante regulado en el artículo 173 y, en general, con los delitos contra la integridad moral.

Este último precepto preveía, y prevé, en el primer párrafo de su primer número, el castigo² de quien *infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral*. El *trato degradante leve*, es decir, no

1. Vid. FARALDO CABANA, *Los delitos leves. Causas y consecuencias de la desaparición de las faltas*, Tirant lo Blanch, Valencia 2016, pág. 184.

2. Con pena de prisión de 6 meses a 2 años.

causante de un menoscabo grave de dicha integridad, no era, como regla general, constitutivo de delito, pero sí de la referida falta de vejación injusta de carácter leve.

La diferencia entre el delito de trato degradante y la falta de vejación injusta de carácter leve era, por tanto, como prontamente señalaron CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC³, meramente cuantitativa.

He precisado que esta era la *regla general* debido a la previsión, contenida en los artículos 174 y 175⁴, del castigo de los *atentados no graves contra la integridad moral* protagonizados, abusando de su cargo, por autoridades y funcionarios públicos, ya fuere «*con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación*» (art. 174: delito de torturas), ya fuere sin concurrir ninguno de dichos fines (art. 175).

Los atentados graves contra la integridad moral estaban (y están) tipificados, por tanto, como delito común, en el artículo 173.1, hallando respuesta penal los atentados leves contra ella en el artículo 620. Unos y otros, cuando su autor fuere una autoridad o funcionario público que actuare con abuso de su cargo, eran (y son) objeto de castigo a través de los artículos 174, 175 y 176.

Es preciso, por consiguiente, matizar la afirmación, ya referida en el apartado que da principio a este artículo, de que la despenalización parcial de las vejaciones injustas haya determinado, que éstas «*sólo queden en el ámbito penal si se han cometido en contextos de violencia de género, doméstica o asistencial*»⁵: también son punibles fuera de dichos contextos si su autor es una autoridad o funcionario que actúa abusando de su cargo.

Dicha afirmación está, por otra parte, absolutamente generalizada. Otro ejemplo es el siguiente: «*2. Efectivamente, un supuesto de destipificación en el ámbito de las faltas contra las personas, al margen de las infracciones imprudentes leves, ha sido el de las injurias leves y el de las vejaciones injustas de carácter leve cuando el ofendido no sea una de las personas a las que se refiere el apartado 2 del art. 173 (es decir, no pertenezca al ámbito de la violencia doméstica definida legalmente en ese precepto). Así pues, toda injuria leve y toda vejación injusta de carácter leve proferida o efectuada sobre extraños, esto es, sobre cualquiera que no se encuentre en*

3. Vid. CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios al Código Penal*, vol. II, coord. Tomás S. Vives Antón, Tirant lo Blanch, Valencia 1996, pág. 2171.
4. Y, por supuesto, por remitirse, entre otros, a dichos artículos, en el artículo 176, según el cual, «*se impondrán las penas respectivamente establecidas en los artículos precedentes a la autoridad o funcionario que, faltando a los deberes de su cargo, permitiere que otras personas ejecuten los hechos previstos en ellos*».
5. Vid. LÓPEZ PELEGRÍN, «*Los nuevos delitos leves: análisis comparativo con las antiguas faltas*», en *Algunas cuestiones de parte especial tras la reforma de 2015 del Código Penal*, coordinadora Juana Del Carpio Delgado, Tirant lo Blanch, Valencia 2017, documento TOL6.489.117 Tirant on line.

una relación con el autor que pueda calificarse de doméstica, afectiva o similar en los términos del art. 173.2 del Código penal, ha dejado de constituir infracción penal desde el 1 de julio de 2015»⁶.

El referido *parentesco* o vínculo entre la vejación injusta de carácter leve y el trato degradante (expresión que si bien parece reservarse para los atentados graves contra la integridad moral, podría utilizarse como sinónimo de vejación injusta, y adjetivarse aquél y ésta como *graves* o *leves*) es enfatizado por la LO 1/2015, que sitúa en el propio artículo 173, que preside la regulación de los delitos contra la integridad moral, concretamente, como hemos visto, en su número 4, el delito de vejación injusta de carácter leve infligido a alguna de las personas a las que se refiere el propio artículo 173 en su número 2.

La función de la vejación injusta de carácter leve no se redujo jamás, sin embargo, a castigar los *tratos degradantes leves o no causantes de un grave menoscabo de la integridad moral*⁷: en la práctica funcionaba también como *falta de abusos sexuales*⁸, y no de forma meramente *ocasional*⁹.

IV. ABUSO SEXUAL Y «FALTA CORRESPONDIENTE»

El delito de abusos sexuales tiene, desde 2010, una doble sede: el Código Penal distingue los abusos sexuales causados a menores (desde 2010 a 2015, a menores de 13 años; desde 2015, a menores de 16 años) de los causados a adultos o, más exactamente, a quienes han alcanzado la mayoría de edad sexual (13 o 16 años, como acabamos de ver).

6. Vid. BOLDOVA PASAMAR, «Derecho Penal de mínimos: algunas consideraciones sobre el umbral de las prohibiciones relativas», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.^a Época, núm. 15 (enero 2016), pág. 15.

7. Tampoco, pues la falta de vejación injusta existía previamente, después de la tipificación del delito de trato degradante en 1995.

8. O, incluso, como *cajón de sastre* comprensivo de comportamientos de muy distinta naturaleza. Vid, en este sentido (citando a AYO FERNÁNDEZ, *Las faltas en el código penal y el juicio verbal de faltas*, Aranzadi, Pamplona 1996), ARMENTEROS LEÓN, *Las faltas: Derecho sustantivo y procesal. Comentarios y Jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia 2007, documento TOL1.050.088, Tirant on line. BOLDOVA PASAMAR (vid. «Derecho Penal de mínimos: algunas consideraciones sobre el umbral de las prohibiciones relativas», ob. cit., págs. 43 y ss.).

9. «En ocasiones, la falta de vejaciones injustas puede configurarse como una modalidad levisima de abuso sexual cuando estamos ante un comportamiento de cierta naturaleza sexual, pero que no tiene suficiente entidad para configurar el delito del artículo 181 del Código Penal (por ejemplo, enviar una carta de contenido sexual, mandar mensajes obscenos al teléfono móvil, realizar gestos a una persona de connotación sexual)». Vid. ARMENTEROS LEÓN, *Las faltas: Derecho sustantivo y procesal. Comentarios y Jurisprudencia*, ob. cit., documento TOL1.050.088, Tirant on line.

Dicho delito no tenía, utilizando la terminología empleada por DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN/LAURENZO COPELLO¹⁰, a diferencia de otros (destacadamente, entre los delitos contra bienes personales, las lesiones, coacciones o amenazas), una *falta correspondiente*: todo atentado sexual, con independencia de su *entidad*, era (y es) abarcado por el tenor literal de los artículos 181 y 183 del Código Penal.

El primero de dichos preceptos¹¹ prevé el castigo de *quien, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad¹² sexual de otra persona*. Las penas previstas, imponibles con carácter alternativo son las siguientes: prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.

El artículo 183¹³ establece que será castigado como responsable de abuso sexual a un menor, con la pena de prisión de dos a seis años, *el que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años*.

En suma, y de acuerdo con el tenor literal de los preceptos referidos, *todo acto de carácter sexual realizado con un menor de dieciséis años y todo acto que atente contra la libertad sexual de quien ya cumplió dieciséis años* son constitutivos de delito de abuso sexual. No existe, dicho de otro modo, un delito de abusos sexuales *leves*.

Sí existen, sin embargo, *abusos sexuales leves*, o, al menos, eso es lo que consideran fiscales¹⁴, jueces y tribunales, incluido el Tribunal Supremo. Enfrentados a un *atentado sexual* que se estima *leve*, no suficientemente grave como para *activar* los artículos 181 y 183 del Código Penal, ha sido muy frecuente calificar los hechos como constitutivos de una falta de vejación injusta de carácter leve, falta que ha funcionado, como he adelantado, como *falta de abusos sexuales*, es decir, como la *falta correspondiente al delito de abuso sexual*.

Esta solución fue aplicada tanto cuando los abusos sexuales a mayores y menores de edad eran objeto de tratamiento conjunto en el artículo 181 (es decir, hasta 2010), como una vez establecido un doble régimen jurídico para ellos. En este último período, que duró cinco años, los *abusos sexuales* recuperaron

10. Vid. *Comentarios al Código Penal. Parte Especial. Títulos I a VI y faltas correspondientes*, Tirant lo Blanch, Valencia 1997.

11. Que encabeza el Capítulo II (*De los abusos sexuales*) del Título VIII (*Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*) del Libro II (*Delitos y sus penas*).

12. La referencia a la indemnidad sexual en el artículo 181 es innecesaria, pues ésta se predica de los menores de dieciséis años y es objeto de protección a través de los artículos 183 y siguientes.

13. Que da principio al Capítulo II bis (*De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años*) del Título VIII del Libro II.

14. Al no sostener la acusación por uno de los dos preceptos que ahora nos ocupan.

su tratamiento penal unitario cuando tenían carácter *leve*, pues era la misma la falta aplicada con independencia de la edad de la víctima: pena de multa de diez a veinte días.

V. RESPUESTA PENAL A LOS ABUSOS SEXUALES LEVES TRAS LA REFORMA DE 2015

Si los *abusos sexuales leves* se consideraban constitutivos de una falta de vejaciones injustas, la supresión de ésta debería determinar, en pura lógica, su actual atipicidad: si se aplicaba dicha falta es porque la conducta no se consideraba subsumible en el delito de abusos sexuales, infracción penal más grave que la efectivamente aplicada y, por consiguiente, si se estimaba realizada, de aplicación preferente.

Tal respuesta, la declaración de atipicidad de los *abusos sexuales leves*, no era, no es, sin embargo, previsible o, al menos, no lo es de forma generalizada. En realidad, dicha atipicidad podría provocar un efecto contrario al propio, en principio, de la supresión de una determinada infracción penal: la *reinterpretación* de los hechos, no lo olvidemos, literalmente subsumibles en los delitos de abusos sexuales, con la consiguiente ampliación del ámbito *práctico* típico de estos últimos.

Las consecuencias de esta solución son distintas según se produzcan abusos sexuales a mayores de dieciséis años o a menores de dicha edad. En el primer caso, pese a estimar aplicable el delito de abusos sexuales, jueces y tribunales tienen la opción de imponer (y los fiscales y acusaciones particulares, de solicitar) una pena de prisión de uno a tres años o, alternativamente, una pena de multa, la referida de 18 a 24 meses. La elasticidad del marco penal previsto permitirá, por tanto, adecuar la respuesta penal a la gravedad del abuso sexual cometido.

En el segundo caso, el marco penal es más rígido, y muy severo en todo caso: se prevé, recordemos, la imposición de una pena de prisión de dos a seis años. El beso o tocamiento fugaz y superficial de carácter sexual lleva consigo, según el tenor literal de la ley, una respuesta indudablemente grave.

Esta pena¹⁵, como ahora veremos, ha condicionado, con toda certeza, la interpretación del delito de abusos sexuales a menores de dieciséis años, inaplicado frecuentemente cuando han tenido lugar *abusos sexuales de carácter leve*. ¿Cuál ha sido entonces la solución si, pese a todo, se ha estimado necesaria una respuesta penal? La apreciación de que se cometió un delito de coacciones leves.

15. También, en realidad, la prevista, incluso pese a su flexibilidad, por el artículo 181.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia núm. 661/2015, de 28 de octubre (Sala de lo Penal, Sección 1.^a)¹⁶, declara haber lugar al recurso de casación dirigido frente a la Sentencia dictada el día 2 de diciembre de 2014 por la Audiencia Provincial de Segovia, absolviendo por uno de los delitos de abuso sexual y condenando, en su lugar, pese a que había sido suprimida, por una falta de vejación injusta de carácter leve.

Los hechos declarados probados, en relación con el tema que nos ocupa, fueron los siguientes:

«De la prueba practicada en el acto del juicio oral resulta probado y así se declara que el procesado Adriano, nacido el día (...) de 1991, sin antecedentes penales, también conocido por el apelativo de “Virutas”, guiado por un ánimo libidinoso, se dirigió a diferentes mujeres que transitaban solas por la vía pública en la localidad de Segovia, y concretamente en el barrio de San Lorenzo, en fechas comprendidas entre el 1 de julio de 2012 y el 10 de marzo de 2013, con la intención de satisfacer sus apetitos sexuales. De esta forma, el acusado cometió los siguientes hechos: (...) B) En fecha no determinada, pero en un sábado de noviembre de 2012, sobre las 6:00, Eulalia se dirigía a su domicilio, sito en la CALLE000 n.º NUM002 de Segovia, caminando el acusado tras ella desde el supermercado Eroski sito en la vía Roma. Al percatarse la primera de la presencia del acusado, aceleró el paso hasta su domicilio, y cuando estaba subiendo las escaleras de acceso al inmueble, el acusado, con ánimo lúbrico, le tocó el trasero por detrás en la zona próxima a la entrepierna, girándose Eulalia inmediatamente e intentando darle una patada, abandonando a la carrera el acusado el lugar».

La Audiencia Provincial de Segovia, como hemos adelantado, consideró que los hechos eran constitutivos de un delito de abusos sexuales, imponiendo una pena de un año de prisión y dos años de alejamiento de Eulalia. El recurso de casación denunciaba la indebida aplicación del artículo 181.1 del Código Penal y la igualmente indebida inaplicación de la falta de vejación injusta prevista en el artículo 620.2. «Sostiene el recurrente», explica el Tribunal Supremo, «que en el presente hecho se está en todo caso ante una invasión leve en la intimidad corporal de otra persona, que se realiza de forma externa a través de la ropa y de una manera fugaz». El Ministerio Fiscal apoyó la estimación del recurso utilizando los mismos argumentos.

Advierte al respecto el Tribunal Supremo, en primer lugar, que «existen precedentes de la Sala en los que en situaciones análogas se ha aplicado la falta de vejaciones injustas prevista en el art. 620.2 CP, hoy derogado por la LO 1/2015»¹⁷. Dicho

16. Habiendo ya entrado en vigor, por tanto, la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo.

17. «Así, la STS 949/2005, de 20/07, declara los hechos probados constitutivos de la falta de vejación injusta leve “pues la acción de vejar puede afectar al honor y a la dignidad personal y puede incidir en la esfera de la intimidad sexual, y en el caso que se examina los hechos probados nos

ello, la cuestión que se plantea «es si la supresión de la falta debe llevar consigo la atipicidad penal de la conducta, independientemente de lo que diremos a continuación acerca de la calificación del hecho probado».

La condena del acusado como autor de una falta de vejación injusta de carácter leve es posible, según el Alto Tribunal, porque la supresión de dicha falta no lleva consigo, pese a todo, la atipicidad penal del comportamiento, pues los hechos son actualmente subsumibles en el delito de coacciones leves¹⁸. Dado que esta última calificación de los hechos es más grave que la de falta de vejaciones injustas, debe ser esta última la infracción penal aplicada.

«Sin embargo», explica el Tribunal Supremo, «la conducta descrita no puede entenderse que haya quedado impune en el texto del Código Penal después de la reforma de la LO 1/2015. Así el art. 172.3 se modifica añadiéndole un párrafo tercero que califica como coacción, fuera de los casos anteriores, el que cause a otro una coacción de carácter leve, siendo castigado con la pena de multa de uno a tres meses, es decir ex- art. 33.4.g) CP se trataría de un delito leve. En general las vejaciones que consisten en actos o acciones conllevan también un ingrediente de coacción y a falta de un tipo específico de vejación será aplicable este delito. Por lo tanto el nuevo Código no contiene un vacío punitivo en relación con el espacio cubierto por la falta del art. 620.2, hoy derogado, que castiga a los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve, salvo que el hecho sea constitutivo de delito. Por ello en caso de estimar los hechos como pretende el recurrente y el Ministerio Fiscal sería por la vía de la falta que estaba vigente cuando se produjeron».

Los datos decisorios que permiten estimar inaplicable el delito de abusos sexuales son los siguientes: «en el presente caso los hechos se desarrollan de forma fugaz, sorpresiva y sin violencia y aunque concurre ciertamente el ingrediente sexual del tocamiento en la parte del cuerpo descrita tiene mayor relevancia la ofensa a la dignidad

sitúan ante unas acciones del acusado de escasa entidad, no hubo otra violencia que la sorpresiva actuación física tocando los senos a la víctima de forma fugaz y rápida y por encima de la ropa, que precisamente por ello debe reputarse como una leve intromisión en la intimidad corporal que integra la falta antedicha»; o la STS 832/2007, 05/10, en la que el intento de besar a la víctima en los labios sin su consentimiento, agarrándola de la cintura, ante el grado de tentativa, desplaza la figura del abuso sexual. Pues bien, en el presente caso los hechos se desarrollan de forma fugaz, sorpresiva y sin violencia y aunque concurre ciertamente el ingrediente sexual del tocamiento en la parte del cuerpo descrita tiene mayor relevancia la ofensa a la dignidad de la víctima que a su indemnidad sexual, lo que debe llevar a su consideración como una falta de vejación injusta de carácter leve que hoy constituiría el delito de coacciones leves previsto en el mencionado art. 172.3 CP, de forma que el legislador ha considerado convertir la falta en delito leve aumentando la pena de multa hasta tres meses, pues ya hemos señalado que las vejaciones que consisten en acciones ofensivas sobre la víctima, como la presente, comportan también un contenido coactivo». Vid. STS, recién citada, núm. 661/2015, de 28 de octubre.

18. Ello significa, lógicamente, que también antes de 2015 debía estimarse realizada esta infracción penal (concretamente, entonces, una falta de coacciones), si bien la presencia de la falta de vejaciones injustas de carácter leve *ocultaba* tal circunstancia.

de la víctima que a su indemnidad sexual, lo que debe llevar a su consideración como una falta de vejación injusta de carácter leve que hoy constituiría el delito de coacciones leves previsto en el mencionado art. 172.3 CP, de forma que el legislador ha considerado convertir la falta en delito leve aumentando la pena de multa hasta tres meses, pues ya hemos señalado que las vejaciones que consisten en acciones ofensivas sobre la víctima, como la presente, comportan también un contenido coactivo».

Dicho con toda claridad: pese a que el comportamiento incorpora, indudablemente, un **ingrediente sexual**, la fugacidad del episodio y la ausencia de violencia determinan la decisión del Tribunal Supremo: «*tiene mayor relevancia la ofensa a la dignidad de la víctima que a su indemnidad sexual*». En realidad, si se observa con atención, el Tribunal Supremo no niega la existencia de un atentado sexual, lo cual debería determinar la aplicación del delito de abusos sexuales o, en su caso, la apreciación de un concurso de leyes¹⁹ entre dicha infracción y un delito contra la integridad corporal (no, propiamente, contra la dignidad), sin que la infracción penal más leve pueda desplazar, por aplicación del principio de especialidad, la infracción penal más grave.

Refiriéndose precisamente a la citada Sentencia núm. 661/2015, de 28 de octubre, reitera el Tribunal Supremo dos años después, concretamente en su Sentencia núm. 561/2017, de 13 de julio²⁰, su opinión de que la supresión de la falta de vejación injusta de carácter leve no ha supuesto la destipificación de los *abusos sexuales leves*, que son susceptibles de ser castigados mediante el delito de coacciones leves previsto y penado en el artículo 172.3.

Se refiere el Alto Tribunal en esta última resolución a «*unos hechos (los enjuiciados en la Sentencia núm. 661/2015) que guardan desde luego analogía con los presentes*», «*pues en el hecho probado se decía que la perjudicada, ciertamente mayor de edad, “estaba subiendo las escaleras de acceso al inmueble,... (cuando) con ánimo lúbrico, (el entonces acusado y recurrente) le tocó el trasero por detrás en la zona próxima a la entrepierna...”*».

Los Hechos declarados Probados eran los siguientes: «*El acusado Pio, condenado ejecutoriamente en virtud de sentencia penal firme de la fecha 26 de mayo de 2010, dictada por el Juzgado de lo Penal n.º 1 del Burgos, en la causa n.º 422/09, por un delito de abusos sexuales a menor a la pena de multa de 21 meses a razón de 6 €, pena que se extinguió el día 05/01/2015, trabajaba como camarero del establecimiento BUFFALO GRILL sito en la carretera de Fuencarral de la localidad de Alcobendas el día 11 de abril de 2015.— Tal día, sobre las 16 horas y 30 minutos, la menor Marta, quien tenía 12 años, trataba de jugar con su prima de 6 años al fútbolín que había en la planta alta del citado local, solicitaron ayuda para que le cambiaran 2 monedas de 50*

19. O, incluso, de delitos.

20. Ponente, D. Juan Saavedra Ruiz.

céntimos por una de 1 €, imprescindible para poner en funcionamiento dicho juego.— El acusado acompañó a las niñas a la zona de juego con la moneda solicitada y colocando a las niñas en posición de jugar, introdujo la moneda en el fútbolín, pasando la mano entre las piernas de Marta, y con ánimo libidinoso, tiró de la palanca para dar salida a las bolas, rozando con la mano y tocando con ella, por encima del pantalón, en una sola ocasión la zona genital de la menor, en contra de su voluntad».

Tras recordar el Tribunal Supremo, como en la anterior sentencia, que existen «precedentes de la Sala en los que en situaciones análogas o semejantes se ha aplicado la falta de vejaciones injustas previstas en el artículo 620.2 CP», introduce una nueva argumentación que apoya la decisión de no estimar aplicable el delito de abusos sexuales sino dicha falta: «Tampoco podemos olvidar la vigencia del principio de proporcionalidad no solo en relación con la individualización de la pena sino también con la calificación cuando corresponde al Tribunal decidir sobre la gravedad de la conducta en relación con una alternativa típica, como es el caso».

Esta fue precisamente la solución adoptada en la sentencia recurrida en casación por el Ministerio Fiscal²¹, que decidió absolver al acusado por entender que los hechos eran constitutivos de una falta de vejaciones injustas cuya supresión por la LO 1/2015 determinaba la atipicidad de los hechos.

Las razones que abogan en contra de la subsunción de los hechos en el delito de abusos sexuales a menores previsto y penado en el artículo 183.1 CP son, en fin, las mismas que las que sostuvieron el fallo adoptado en la STS núm. 661/2015, de 28 de octubre, es decir, fugacidad del episodio sorpresivo y ausencia de violencia, a la que añaden, como hemos visto, la desproporcionalidad de la pena resultante. En relación con este último argumento, cita el Alto Tribunal su Sentencia núm. 420/2017, que si bien «es cierto» que «se dirigía al campo de la individualización de la pena», «también lo es, no solo que mediatamente la calificación del hecho como delito o falta según la versión anterior del Código incide directamente sobre la misma sino que igualmente debe ser ponderado el principio en el campo de la calificación cuando se trate de alternativas típicas que deban ser valoradas por los Tribunales en la operación de subsunción de la conducta del sujeto. Por otra parte el resultado de la calificación conforme al artículo 183.1 CP (L.O. 5/2010), como con razón apunta el Ministerio Fiscal, con la agravante de reincidencia alcanzaría como límite legal mínimo el de cuatro años y un día de prisión».

El Tribunal Supremo, como hemos visto, consideró, en suma, que los hechos no tenían suficiente entidad para alcanzar la subsunción en el delito de abusos sexuales por lo desproporcionado que resultaría el reproche, si bien no acepta la idea de que los hechos son, desde 2015, penalmente atípicos. El recurso de casación es, en consecuencia, desestimado.

21. Alegando, como motivo único, infracción de ley por indebida inaplicación del artículo 183.1 (abusos sexuales a menores de 16 años).

Dicho ello, se ocupa el Alto Tribunal de una «última cuestión»: «a pesar de que la Audiencia califica los hechos como constitutivos de una falta de vejación injusta del artículo 620.2 CP, vigente al tiempo de suceder los hechos, dicta un fallo absolutorio por entender que la L.O. 1/2015 ha despenalizado las faltas y su consecuencia en el caso sería un vacío de contenido relativo a ella y por lo tanto no procede la aplicación de pena alguna». «Este argumento es», sin embargo, afirma el Tribunal Supremo, «erróneo», si bien «no puede ser corregido en este trámite casacional, puesto que no ha sido suscitado y no es posible de oficio empeorar la situación de la parte recurrida».

También en su Sentencia núm. 217/2018, de 8 de mayo, asume el Alto Tribunal la idea de que los abusos sexuales leves o de insuficiente entidad para ser subsumidos en el delito de abusos sexuales, antes constitutivos de una falta de vejaciones injustas, lo son ahora de un delito leve de coacción del art. 172.3 CP, con el que aquella «guarda correspondencia»²².

22. «El Tribunal ha encajado los hechos en la antigua falta de vejación injusta (...) que guarda correspondencia en el Código vigente con la del delito leve de coacción del art. 172.3 CP de penalidad más grave lo que obliga aplicar como ha hecho correctamente la Sala de instancia la legislación vigente».

En esta resolución, sin embargo, el Tribunal Supremo absuelve al acusado por estimar el motivo de presunción de inocencia alegado por la parte recurrente: «Identificamos, por esas irregularidades, posibilidades alternativas no tajantemente descartables, un eventual influjo inconsciente que generase esa ideación: una insuficiencia objetiva de la prueba que impide derrotar la presunción de inocencia».

La absolución, incluso vencida la presunción de inocencia, habría sido también la solución adoptada, afirma el Tribunal Supremo, dado lo previsto en la Disposición Transitoria Cuarta de la LO 1/2015. «En este sentido se ha manifestado la STS 783/2017, de 27 de noviembre». «Disposición transitoria cuarta. Juicios de faltas en tramitación.

2. La tramitación de los procesos por falta iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley por hechos que resultan por ella despenalizados o sometidos al régimen de denuncia previa, y que lleven aparejada una posible responsabilidad civil, continuarán hasta su normal terminación, salvo que el legitimado para ello manifestare expresamente no querer ejercitar las acciones civiles que le asistan, en cuyo caso se procederá al archivo de lo actuado, con el visto del Ministerio Fiscal.

Si continuare la tramitación, el juez limitará el contenido del fallo al pronunciamiento sobre responsabilidades civiles y costas, ordenando la ejecución conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal».

Ocuparnos de la interpretación de la referida Disposición Transitoria Cuarta excede los límites impuestos para participar en esta obra colectiva, si bien es preciso realizar un breve comentario de un extracto de la citada STS núm. 783/2017, de 27 de noviembre. En ella se contiene la siguiente afirmación: «3. La tesis que formula subsidiariamente el Ministerio Fiscal ha sido acogida por alguna sentencia de esta Sala, como la n.º 661/2015, de 28 de octubre. Sin embargo, esa posibilidad de subsumir la conducta anteriormente prevista en la falta de vejación injusta anteriormente prevista en el art. 620.2 del C. Penal ha sido descartada por reiterada jurisprudencia posterior, aplicando al respecto la disposición transitoria cuarta de la LO 1/2015, de 30 de marzo». El Ministerio Fiscal formuló una calificación subsidiaria a la del delito de abuso sexual, proponiendo la condena del acusado por la falta de vejación injusta del art. 620.2 a la pena de 15 días multa a razón de 50 euros diarios, dada la situación económica del reo. «Y ello porque, tal como ya dijimos en su momento, la supresión de la falta no llevaría consigo la atipicidad penal de la

A los datos decisivos antes apuntados, es decir, fugacidad del episodio sorpresivo, ausencia de violencia y desproporcionalidad de la pena resultante, es preciso añadir otro que evidencia comúnmente, a juicio de jueces y tribunales, sumada a las anteriores circunstancias y a la gravedad de las penas previstas por el Código Penal para los delitos de abusos sexuales (especialmente para los abusos sexuales a menores de 16 años), la referida desproporcionalidad: el hecho de que la conducta consista en roces o tocamientos por encima de la ropa.

En este sentido se pronuncia, por ejemplo, el Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 547/2016, de 22 de junio: *«En el presente caso, nos encontramos con unos roces/tocamientos por encima de la ropa por la espalda, glúteos y órgano sexual de las menores, efectuados de forma episódica en el curso de la clase de guitarra que daba a ambas menores, sin que pueda precisarse la reiteración de tales roces o tocamientos sin que exista prueba de que eran casi todos los días de clase. Al respecto nos remitimos a lo dicho por las menores a sus padres donde relatan unos hechos —idénticos en lo esencial— pero con una menor intensidad o reiteración.*

Por otra parte, a la hora de tipificar los hechos enjuiciados en la calificación jurídica procedente y en contra del criterio de la sentencia de instancia, consideramos que siendo reprochables penalmente, carecen de la consistencia y gravedad que vertebran el delito de abuso sexual por el que han sido condenados, debiendo estimarse como constitutivos de dos vejaciones continuadas injustas del art. 620-2.º Código Penal, texto de la LO 5/2010 en vigor al tiempo de la ocurrencia de los hechos. Se está en presencia de leves tocamientos externos a través de la ropa de forma fugaz».

En esta última sentencia apela también el Alto Tribunal al referido principio de proporcionalidad: *«Desde otro punto de vista hay que recordar que el principio de proporcionalidad debe ser el eje definidor de cualquier decisión judicial (...). La vigencia de este principio en nuestro sistema de justicia penal está fuera de duda, al encontrarse tal principio recogido en el art. 49 de la Carta Europea de Derechos —Tratado de Lisboa—, que forma parte de nuestro Ordenamiento Jurídico. Directamente relacionado con el principio de proporcionalidad está el de merecimiento de pena por el disvalor afectado al bien jurídico de la libertad sexual e intimidad de las menores, disvalor que*

conducta, pues el nuevo artículo 172 se ha modificado añadiendo un tercer apartado que califica como autor del delito al que cause a otro una coacción de carácter leve, y en los actos de carácter sexual de menor entidad “tiene mayor relevancia la ofensa a la dignidad de la víctima que a su indemnidad sexual, lo que debe llevar a su consideración como una falta de vejación injusta de carácter leve que hoy constituiría el delito de coacciones leves previsto en el mencionado artículo 172. 3 C. Penal”. El Alto Tribunal, en la resolución que ahora nos ocupa, la STS núm. 783/2017, no afirma que los abusos sexuales leves no sean actualmente constitutivos de un delito leve de coacciones (igualmente leves), sino que se limita a sostener la imposible aplicación de esta última infracción en el caso enjuiciado dado lo dispuesto por la Disposición Transitoria Cuarta, que establece, como anuncia su rúbrica, un régimen transitorio que disciplina hechos acontecidos antes de la aprobación de la LO 1/2015 pero enjuiciados posteriormente.

estimamos suficientemente compensado con la pena correspondiente a la vejación cometida de acuerdo con la legalidad en vigor al tiempo de la comisión de tales hechos.

Consideramos en este control casacional que la nueva calificación de vejación, sobre ser más correcta a la entidad de los hechos, es, en relación a la respuesta penal mucho más respetuosa con el principio de proporcionalidad de la pena.

Retenemos al respecto el art. 49 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que nos dice en el párrafo 3.º de dicho artículo que:

“La intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción”.

Desproporción que sí se aprecia en la pena impuesta en la instancia al recurrente, dos penas de cinco años de prisión cada una.

La pena prevista en el art. 620-2.º Cpenal en vigor al tiempo de los hechos es de diez a veinte días de multa. La vejación —una por cada menor— es continuada concurriendo la agravante de prevalimiento. Por lo demás, debe recordarse que de acuerdo con el antiguo art. 638 Cpenal en la individualización judicial de las penas correspondiente a las faltas no es preciso ajustarse a las reglas de los arts. 61 a 72 CPenal.

Obviamente que la pena queda reservada al “prudente arbitrio”, no es equivalente a que el Tribunal puede sin motivación fijar la pena dentro de los límites legales. Este aspecto se desarrollará en la segunda sentencia.

Como consecuencia de todo lo razonado, procede la estimación de este motivo con el alcance indicado».

El Tribunal Supremo, por consiguiente, considera en su Sentencia núm. 547/2016, de 22 de junio, que los hechos no son merecedores de ser calificados como delito de abuso sexual sino como falta de vejaciones injustas de carácter leve, olvidando, sin embargo, que esta falta fue suprimida, por lo que no es posible imponer el castigo efectivamente impuesto... salvo que se considere que los hechos son también constitutivos de un delito de coacciones leves del artículo 173.2 y que la acusación haya fundamentado su pretensión punitiva en tal sentido: en tal caso, se podrá aplicar la falta de vejación injusta de carácter leve para evitar empeorar la situación del reo aplicando una figura delictiva más severamente sancionada por la ley después de la comisión de los hechos.

VI. LA «BONDAD» DE LA CALIFICACIÓN DE LOS «ABUSOS SEXUALES LEVES» COMO CONSTITUTIVOS DE UN DELITO DE COACCIONES LEVES

Es preciso, por último, analizar la siguiente cuestión: ¿es realmente posible afirmar que el abuso sexual leve, es decir, el realizado, sin violencia, de forma fugaz por encima de la ropa, es constitutivo de un delito de coacciones?

El artículo 172.1 del Código Penal prevé el castigo de quien «*sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto*».

Como podemos observar, la coacción presenta dos modalidades: impedir a otro hacer lo que la ley no prohíbe, o compelerle a efectuar lo que no desea, fuere justo o injusto. Aunque a mi juicio resulta fundamental en ambos casos el empleo de *violencia*, es indiscutible que ésta es exigible en la primera de las dos modalidades de coacción referidas por el precepto: el sujeto activo debe *impedir a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe*. En la segunda modalidad no aparece expresamente dicha exigencia, aunque ese es el significado de *compeler*. Según el Diccionario de la RAE, compeler es «*obligar a alguien, con fuerza o por autoridad, a que haga lo que no quiere*».

El concepto de coacción definido por el artículo 172.1 es aplicable, por supuesto, a las *coacciones leves* sancionadas por los apartados 2 y 3 del artículo 172: la diferencia entre éstas y las coacciones graves cuyo castigo prevé el artículo 172.1 no radica en el empleo en estas últimas de violencia y en su ausencia en las coacciones leves, sino en la entidad de la violencia ejercida. Es preciso insistir en ello: el concepto de coacción no se contiene en los apartados 2 y 3 del artículo 172, sino en su primer apartado. Definida la coacción, el artículo 172 establece un régimen jurídico distinto para las coacciones que fueren consideradas leves, distinguiendo entonces entre las *coacciones leves de género* o causadas a una personas especialmente vulnerable que conviva con el autor y las demás coacciones leves.

Dicho ello es preciso admitir que la jurisprudencia ha realizado una interpretación extensiva del concepto violencia, rayana en la analogía, que ha conferido un extraordinario ámbito de aplicación al delito de coacciones. La violencia puede ser física o psíquica, y la primera de ellas proyectarse sobre personas o sobre cosas.

¿Es posible afirmar que se cometió una coacción en los supuestos de *abusos sexuales leves* que nos han ocupado en este trabajo? Obviamente, nos hallamos ante supuestos en los que no existió consentimiento de la víctima, pero no debe olvidarse que la coacción no consiste en *imponer* o *someter* a una persona a una conducta no consentida, sino en impedirle realizar con violencia lo que desea o en compelerle u obligarse a realizar lo que no quiere.

Aunque, según diversas Audiencias Provinciales e, incluso, según el propio Tribunal Supremo²³, debe afirmarse que existe una coacción en los supuestos

23. A cuya solución parece sumarse BOLVODA PASAMAR, según el cual «*sin embargo, no es evidente que estas conductas vayan a quedar impunes en todo caso tras la reforma de 2015*». Cita precisamente la referida STS núm. 666/2015, de 28 de octubre (vid. «Derecho Penal

de abuso sexual leve referidos, lo cierto es que es esta una calificación que no se ajusta al tenor literal de la ley: el autor no impide a la víctima con violencia realizar lo que desea y tampoco la compele a hacer lo que no quiere hacer. Aunque la solución sea más proporcionada que la que resulta de la aplicación de la ley conforme obliga su tenor literal, es obligado aceptar que se abandona éste y que, por tanto, se trata de una solución *bien intencionada*, sí, pero prohibida por la Ley.

No es cierto, por consiguiente, como afirma el Tribunal Supremo²⁴, que «en general las vejaciones que consisten en actos o acciones conllevan también un ingrediente de coacción»: la víctima *soporta*, ciertamente, un comportamiento no deseado y, en tal medida, a ella impuesto, pero sólo cabrá admitir que existe un ingrediente de coacción si se emplea violencia o si la víctima es compelida a hacer lo que no desea.

La presumible desaparición de la distinción entre agresiones y abusos sexuales sólo facilitará una respuesta adecuada a los *abusos/agresiones sexuales leves* si se prevé un marco penal lo suficientemente amplio para distinguir entre tales comportamientos y los que exijan su adjetivación como graves.

de mínimos: algunas consideraciones sobre el umbral de las prohibiciones relativas», ob. cit., págs. 46 y 47), afirmando, a modo de conclusión, que los «actos que afectan a la intimidad y con un trasfondo sexual» «en muchos casos» «pueden implicar unas coacciones» (vid. ob. ult. cit., pág. 50).

24. En la citada Sentencia núm. 661/2015, de 28 de octubre (Sala de lo Penal, Sección 1.ª).

CUARTA LECTURA

De Vicente Martínez, R. (2018). ¡No es abuso, es violación! El clamor social ante la sentencia del caso «La Manada». En Morales Prats, F., Tamarit Sumalla, J. y García Albero, R. (Coords.). Represión Penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares (pp. 1095-1109). Navarra, España. Thomson Reuters Aranzadi.

En la presente lectura se abordó sintéticamente el impacto social de la sentencia del caso “La Manada”, para luego desarrollar dogmáticamente los conceptos de intimidación y delito continuado/concurso real, que fueron relevantes en la motivación de la sentencia, proponiéndose cuál debió haber sido su correcta aplicación.

Represión Penal y Estado de Derecho

Homenaje al Profesor
Gonzalo Quintero Olivares

FERMÍN MORALES PRATS
JOSEP M^a TAMARIT SUMALLA
RAMÓN GARCÍA ALBERO
(COORDINADORES)

INCLUYE LIBRO
ELECTRÓNICO
THOMSON REUTERS
PROVIEW™

THOMSON REUTERS

ARANZADI

FERMÍN MORALES PRATS

Catedrático de Derecho Penal. Universitat Autònoma de Barcelona

JOSEP M.^a TAMARIT SUMALLA

*Catedrático de Derecho Penal. Universitat de Lleida y
Universitat Oberta de Catalunya*

RAMON GARCIA ALBERO

Catedrático de Derecho Penal. Universitat de Lleida

REPRESIÓN PENAL Y ESTADO DE DERECHO

Homenaje al Profesor Gonzalo
Quintero Olivares

THOMSON REUTERS

ARANZADI

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

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2018 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Fermín Morales Prats, Josep M.^a Tamarit Sumalla y Ramón García Albero]

© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

Editorial Aranzadi, S.A.U.

Camino de Galar, 15

31190 Cizur Menor (Navarra)

ISBN: 978-84-1309-027-6

DL NA 2759-2018

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

¡No es abuso, es violación! El clamor social ante la sentencia del caso «La Manada»

ROSARIO DE VICENTE MARTÍNEZ

*Catedrática de Derecho penal
Universidad de Castilla-La Mancha*

La invitación del Prof. Joseph María Tamarit a participar en el Libro Homenaje al Prof. Quintero Olivares coincidió en el tiempo con el revuelo mediático de la sentencia del caso «La Manada» –nombre del logo de WhatsApp de los acusados–, y pensé que al homenajeado no le importaría demasiado que se insistiera en el tema que, en esta ocasión, queda limitado al concepto de intimidación y al delito continuado.

I. INTRODUCCIÓN

Nunca una sentencia había levantado tanto revuelo, y había devuelto a la actualidad casos casi olvidados¹, como lo ha hecho la sentencia de la Audiencia

1. Casos que han pasado a los anales de las sentencias gloriosas de nuestros Tribunales como el «caso de la minifalda», donde una menor, víctima de acoso sexual por parte de su jefe, acabó siendo presentada por el Magistrado como culpable por «haber provocado, quizá inocentemente» a su jefe. El ponente del fallo declaró entre risas días más tarde del juicio que el procesado «no pudo resistir la tentación. Era verano, hacía calor. A lo mejor había comido mucho y bebido, y se produjo esa reacción biológica y psicológica. Todo depende de la longitud de la minifalda. Tanta economía de tejido es más provocativa que una que tenga más centímetros de falda». La Audiencia Territorial de Barcelona sancionó a los Magistrados de la denominada «sentencia de la minifalda» con una advertencia leve para que en lo sucesivo se abstuvieran de hacer declaraciones que supongan negligencia en el ejercicio del deber o desconsideración hacia los justiciables. O el «caso del hierro candente en la vagina», donde en los fundamentos jurídicos el ponente de la sentencia dibuja a «la mujer como epígono del hombre, al formarse del único hueso del que puede prescindir el varón sin desmerecer en su anatomía; material desechable, por tanto, y definidor de inferioridad, válido

Provincial de Navarra 38/2018, de 20 de marzo (ARP 2018, 149), sentencia que no ha contentado a nadie. Ni siquiera se pusieron de acuerdo los tres Magistrados que conformaron la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Navarra –dos hombres y una mujer–, ni acusaciones – Ministerio Fiscal, acusación particular y acusaciones populares ejercidas por la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y el Excmo. Ayuntamiento de Pamplona–, ni defensas.

El controvertido fallo y más controvertido voto particular inmediatamente provocó protestas a las puertas de la Audiencia Provincial de Navarra y, al poco tiempo, una fuerte movilización feminista de apoyo a la víctima con la celebración de diversas manifestaciones y concentraciones en todas las ciudades de España bajo lemas como: «La Manada somos nosotras», «No es abuso, es violación», «Yo sí te creo», etc. Las redes sociales se inundaron de mensajes a favor de la joven, se empapelaron árboles, farolas y papeleras con los rostros de los cinco acusados, apareciendo incluso cinco muñecos colgados de un puente junto a un cartel que pedía Justicia.

El entonces Ministro de Justicia, Rafael Catalá, se ocupó de echar más leña al fuego al cuestionar al juez del voto particular por no estar en plenas facultades y asegurar que tenía algún «problema singular». La reacción a dichas palabras no tardó en llegar, las cuatro asociaciones judiciales (la Asociación de Juezas y Jueces para la Democracia, la Asociación Profesional de la Magistratura, la Asociación de Jueces Francisco de Vitoria y la Asociación de Jueces Foro Judicial Independiente) junto a las tres asociaciones de fiscales (la Unión Progresista de Fiscales, la Asociación de Fiscales y la Asociación Profesional Independiente de Fiscales) alcanzaron, como pocas veces ha sucedido, un consenso veloz y unánime que pedía la dimisión del Ministro.

La Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial reaccionó inmediatamente apelando a la moderación, prudencia y mesura y a la responsabilidad institucional para evitar la utilización política de la Justicia o el cuestionamiento de la independencia, la imparcialidad y la profesionalidad de los/as Jueces/Juezas y Magistrados/as que integran el Poder Judicial y que trabajan para lograr una Justicia de calidad. El presidente del Tribunal Supremo y del

solo para uso y abuso». O el «caso de la mujer de vida licenciosa», donde los jueces absuelven de violación a dos jóvenes por presunta vida licenciosa de la víctima, pues aparte de su condición de casada, «mantiene una vida licenciosa y desordenada, como revela el carecer de domicilio fijo, encontrándose sola en una discoteca a altas horas de la madrugada, después de haber ingerido bebidas alcohólicas». La sentencia resalta que la joven se prestó «a viajar en el vehículo de unos desconocidos (...), haciéndolo entre ambos en el asiento delantero y poniéndose así, sin la menor oposición, en disposición de ser usada sexualmente». Tampoco pudo pasar desapercibido el «caso de las bragas», donde el juez preguntó a una presunta violada si llevaba bragas cuando fue atacada, o el «caso del alfiler» donde se exigió una resistencia heroica a la mujer frente a su agresor.

Consejo General del Poder Judicial, Carlos Lesmes, ante las reacciones suscitadas por la sentencia recordaba en un comunicado «que son los Jueces y Magistrados el más importante baluarte para la protección y defensa de todas las víctimas».

Por su parte el Ejecutivo anunciaba la necesidad de analizar si los delitos contra la libertad sexual están o no bien tipificados en el Código penal, poniendo en funcionamiento la Sección de Derecho Penal de la Comisión General de Codificación, no sin ciertos y «singulares» problemas.

La sentencia también movilizó a psiquiatras y psicólogos. 1869 profesionales de la psiquiatría y psicología de toda España, en una carta abierta al Ministerio de Justicia explicaban que ante una situación de amenaza de muerte, lesión grave o violencia sexual es común una respuesta de inmovilización cuando no es posible huir ni escapar, por lo que no tenía sentido plantear el tema del consentimiento.

La movilización y los comentarios de protesta no solo llegaron desde todos los ámbitos, sino que trascendieron más allá de nuestras fronteras. Los más contundentes desde la **Coordinadora ejecutiva de la organización de la ONU para promover la igualdad de género** que lamentaba la condena de nueve años de cárcel para los cinco jóvenes condenados por la Audiencia Provincial de Navarra porque «subestima la gravedad» de los hechos, y supone un incumplimiento de las «obligaciones claras» de los Estados de proteger los derechos de las mujeres. Pero no era la única. La cuestionada sentencia también recibió **críticas generalizadas en la Eurocámara** durante un debate sobre la aplicación en España de los estándares internacionales sobre violencia sexual.

Y por si todo esto no fuera bastante, un error de la Audiencia Provincial de Navarra posibilitó la filtración de datos personales de la víctima de los hechos enjuiciados y, más en concreto, del acceso producido vía código seguro de verificación contenido en la sentencia, lo que llevó a que durante algunos días se pudiera acceder a datos de la víctima, publicándose por parte de algunos foros y medios digitales información personal de la misma. La Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, reunida en sesión extraordinaria, optó por abrir un periodo de diligencias informativas para determinar si se había producido una vulneración de la normativa en materia de protección de datos de carácter personal en relación con la sentencia 38/2018 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra.

Y cuando las aguas parecían volver a su cauce, una nueva decisión del mismo Tribunal concediendo la libertad provisional a los cinco acusados con el voto discrepante, en este caso, del Presidente de la Sala, hacían volver a las calles de Pamplona y de toda España el grito de ¡no es abuso, es violación!

Pero ¿por qué creó tanto revuelo esta sentencia?

II. LA SENTENCIA DE «LA MANADA» Y EL VOTO PARTICULAR

La polémica sentencia de «La Manada» es un proceso judicial relacionado con los hechos protagonizados por cinco hombres sobre una chica de 18 años la madrugada del 7 de julio, día de San Fermín, en un cuarto de un portal de una calle de Pamplona. Los hechos probados y admitidos por las dos partes relatan que la joven y los acusados se conocieron en la Plaza del Castillo, entablaron conversación y se colaron en un portal, aprovechando que entraba en el mismo un vecino, hasta llegar a un habitáculo, recóndito, angosto, estrecho y con una única salida coincidente con la entrada, en el que los cinco hombres le prepararon una encerrona. Según ellos, lo hicieron para mantener sexo, según ella porque creía que iba a fumar un porro.

Rodeada por los cinco acusados, de edades muy superiores y fuerte complejión, fue sometida a mantener relaciones sexuales con todos ellos. Todos los acusados han reconocido los contactos mantenidos y que éstos consistieron en, al menos, cinco felaciones, tres penetraciones vaginales y tres penetraciones anales.

Después de 20 minutos dentro del pequeño habitáculo, ellos salieron solos del edificio dejando a la joven desnuda y sin móvil. Los agentes policiales que atendieron a la joven presentaron un informe donde advertían que la chica mantenía una actitud «pasiva y neutra», que su actitud no era «participativa» y que hubo «humillación y vejación» hacia ella.

Los acusados grabaron siete videos con un total de 98 segundos de grabación que prueban que fue sexo consentido para la defensa y una violación para la acusación.

La defensa de uno de los acusados presentó informes de detectives privados sobre el comportamiento de la víctima en los días posteriores a denunciar la violación. Informes que acabó retirándolos del sumario, si bien, el Tribunal los había previamente aceptado.

El Ministerio Fiscal tras calificar los hechos como un delito continuado de agresión sexual, un delito contra la intimidad y un delito de robo con intimidación, solicitó que se impusiera a cada uno de los acusados la pena de 22 años y 10 meses de prisión. La acusación particular solicitó, con la misma calificación, la pena de prisión de 24 años y 9 meses, la acusación popular ejercida por la Administración de la Comunidad Foral de Navarra solicitó la pena de 25 años de prisión y 25 años y 6 meses de prisión fue la pena solicitada por el Excmo. Ayuntamiento de Pamplona. Por su parte, los abogados de cuatro de los acusados solicitaron la libre absolución de sus defendidos, mientras que el abogado de uno de los acusados solicitó la nulidad del proceso por conculcación de derechos fundamentales.

Finalmente, la calificación jurídica del Tribunal, por lo que respecta a los delitos contra la libertad sexual, fue de cinco delitos continuados de abuso sexual con prevalimiento y acceso carnal al no apreciar que existiese intimidación, como medio comisivo, a los efectos de integrar el tipo de agresión sexual e impuso una pena de nueve años de prisión a cada uno de los cinco miembros de la Manada.

El voto particular discrepante, voto que ocupa 237 folios de los 371 del total de la sentencia, formulado por uno de los tres jueces que conformaron la Audiencia consideró que los hechos declarados probados no eran constitutivos de cinco delitos continuados de agresión sexual por las mismas razones que se argumentaban en la sentencia mayoritaria y, por lo tanto, procedía la absolución, puesto que el debate entre acusaciones y defensa giró en torno a si los actos sexuales realizados con los acusados se llevaron a cabo con el consentimiento de la denunciante o sin él, por haberse anulado su libertad sexual al haber empleado contra ella la violencia y/o la intimidación para conseguir realizar aquellos actos, sin que ninguna de las acusaciones hiciera valer como posible un delito de abusos sexuales.

El voto particular destaca preferentemente por su poca o nula afortunada redacción, no en vano el Presidente del Tribunal intentó convencer al Magistrado para que retirara, sin conseguirlo, algunas expresiones utilizadas en el voto particular por ofensivas, como las siguientes: «No aprecio en los vídeos cosa distinta a una cruda y desinhibida relación sexual, mantenida entre cinco varones y una mujer, en un entorno sórdido, cutre e inhóspito y en la que ninguno de ellos (tampoco la mujer) muestra el más mínimo signo de pudor, ni ante la exhibición de su cuerpo o sus genitales, ni ante los movimientos, posturas y actitudes que van adoptando»; «no puedo interpretar en sus gestos, ni en sus palabras (en lo que me han resultado audibles) intención de burla, desprecio, humillación, mofa o jactancia de ninguna clase. Sí de una desinhibición total y explícitos actos sexuales en un ambiente de jolgorio y regocijo en todos ellos, y, ciertamente, menor actividad y expresividad en la denunciante»; «tampoco llego a adivinar en ninguna de las imágenes el deleite que describe la sentencia mayoritaria salvo que con el término se esté describiendo la pura y cruda excitación sexual. Nada, en ninguna de las imágenes que he visto me permite afirmar que las acciones o palabras que se observan o se escuchan tengan el más mínimo carácter imperativo; nada, en ninguno de los sonidos que se perciben, que resulte extraño en el contexto de las relaciones sexuales que se mantienen. Todas ellas son imágenes de sexo explícito en las que no tiene cabida la afectividad, pero también, sin visos de fuerza, imposición, conminación o violencia»; «de mayor relevancia me parece el hecho de que, en ninguna de las imágenes percibo en su expresión, ni en sus movimientos, atisbo alguno de oposición, rechazo, disgusto, asco, repugnancia, negativa;

incomodidad, sufrimiento, dolor, miedo, descontento, desconcierto o cualquier otro sentimiento similar. La expresión de su rostro es en todo momento relajada y distendida y, precisamente por eso, incompatible a mi juicio con cualquier sentimiento de miedo, temor, rechazo o negativa. Tampoco aprecio en ella esa «ausencia y embotamiento de sus facultades superiores» que se afirma por la mayoría de la Sala; por el contrario, lo que me sugieren sus gestos, expresiones y los sonidos que emite es excitación sexual. No concluyo que esta apreciación haya de suponer necesariamente una relación sexual consentida, pues no es descartable que durante una relación sexual no consentida pueda llegar a sentirse y expresarse una excitación sexual meramente física en algún momento, pero sí que la falta de consentimiento no está patente ni en las expresiones, ni en los sonidos, ni en las actitudes que observo en los vídeos por lo que a la mujer respecta». En definitiva, para el Magistrado disidente la joven madrileña no solo consintió unas relaciones sexuales, sino que además las disfrutó.

El voto particular es aprovechado asimismo por el Magistrado para reprochar a sus compañeros de Sala la visión de los hechos: «La sentencia mayoritaria ha tratado las pruebas de cargo, especialmente la principal (la testifical de la denunciante), de una forma tan obsequiosa y complaciente que no puedo compartir, pues elude (...) no solo la constatación de todas las contradicciones en que ha incurrido, minimizándolas, para salvar la credibilidad que le ha otorgado, con el fácil recurso de llamarlas puntualizaciones o matizaciones (...) además, silencia aspectos relevantes, cuya consideración ha omitido por completo, al tiempo en que todas las dudas que suscita la prueba practicada las ha resuelto, invariablemente, contra reo»; «lo que, en mi opinión, hace que el tratamiento dado por la mayoría de la Sala al conjunto de dicha prueba resulte sumamente unidireccional y sesgado, magnificando el valor de todos aquellos datos que pueden servir a una justificación de la condena, en tanto que o no se consideran o se minimizan, incluso recurriendo al empleo de algún fácil sofisma en su argumentación (como el de atribuir a aquél de quien se disiente afirmaciones que no ha hecho, tergiversándolas o presentándolas fuera de su debido contexto), aquellos otros elementos de juicio que han servido para descartar (...) o bien para sustentar dudas más que razonables respecto de la comisión del delito de abusos sexuales con prevalimiento construido en la sentencia de la que discrepo y por el que finalmente se condena a los procesados»; «la continua reiteración por la sala mayoritaria de su no apreciación de «ningún signo en la denunciante que nos permita valorar, bienestar, sosiego, comodidad, goce o disfrute en la situación» no es sino un intento más de justificar aquello para lo que no se encuentra otra razón válida pues no es la mayor o menor satisfacción sexual de la mujer lo que determina el delito o la presencia, ausencia o calidad de su consentimiento, ni la ausencia de goce ha de traducirse necesariamente

en presencia de sufrimiento imputable a otro. Una relación sexual no puede calificarse como agresión o abuso en función de si la mujer (o el hombre) la disfruta o no físicamente. Es más, en función de las circunstancias que concurren puede llegar a darse una verdadera agresión sexual en la que, pese a todo, la mujer llegue a experimentar «excitación» o «placer» meramente físico en algún momento. No puedo entender qué se pretende poniendo tanto énfasis en esa falta de goce o disfrute que dicen».

III. CONCEPTO DE INTIMIDACIÓN

Dos de los tres Magistrados de la sentencia consideran que no queda probado la ausencia de consentimiento de la joven, pero sí un abuso sexual caracterizado por la obtención viciada de consentimiento mediante prevalimiento de una situación de superioridad.

Todo el revuelo ocasionado por la sentencia se cifra en conocer si se está ante una falta de consentimiento de la víctima o ante la existencia de un consentimiento viciado. Tema central de la sentencia pues la diferencia entre abuso sexual y agresión sexual radica precisamente en la presencia en el segundo delito de violencia o intimidación.

La intimidación junto a la violencia son dos términos que pese a su utilización en varios delitos no tienen una definición legal ni interpretación normativa en el Código penal, a diferencia del Código civil donde en su artículo 1267 se definen ambos términos: «Hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible. Hay intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes. Para calificar la intimidación debe atenderse a la edad y a la condición de la persona».

A falta de un concepto de violencia e intimidación en el Código penal, la doctrina y la jurisprudencia han sido quienes han analizado ambos conceptos como medios comisivos.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, para la calificación jurídica de los hechos, centra la discrepancia en la voluntariedad o no del mantenimiento de las relaciones sexuales por parte de la joven. Descartada la violencia al no probarse el empleo de un medio físico para doblegar la voluntad de la chica, que con arreglo a la doctrina jurisprudencial implica una agresión real más o menos violenta, o por medio de golpes, empujones, desgarros, esto es, fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima y obligarle a realizar actos de naturaleza sexual, el dilema se focaliza en determinar si la intimidación está presente en los hechos probados.

Hay unanimidad en la jurisprudencia en entender que el término intimidación, en contraposición al concepto de violencia y como medio comisivo alternativo, se refiere al ataque personal que no implica aplicación de fuerza física sobre el cuerpo de la víctima. No es un concepto jurídico, sino un término de índole descriptiva más que normativa empleada en el tipo penal. La intimidación es un sentimiento de miedo, angustia, desasosiego ante la proximidad de un daño real paralizante de la normal reacción de rechazo o la defensa frente a la avasalladora exigencia del autor intimidante. Se trata de un entendimiento amplio y omnicomprendivo, en el sentido de que puede causarse tanto por amenazas verbales como por un comportamiento violento suficientemente expresivo de la agresividad del sujeto y capaz de infundir temor en la víctima o una agresión mayor.

Al no existir un patrón de conducta único para una víctima de violación habrá que atender en cada caso a las condiciones y situación de la persona conminada, a la forma de actuar de quienes intimidan, su número, circunstancias, manera de proceder, lugar, tiempo, etc.

En los hechos probados de la sentencia se puede leer textualmente: «Al encontrarse en esta situación, en el lugar recóndito y angosto descrito, con una sola salida, rodeada por cinco varones, de edades muy superiores y fuerte complejión, conseguida conforme a lo pretendido y deseado por los procesados y querida por estos, la denunciante se sintió impresionada y sin capacidad de reacción. (...). La denunciante sintió un intenso agobio y desasosiego, que le produjo estupor y le hizo adoptar una actitud de sometimiento y pasividad, determinándole a hacer lo que los procesados le decían que hiciera, manteniendo la mayor parte del tiempo los ojos cerrados»; «expresó gritos que reflejan dolor (...) estas imágenes evidencian que la denunciante estaba aterrorizada y sometida de esta forma a la voluntad de los procesados».

Es razonable pensar que, si cinco hombres rodean a la víctima y le instan a realizar una felación a cada uno de ellos y el coito con algunos, en un lugar apartado y sin posibilidad de ayuda, se trata de una conducta intimidatoria que impide calificar los hechos narrados en la sentencia de abuso sexual. Solo el Tribunal ha tenido acceso al juicio con contradicción, dado que se produjo a puerta cerrada, las principales pruebas no han sido públicas y solo ellos visionaron los 98 segundos de videos realizados por los propios acusados, pero del relato fáctico de los hechos probados se puede concluir que la víctima se encontraba en un estado que se denomina «de sideración», esto es, una reacción psicológica de autodefensa que afecta a algunas personas ante una situación traumática y que les produce un bloqueo físico y mental y un distanciamiento de la realidad. La víctima reconoce que mostró pasividad y sumisión, y describe la vivencia de los hechos como una situación de bloqueo psicológico. Las personas que tras los hechos ayudaron a la denunciante describen que

no podía hablar, que lloraba amargamente con angustia y manifestaron que estaba en estado de shock.

Existe intimidación desde el momento en que los cinco acusados llevan a la víctima a una ratonera con el único propósito de atentar contra su libertad sexual. La sola presencia de cinco hombres basta para infundir temor, intimidar a la víctima, por muy animosa u osada que ésta sea. El propio Tribunal Supremo desde hace tiempo, como por ejemplo en la STS 658/1999, de 3 de mayo (RJ 1999, 3385), aprecia actuación dolosa de quien es consciente del contexto intimidante en que se halla la víctima pues la realización del tipo se puede dar también «cuando la situación de inferioridad en la que se encuentra el sujeto pasivo le permite razonablemente suponer que su resistencia podría acarrearle más perjuicios que ventajas».

La intimidación describe una situación en la que la víctima, según la experiencia general, se encuentra en una situación que normalmente limita su capacidad de acción y de decisión. Una situación que disminuye su capacidad de reacción, sintiéndose doblegada e incapaz, por la angustia, terror o miedo, de oponerse a ese ataque contra su libertad. Toda situación de manifiesta superioridad física ejercida es intimidación.

Además, la jurisprudencia ha establecido que «la violencia o intimidación empleadas en los delitos de agresión sexual no han de ser de tal grado que presenten caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada. Basta que sean suficientes y eficaces en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal» (STS 953/2016, de 15 de diciembre (RJ 2016, 5913)). En el caso de «La Manada», la víctima cedió a la fuerza física, al miedo a sufrir una agresión contra su vida, su integridad física, su salud o cualquier otro grave daño en caso de negarse, al verse rodeada de un grupo de cinco varones dispuestos a satisfacer a toda costa sus apetencias sexuales, en un «lugar recóndito y angosto» a altas horas de la noche.

Esta constelación de factores es lo que se ha denominado jurisprudencialmente «intimidación ambiental», que colma las exigencias del tipo objetivo del injusto del delito de agresión sexual. La jurisprudencia admite que el efecto intimidatorio puede producirse por la simple presencia o concurrencia de varias personas, distintas del que consuma materialmente la violación, ya que la existencia del grupo puede producir en la persona agredida un estado de intimidación ambiental a la vez que provocar un efecto de reforzamiento psicológico de quien se ve rodeado de otras personas que lo animan (STS 1142/2009, de 24 de noviembre (RJ 2009, 7913)).

La polémica sentencia, sin embargo, rechaza la intimidación y aprecia prevalimiento, circunstancia que agrava el delito de abuso sexual ya que los

procesados conformaron de modo voluntario una situación de preeminencia sobre la denunciante, objetivamente apreciable, que les generó una posición privilegiada sobre ella, aprovechando la superioridad así generada, para abusar sexualmente de la misma quien de esta forma no prestó su consentimiento libremente, sino viciado, coaccionado o presionado por tal situación.

El prevalimiento, a efectos del delito de abuso sexual, ha sido concebido por el Tribunal Supremo (STS 486/2016, de 7 de junio, RJ 2016, 2338) como el *modus operandi* a través del cual el sujeto obtiene el consentimiento viciado de la víctima en base a la concurrencia de tres elementos: a) Situación manifiesta de superioridad del agente; b) Que dicha situación influya de forma relevante, coartando la capacidad de decidir de la víctima; y c) Que el agente, consciente de esa situación de superioridad y de los efectos inhibidores que en la libertad de decidir de la víctima produce, se prevalga, la ponga a su servicio y así obtener el consentimiento viciado de la misma.

La línea divisoria entre la intimidación y el prevalimiento puede ser difícilmente perceptible en los casos límite como lo es la diferencia entre un consentimiento cercenado por la amenaza de un mal y el viciado que responde al tipo del abuso, donde la víctima en alguna medida también se siente intimidada.

Había elementos suficientes en los hechos probados para calificar los mismos de violación. Al no hacerlo así, la Sala incurre en una contradicción entre el relato de los hechos probados donde queda acreditada la intimidación que exige el Código penal para condenar por agresión sexual y la condena final por abuso sexual. La descripción que realizan los Magistrados de los hechos no se corresponde, en definitiva, con la consecuencia jurídica que extraen.

El fallo será revisado en primera instancia por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra y, posiblemente después, por la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Tendremos que esperar un tiempo para conocer la decisión que adoptan.

IV. ¿DELITO CONTINUADO O CONCURSO REAL?

El Tribunal considera que los cinco varones son coautores de las diversas conductas sexuales practicadas y aprecia la figura del delito continuado, esto es, considera como un único delito, para beneficio de los acusados, lo que en un plano natural constituye varios delitos. El delito continuado, en un principio, constituyó una normativa elaborada por la jurisprudencia y apoyada por la doctrina, carente de toda manifestación en el texto legal, para dar solución a determinadas necesidades surgidas en la práctica judicial penal española. Originariamente la figura del delito continuado se creó por consideraciones pietistas y con el fin de favorecer al reo, especialmente para evitar la pena de

muerte en la normativa del Antiguo Régimen en casos de un tercer hurto, pero también para resolver problemas probatorios en la indeterminación de la cuantía en las infracciones contra la propiedad. Por tanto, nació para los hurtos y pasó luego a aplicarse a las infracciones patrimoniales –robos con fuerza en las cosas, estafas, daños, etc.–, y también a delitos referidos a bienes jurídicos cuyo titular es la propia sociedad o una pluralidad de sujetos, más o menos indeterminados como las falsedades; pero es incompatible con aquellos delitos que tienen en un primer plano como perjudicada a la persona en cuanto tal –homicidio, lesiones, robos con violencia o intimidación, detención ilegal, etc.–.

Dos excepciones prevé, sin embargo, nuestro Código penal a tal exclusión de los bienes jurídicos de carácter eminentemente personal en la aplicación de la figura del delito continuado, que son las infracciones que afectan al honor y a la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo pero con una importante precisión en el último párrafo del apartado 3.º del artículo 74 del Código penal: «en estos casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva», es decir, no siempre que existan varias acciones contrarias a la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo ha de aplicarse necesariamente esta figura.

La STS 493/2017, de 29 de junio (RJ 2017, 3675) expone las fases por las que el Tribunal Supremo ha pasado con relación a la solución jurisprudencial a la hipótesis más emblemática de violaciones dobles e incluso múltiples con intercambio de roles entre autores y partícipe –primero uno accede y otro intimida y luego al revés–:

- a) En un primer momento la Sala Segunda consideró que estábamos en presencia de dos delitos de violación del artículo 179 del Código penal, con la característica de que en cada uno de ellos el autor era el que realizaba el acceso y el partícipe quien utilizaba la violencia o intimidación instrumental. Ahora bien, ni al autor ni al partícipe se les aplicaba el subtipo agravado, pues «la participación plural se entendía satisfecha con la doble penalidad del tipo básico y el principio *ne bis in idem* habría resultado vulnerado con la extensión del subtipo no sólo al autor, sino también al partícipe» (STS de 12 de marzo de 2002, RJ 2002, 5439).
- b) En una segunda etapa, que puede considerarse la más ampliamente seguida por la Sala Segunda, el subtipo agravado acabó por aplicarse a supuestos en que concurrían en el hecho delictivo solo un autor y un partícipe (STS 217/2007, de 16 de marzo, RJ 2007, 1928). En estos casos la cualificación alcanzaba sólo al autor.

- c) Dentro de la línea antes dicha existe una variante que se refiere a aquellos casos en que concurren un autor y varios partícipes, relevándose en el rol o sin relevación, a los que nunca alcanzaría la cualificación al conceptuarlos como cooperadores necesarios de la conducta nuclear de otro.

Así «cuando existe una cooperación necesaria en agresiones concertadas, cada sujeto responde de su propia agresión sexual y de la que hubiese cooperado, si bien en esta última sin la concurrencia del subtipo agravado de actuación en grupo (STS 421/2010, de 6 de mayo, RJ 2010, 5799).

d) Una cuarta etapa que surge con la STS 849/2009, de 27 de julio de 2009 (RJ 2009, 4615), donde el Tribunal Supremo advierte la condición de coautor en quien realiza el elemento típico de la «violencia o intimidación», alcanzando a éste la cualificación. Sin embargo, para sucesivos «accesos carnales» de los diferentes coautores integrarían un solo delito continuado de violación.

En toda esta problemática marca un hito la STS 452/2012, de 18 de junio (RJ 2012, 6956). En esta sentencia el Ministerio Fiscal había recurrido la solución jurídica ofrecida por la Sala sentenciadora de instancia, considerando que habiendo existido tres sujetos activos cada uno de los cuales fue autor material de una penetración bucal con violencia e intimidación sobre el mismo sujeto pasivo, con el apoyo y colaboración de otros dos, no cabe apreciar la agrupación de las tres infracciones en un delito continuado, sino que los hechos habían de ser calificados como tres delitos autónomos de agresión sexual y sancionados individualmente.

Este criterio se sustentaba en la idea básica y determinante de que en los delitos de agresión sexual con penetración vaginal, anal o bucal ejecutado por dos o más personas, solamente debe considerarse autor propiamente dicho al que materialmente realiza el acceso carnal, porque se entiende que se trata de un delito de propia mano en los que está limitado el concepto de autor al que realiza personalmente ese acceso, de forma que, en estos casos, la persona que colabora y coadyuva al autor genuino a llevar a cabo la acción, no puede ser considerado coautor, como el ejecutor físico de la penetración, sino cooperador necesario.

En consecuencia, la jurisprudencia clásica, en estos supuestos, señalaba que el ejecutor material de la penetración responderá criminalmente como autor del delito en sentido estricto, y como cooperador necesario por la ayuda prestada a los otros autores para llevar a cabo la penetración realizada por éstos, no siendo posible en tales casos la continuidad delictiva englobando en un solo delito todas las acciones (de autoría material y de colaboración eficaz al acceso carnal de otros) realizadas. Sin embargo, esta doctrina jurisprudencial no es unitaria ni pacífica.

En los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales la jurisprudencia admitió la aplicación del delito continuado en los abusos sexuales, pero no siempre en las agresiones sexuales donde solo de manera aislada se aplica el artículo 74 (STS 609/2013, de 10 de junio (RJ 2013, 7723). Por ello en la STS de 4 de octubre de 1993 (RJ 1993, 7270), el Tribunal Supremo afirma «múltiples hechos que, aislados, son delictivos no pueden ser acogidos en el seno del delito continuado y penados como una única infracción cuando de bienes jurídicos eminentemente personales se trata, porque en estos casos prevalece, sobre las uniformidades circunstanciales que pudieran existir (propósito, tiempo, lugar, sujeto activo, sujeto pasivo, clase de infracción, etc.) la consideración de la importancia que tiene la naturaleza de tal clase de bien jurídico. No obstante, la doctrina jurisprudencial mayoritaria, requiere que a la unidad de sujeto pasivo deba unirse la identidad del sujeto activo, que no se da en este caso donde cada una de las penetraciones se ejecutó sucesivamente por diversas personas, aun cuando todas sucedan en proximidad temporal y espacial y en idéntica ocasión. La continuidad delictiva debe quedar excluida en aquellos casos en que existe uso de violencia o intimidación, con la única excepción de que los actos de agresión se lleven a cabo con unos idénticos protagonistas como sujeto activo y pasivo y bajo una misma situación intimidatoria, por tanto, habrá que apreciar tantos delitos como sujetos activos de la penetración constitutiva del delito del artículo 179 hayan existido, pues el delito continuado se concibe como un supuesto de concurso real basado en la reiteración de la conducta por parte del mismo sujeto, y no en la agrupación de acciones u omisiones ejecutadas por distintos sujetos activos».

En los años 90, la jurisprudencia excluía de la posibilidad de aplicar el delito continuado a las violaciones (SSTS de 28 de abril de 1992 (RJ 1992, 3203), de 22 de octubre de 1992 (RJ 1992, 8431). Cada ataque a la libertad sexual y en especial en las violaciones se consideraba una ofensa personal que tiene estructura delictiva propia y merece su propia pena y la repetición de estos actos lleva consigo una necesaria repetición de la punición para dar la debida respuesta al desvalor que cada acto en sí mismo contiene.

En esta misma línea la posterior STS 1695/2000, de 7 de noviembre (RJ 2001, 753) dice: «Es cierto que, con carácter general en el caso enjuiciado cada uno de los otros cuatro acusados ejecuta actos que por sí mismos integran un delito de violación. Como tales, no pueden considerarse integrantes de un delito continuado, no solo por su naturaleza que permite apreciar su individualidad sino también porque se trata de acciones ejecutadas por distintos sujetos activos, esta Sala ha rechazado la existencia de continuidad delictiva en los delitos contra la libertad sexual, declarando que cada vez que se comete un acto atentatorio contra esa libertad, aunque sea con el mismo sujeto pasivo,

hay un delito diferente y se renueva en cada acción concreta ante la incapacidad del sujeto pasivo».

La propia sentencia de «La Manada» hace referencia a la evolución de la doctrina jurisprudencial sobre la calificación jurídica de la intervención de diversos sujetos activos en delitos contra la libertad sexual, en la que, siendo apreciable la identidad de ocasión, proximidad temporal y espacial, identidad del sujeto pasivo, todos ellos contribuyen a la configuración de la situación en que se producen los hechos e intercambian los papeles en las prácticas sexuales, que no sin alguna excepción se decanta por la comisión de uno o varios delitos continuados. No lo considera así, por el contrario, la STS 786/2017, de 30 de noviembre (RJ 2017, 5658).

En el caso de «La Manada» no estamos ante uno de estos supuestos excepcionalmente penados como un solo delito, sino ante once delitos de violación, cometidos por los cinco sujetos que mediante intimidación tuvieron acceso carnal por vía vagina, anal y bucal con la misma víctima. Las diferentes agresiones sexuales no pueden abarcarse en un único contexto de continuidad delictiva. En casos de agresión sexual con penetración en que participan diversos agresores, cada uno de ellos debe responder por el acceso carnal que realiza personalmente contra la víctima, como autor material del delito, pero también como cooperador necesario en las agresiones con penetración ejecutadas por los demás acusados cuando se dan esos actos de ayuda eficaz que facilita el acceso carnal de los demás partícipes.

El ejecutor material de la penetración responderá criminalmente como autor del delito en sentido estricto, y como cooperador necesario –considerado como autor por el Código penal– o coautor (la doctrina jurisprudencial no es unitaria ni pacífica en este extremo) por la ayuda prestada a los otros autores para llevar a cabo la penetración realizada por éstos, no siendo posible en tales casos la continuidad delictiva englobando en un solo delito todas las acciones realizadas.

De los hechos probados no puede concluirse un delito continuado de abusos sexuales, sino once delitos de violación en concurso real, del que todos son responsables porque mediante intimidación tuvieron acceso carnal con la víctima y donde cada uno de ellos habrá de responder como autor principal del delito relativo a su propio coito y, además, como cooperador necesario o coautor, respecto de los atentados contra la libertad sexual llevados a cabo por los otros cuatro sujetos. La actividad de los cinco sujetos no es en absoluto pasiva sino absolutamente determinante para doblegar la voluntad de la víctima.

En conclusión, el acceso carnal se da en un contexto en el que los diversos actos se realizan sin solución de continuidad con la misma persona e intervienen varios sujetos activos, mientras unos rodean a la víctima otro le accede

carnalmente y posteriormente procede a realizar también el acceso carnal, por lo que habrá un concurso real de delitos, aunque no se podrá aplicar la cualificación segunda del artículo 180.1 del Código penal.

El Tribunal, en este caso, ha aplicado de forma indebida el artículo 74.3 del Código penal, por cuanto habiendo existido cinco sujetos activos cada uno de los cuales fue autor material de una penetración bucal con intimidación sobre el mismo sujeto pasivo, con el apoyo y colaboración en cada caso de los otros cuatro, no cabe apreciar la agrupación de las once infracciones en un delito continuado, sino que los hechos deberían haber sido calificados como once delitos autónomos de agresión sexual y sancionados individualmente.

La necesidad de proteger la libertad e indemnidad sexuales en casos como el relatado en la sentencia conlleva a que la excepcional aplicación del apartado 3 del artículo 74, que permite el castigo como delito continuado de los atentados contra la libertad e indemnidad sexuales, quede en la excepción al atender «a la naturaleza del hecho y del precepto infringido».

La sentencia pudo aplicar las reglas de la continuidad delictiva porque calificó los hechos como abuso sexual, pero no cabe hacerlo cuando se opta por la calificación de los hechos como agresión sexual. En el caso de «La Manada» existieron cinco sujetos activos cada uno de los cuales fue autor material de una penetración bucal con intimidación a lo que hay que añadir tres penetraciones vaginales y otras tres anales sobre el mismo sujeto pasivo, con el apoyo y colaboración en cada caso de los otros cuatro, por lo que no cabe apreciar la agrupación de las once infracciones en un delito continuado, sino que los hechos que se relatan en los hechos probados deberían haber sido calificados como once delitos autónomos de agresión sexual y sancionados individualmente.

QUINTA LECTURA

Sáinz-Cantero Caparrós, J. (2015). Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I). Agresiones y Abusos Sexuales. Los Abusos y Agresiones Sexuales a menores de 16 años. En Morillas Cueva, L. (Dir.). Sistema de Derecho Penal Parte Especial (2ª ed.). Madrid, España. Dykinson, pp. 229-265.

En esta lectura se abordó las agresiones y abusos sexuales a personas adultas, desarrollándose dogmáticamente sus diversas modalidades delictivas; asimismo se analizó críticamente los delitos de agresiones y abusos sexuales a menores de 16 años, valiéndose este trabajo de diversos pronunciamientos jurisprudenciales.

SISTEMA
de
DERECHO PENAL
Parte Especial

2ª edición

Lorenzo Morillas Cueva
(Dirección)

Ignacio F. Benítez Ortúzar

Bernardo Del Rosal Blasco

Lorenzo Morillas Cueva

Miguel Olmedo Cardenete

Jaime Peris Riera

● José E Sáinz-Cantero Caparrós

Dykinson, S.L.

Lorenzo Morillas Cueva

Dirección

**SISTEMA
DE
DERECHO PENAL**

Parte especial

IGNACIO F. BENÍTEZ ORTÚZAR

BERNARDO DEL ROSAL BLASCO

LORENZO MORILLAS CUEVA

MIGUEL OLMEDO CARDENETE

JAIME PERIS RIERA

JOSÉ E SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS

*2ª edición, revisada y puesta al día
conforme a las leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015*

Dykinson, S.L.

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico. 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 ésta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47)

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial
Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes_somos

© Copyright by
Los autores
Madrid

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-9085-707-6
Depósito Legal: M-6048-2016

Preimpresión por:
Besing Servicios Gráficos S.L.
e-mail: besingsg@gmail.com

Capítulo 11

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES (I).

AGRESIONES Y ABUSOS SEXUALES.

LOS ABUSOS Y AGRESIONES SEXUALES A MENORES DE 16 AÑOS.

JOSÉ E SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS

Sumario: I. Determinaciones previas.- II. Bien jurídico protegido en el Título VIII: la libertad e indemnidad sexual de las personas.- III. Los delitos de agresiones sexuales: 1. El tipo básico de agresiones sexuales. 2. El delito de violación como supuesto agravado de agresiones sexuales. 3. Los supuestos agravados de los delitos de agresión sexual: el art. 180 del CP.- IV. Los delitos de abusos sexuales: 1. Tipo básico de abusos sexuales. 2. Abusos sexuales “no consentidos” del número 2 del art. 181. 3. Abusos sexuales con consentimiento viciado: abusos de prevalimiento, fraudulentos y con abuso de una posición de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima.- V. Los delitos de agresiones y abusos sexuales a menores de 16 años: 1. Las modalidades típicas de agresiones y abusos sexuales a menores de 16 años. 2. Las agravaciones previstas en el número 4 del art. 183. 3. Los delitos de “embaucamiento” de menores con fines sexuales por medios tecnológicos: 3.1. El delito contenido en el art. 183 ter 1: “child grooming” o “ciberacoso”. 3.2. El delito del art. 183 ter. 2: el “embaucamiento de menores”.- Bibliografía.

I. DETERMINACIONES PREVIAS

El título VIII del Libro II del vigente CP, tras una azarosa existencia marcada por constantes modificaciones legislativas, se ocupa de la regulación de los llamados “*delitos sexuales*” o contra la libertad sexual, una de las materias más significativas, complejas y delicadas en su previsión político criminal; hasta el punto que de los mismos se ha afirmado, con razón, que permiten deducir la efectiva vigencia, o en su caso su manifiesto incumplimiento, de los más esenciales principios limitadores del Derecho Penal.

Para comprender la actual configuración de estos delitos sexuales sería necesario hacer una valoración, si quiera sea breve, sobre la evolución legislativa que han seguido desde mucho antes de la entrada en vigor del Código vigente. Una materia tan comprometida, a la vez sensible y necesitada de una especial intervención del

ius puniendi como la relativa a la libertad sexual ha variado igual que ha variado nuestra sociedad: a través de múltiples y no siempre fáciles cambios, cambios en la realidad, en las valoraciones y en las normas. Cambios que no siempre han sido coherentes, sino que las más de las veces han reflejado importantes contradicciones y una clara falta de congruencia entre los objetivos político criminales que se pretendían con su previsión y los objetivos conseguidos. Por ello que ya desde la L.O 3/1989, de 21 de junio, que supuso la mayor reforma en relación a la delincuencia sexual del viejo Código, y pasando el hito que supuso el nuevo Código Penal español de 1995, la materia relativa a la protección y tutela de la libertad sexual se orientara a la concreción de su objeto de tutela, evitando términos de la vaguedad de la “honestidad”, a hacer desaparecer ciertas figuras carentes de lesividad u orientadas a la imposición de unas concepciones sociales más o menos consideradas mayoritarias, puro reflejo de un orden moral, cuando no religioso, alejado de la realidad social e incoherente con la significación y trascendencia de lo que no es sino una de las más importantes manifestaciones de la libertad individual. Sin embargo, pronto cambiaron las tornas político-criminales en materia de libertad sexual, y a través de lo que han sido sus más significativas reformas (LL.OO 11/1999, de 30 de abril; 15/2003, de 25 de noviembre, 5/2010, de 22 de junio y la más reciente 1/2015 de 30 de marzo), se ha vuelto en no poca medida a problemas que parecían superados en el tiempo, a lo que por otra parte ha contribuido el afán, desmedido y nunca bien calculado por nuestro legislador, de cumplir con las exigencias de armonización impuestas por instrumentos normativos supranacionales, cuyo contenido y exigencias se cumplen, la más de las veces, con absoluta falta de criterio.

II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL TÍTULO VIII: LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL DE LAS PERSONAS

La precisión del bien jurídico tutelado en las infracciones que nos ocupan debe partir de la propia enunciación de la rúbrica que da nombre a los delitos del Título VIII, según la cual tales delitos vienen referidos a la *libertad e indemnidad sexual de las personas*. Tal rúbrica, que por una vez cumple con la pretensión de identificar en la propia sistemática legal el objeto u objetos de tutela, es fruto de dos reformas: la de 1989, que introdujo el sustancial cambio de la “honestidad” como objeto de protección por el de “libertad sexual”, y la de 1999 en la que, habida cuenta de la variedad de contenidos de los diversos ilícitos agrupados en el mismo título, añadió la “indemnidad sexual” completando así la literalidad actual de la rúbrica.

En principio, y por lo tanto, son dos los objetos sobre los que se construye la intervención punitiva en el vigente derecho penal sexual: la libertad sexual en sentido estricto, y la indemnidad sexual. Esta dualidad de objetos ha llevado a discutir si nos encontramos ante dos bienes jurídicos distintos, o por el contrario ante un único bien jurídico del que se tutelan dimensiones distintas; al respecto, las opiniones doctrinales se encuentran divididas, si bien tras la modificación de la materia por obra de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, parece suscribirse la opi-

nión de que nos encontramos ante dos realidades valorativas distintas, tal como permite deducir el hecho de reconocer a los menores de 16 años la capacidad de "consentir libremente" en el ámbito sexual, aun cuando la eficacia eximente de dicho consentimiento se relativice o condicione.

1.- El primer objeto de tutela específico y directo que señala la rúbrica del Título VIII es la "libertad sexual" en sentido estricto.

En principio, nos encontramos ante una manifestación específica del más amplio valor de la libertad individual, al que se concede una especial relevancia que lo dota de autonomía conceptual, sobre todo por afectar de forma directa a un plano personal, íntimo, y especialmente delicado de la capacidad de decisión y ejecución como es el referido a la libre disposición del propio cuerpo en el marco de los comportamientos sexuales. Un ámbito, donde cualquier conducta ajena y obligada o impuesta, incide de forma lesiva sobre otros valores de la máxima importancia como la dignidad o integridad moral de la persona, el pleno desarrollo de su personalidad, y por supuesto, en atención a los posibles medios típicos de realización del injusto a su vida, salud física o psíquica, etc.

Factores todos éstos que no sólo explican la genuinidad de la libertad e indemnidad sexual, como objeto de tutela penal, sino que en buena medida vienen a justificar la entidad de las penas que, aunque hoy un tanto desmesuradas, siempre han caracterizado a los delitos contra la libertad sexual.

Podemos definir la libertad sexual como la capacidad de autodeterminación de la persona en el ámbito sexual; o lo que es lo mismo, el derecho de toda persona a la libre disposición de su cuerpo para el desarrollo de la sexualidad, entendido tal derecho como la capacidad de hacer o no uso del propio cuerpo en el ámbito sexual, determinando qué, cómo, cuándo, en qué circunstancias y con quién quiere llevar a cabo un comportamiento de índole sexual.

A efectos de precisar el contenido material de la libertad sexual se han venido distinguiendo dos dimensiones que vendrían a dar sustancia al concepto valorativo de libertad sexual: por una parte, una dimensión *dinámica-positiva*, según la cual se hace referencia a la posibilidad de que el sujeto, conforme a sus valoraciones y apetencias tome las oportunas decisiones y determine su comportamiento sexual; por otra, una concepción *estática o negativa*, que vendría a consagrar como contenido material esencial de la libertad sexual la capacidad de negarse, o si se prefiere el derecho a no ser obligado a realizar o soportar la realización de comportamientos sexuales no deseados, aceptados o consentidos por el sujeto. Esta segunda dimensión vendría a propiciar un contenido añadido de especial importancia como es el aspecto "*defensivo*", derivado del derecho a no hacer, a no ser obligado, y que implicaría el derecho a negarse, a rechazar, e incluso, en el caso de que tal negativa no se respete, a resistir con los medios necesarios la imposición de un determinado comportamiento o contexto sexual.

Con este contenido, por tanto, la libertad sexual es una específica, y especialmente valiosa, manifestación de la libertad personal, y como ésta implica una con-

creta capacidad de decisión, de ejecución en los márgenes de lo permitido de la decisión tomada, y por supuesto, de respeto a dicha decisión, sobre todo cuando lo que se decide es el rechazo o la negativa a verse involucrado en un comportamiento o contexto de índole sexual.

Así entendida, la libertad sexual es un bien jurídico que se atribuye a toda persona con independencia de su sexo, condición social, estado civil o cualquier otra circunstancia. Si bien es cierto que, en determinados casos (fundamentalmente relacionados con menores o incapaces), su ejercicio puede verse condicionado dando lugar a una sustancial modificación de su sistema de tutela penal como tendremos ocasión de analizar al ocuparnos detenidamente del concepto de "*indemnidad sexual*".

Entendido en tales términos, la libertad sexual es un bien jurídico esencialmente disponible: de hecho su desarrollo material se centra en la libre y válida disponibilidad del mismo (en el ejercicio de la libertad sexual), lo que otorga una plena eficacia al consentimiento como causa de atipicidad penal.

Ahora bien, precisamente por su peculiar contenido y trascendencia, la apreciación de la eficacia eximente del consentimiento en el ámbito de los delitos contra la libertad sexual debe hacerse de forma especialmente rigurosa en la apreciación de sus requisitos esenciales; así: la determinación de los requisitos esenciales de *capacidad del titular del bien jurídico* para consentir; la *forma de prestación* del consentimiento, en relación a las cuales hay que negar eficacia alguna al denominado "consentimiento presunto" y relativizar las formas de consentimiento "tácito"; el *momento de prestación del consentimiento*, que se vuelve una cuestión crucial por la ineficacia absoluta del perdón del ofendido en este tipo de delitos (art. 191.2); y por supuesto la precisión del *objeto de consentimiento*: qué acto o actos se consienten, cuantos, cómo, con quién, etc., lo que genera, como puede adivinarse, una problemática especialmente compleja.

2.- El segundo elemento mencionado en la rúbrica del Título VIII como objeto de protección es la denominada "indemnidad" sexual, concepto en su día elaborado y propuesto por la doctrina para justificar ciertas figuras delictivas en el ámbito de la delincuencia sexual referidas a sujetos que se encuentran en situaciones que limitan, condicionan o hacen imposible el normal ejercicio de su libertad sexual (menores de cierta edad, personas privadas de sentido, incapacitados, etc). Concepto que fue incorporado a la rúbrica del Título VIII por la reforma efectuada por L.O. 11/ 1999, de 30 de abril.

Con el concepto "indemnidad" o "intangibilidad" sexual se pretendía dar fundamento valorativo a determinadas figuras en las que generalmente, por determinadas características del sujeto pasivo, era dudoso apreciar una auténtica lesión a la libertad sexual, bien por entenderse que por la edad del sujeto pasivo, o su situación de enfermedad o incapacidad, éste carecía de libertad sexual, bien por entenderse, como nos parece más acertado, que dicho sujeto tenía condicionada o relativizada su capacidad para ejercitar esa concreta esfera de la libertad personal.

Efectivamente, tanto en el derecho penal sexual más antiguo como en el modelo surgido del CP de 1995, se entendía que determinados sujetos, esencialmente las personas privadas de sentido, quienes padecían ciertos trastornos mentales, y sobre todo los menores de cierta edad (normalmente entre los 12 y 14 años) y los incapaces: o bien carecían de libertad sexual por no contar con los mínimos intelectivos, cognitivos y volitivos para desarrollar en plenitud su autodeterminación en el plano sexual, o bien sólo eran titulares de una libertad sexual condicionada o relativizada por su propia situación.

Respecto a ellos, se cambiaba el sistema de intervención penal: si para los mayores capaces de ejercitar la libertad sexual de que son titulares sólo se tipificaban conductas que “violentaban o viciaban” el ejercicio de su libertad sexual, respecto a menores, incapaces o personas privadas de sentido se establecía una general prohibición de involucrarlos en conductas, comportamientos o situaciones de naturaleza sexual. Esta general prohibición se fundamentaba en el entendimiento, calificado generalmente como “presunción”, de que en tales sujetos se produce la ausencia de libertad sexual por falta de capacidad para ejercitarla, o en otros casos, de que tal ejercicio se ve en todo caso condicionado, por lo que salvo muy contadas excepciones, la posible anuencia del sujeto pasivo a la realización del comportamiento sexual debía presumirse inválida y por ende ineficaz en sí misma.

Se establecía así una suerte de “protección penal cualificada”, no tanto de la libertad sexual del sujeto, libertad de la que se presumía que carecía o no podía ejercitar en plenitud, en base al establecimiento de una prohibición general de cualquier contacto de orden sexual (lo que se puede identificar con la “intangibilidad” sexual de tales sujetos), sino de otros derechos, intereses o valores que, vinculados al ámbito del desarrollo de la sexualidad pudieran verse afectados por comportamientos ajenos impuestos de forma violenta, o arrancados sin tales medios. Intentando evitar además que cualquier persona pueda ser convertida en un puro objeto de disfrute o explotación sexual.

La situación tras la reforma de 2015 no ha variado, en el bien entendido de que se ha redimensionado el contenido y significado de la indemnidad sexual. Y ello por que como consecuencia del aumento de la “edad de consentimiento sexual” (que ha de entenderse como “edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho Nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor”), y que ha pasado de 13 a 16 años, se introduce el nuevo artículo 183 quater del Código Penal en que se reconoce la capacidad del menor de consentir libremente, y con ello se le reconoce como titular de la libertad sexual, si bien se limita o condiciona la eficacia de dicho consentimiento que la persona a la que se presta consentimiento libre sea próxima por edad y grado de madurez al menor que consiente.

Lo que significa que no es tanto la libertad sexual del menor lo que se tutela, sino su “intangibilidad” o indemnidad en el plano sexual: la prohibición general de que sean sujetos de comportamientos de carácter sexual, consentidos o no.

Nótese además que con la nueva regulación no se parte de “presunción” alguna: ni se presume que carezcan de libertad sexual –pues se reconoce que pueden consentir de forma libre–, ni que su consentimiento esté “condicionado” –pues el mismo precepto reconoce que el consentimiento puede ser “libre” en su prestación. Simplemente se establece una prohibición, con lo que ello supone de limitación a la libertad sexual de cualquier sujeto y del menor mismo, que solo se enerva cuando además del libre consentimiento del menor se constata la proximidad en edad y madurez de su eventual “partenaire”.

Este sistema cualificado de protección en materia sexual tiene fundamentos diversos: la libertad sexual “in fieri”, el desarrollo de la personalidad, el proceso de formación, etc. Y es un bien jurídico respecto al que el eventual consentimiento o anuencia del menor no tiene eficacia (no es que sea indisponible por el sujeto, sino que el ordenamiento no concede eficacia eximente a su voluntad) habida cuenta de que su libre consentimiento no es suficiente para enervar la responsabilidad penal: habrá de constatarse además del consentimiento libre, el “autor” del delito es persona “próxima en edad y madurez” al menor que consiente.

III. LOS DELITOS DE AGRESIONES SEXUALES

La primera modalidad delictiva en el ámbito de los delitos contra la libertad sexual está representado por las “agresiones sexuales” (Capítulo I del Título VIII), modalidad considerada con razón más grave, habida cuenta de que elemento esencial de su configuración es el empleo, la utilización de “violencia o intimidación” como instrumentos para doblegar la voluntad del sujeto pasivo y conseguir así imponerle la conducta sexual que se pretende. Precisamente por ello, la ley no hace referencia alguna al consentimiento del sujeto pasivo, que se entiende no existe en la medida que se hace necesaria la utilización de violencia o intimidación.

Claramente, el bien jurídico al que vienen referidas es la libertad sexual en sentido estricto, si bien es fácil que la dimensión lesiva que incorporan las agresiones sexuales implique un posible atentado a otros bienes jurídicos del sujeto pasivo (y no sólo nos referimos a los que directamente se ven afectados por los medios comisivos) como la dignidad, la intimidad o el bienestar personal (STS. 2 de octubre de 2006).

Las agresiones sexuales se definen, de forma genérica en el art. 178, como un “atentado a la libertad sexual de otra persona utilizando violencia o intimidación”, castigándolas con una pena de prisión de uno a cinco años; a partir de tal concepto general, se exponen sus distintas modalidades específicas: así, el art. 179 recoge el delito de “violación”, caracterizado por la especial trascendencia de la conducta sexual que se impone al sujeto pasivo utilizando violencia o intimidación, y que ha de consistir en *el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o la introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías*, supuestos especialmente graves, que suponen la imposición de una pena de prisión de

seis a doce años; finalmente, el art. 180 recoge una serie de agravaciones comunes a los preceptos anteriores, basadas en la especialidad de los medios empleados, la condición o situación del sujeto pasivo, o por ciertas características del sujeto activo, determinando la presencia de alguna de estas circunstancias un aumento de la pena, que llegará a prisión de cinco a diez años en el caso de las agresiones sexuales genéricas, y de doce a quince años, cuando lo agravado sea un delito de violación del artículo 179; finalmente, se prevé como un supuesto hiperagravado, en el número 2 del artículo 180, cuando concurren dos o más de las circunstancias anteriormente previstas, situación ésta en la que se impondrán las penas anteriormente previstas en su mitad superior.

1. El tipo básico de agresiones sexuales (artículo 178 del Código Penal)

Como queda señalado, el tipo básico y con ello el concepto esencial de los delitos de agresiones sexuales se contiene en el art. 178, que castiga con una pena de uno a cinco años al que *“atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación”*. El concepto legal de agresión sexual gira por tanto sobre dos elementos esenciales: la producción de un “atentado” contra la libertad sexual de otra persona, implicando el concepto de atentado la ausencia de consentimiento válido y eficaz del sujeto pasivo; y la utilización como medios específicos para la producción de dicho atentado, de violencia o intimidación.

Definido en estos términos especialmente genéricos, en principio, los delitos de agresiones sexuales son delitos comunes, por lo que pueden ser sujeto activo y pasivo de los mismos cualquier persona, precisión ésta que no por obvia es menos importante, habida cuenta de las exclusiones que en otros tiempos se hacía de determinados sujetos o colectivos (SSTS 18 de noviembre de 2002, 19 de enero de 2005).

En lo que se refiere a la conducta típica y como hemos señalado es necesario constatar un doble elemento: por una parte la producción de un atentado a la libertad sexual del sujeto pasivo, y por otro que dicho atentado se haga específicamente *“utilizando”* violencia o intimidación, tal como se expresa el tipo del art. 178 tras la reforma de 2010. Surgen de aquí los problemas esenciales de estas figuras.

El primero, determinar qué debe entenderse por “atentado” contra la libertad sexual; este concepto hemos de construirlo sobre lo dicho en relación con el bien jurídico tutelado, y más concretamente, como la imposición de una conducta de naturaleza sexual a otro, o el involucrarlo en un contexto sexual sin su consentimiento o anuencia. Ahora bien, este contenido evidente desde el punto de vista del bien jurídico tutelado, en la práctica introduce algunas dudas importantes a la hora de determinar en qué puede consistir esa conducta sexual que se impone, contra su voluntad, al sujeto pasivo. En este sentido, la primera cuestión que surge es la relativa a la naturaleza sexual de la imposición: ¿cuándo se puede considerar una situación o un comportamiento de índole sexual? La cuestión no es fácil, pues no basta ni un concepto puramente objetivo, que entendería

por sexual aquel comportamiento que recaiga o en el que se utilice el aparato sexual masculino o femenino, por dejar fuera conductas de evidente significación sexual; ni un concepto puramente subjetivo, que a su vez consideraría sexual cualquier comportamiento tenido por tal por los sujetos en la medida en que los excite o satisfaga sus apetencias sexuales; al fin, también es difícil de precisar, en la medida en que la “significación sexual” de la conducta, vendrá sin duda condicionada por la significación social que se le atribuya, lo cual variará en cada momento y situación. Ahora bien, y frente a cierto sector doctrinal, no estimamos imprescindible para determinar la naturaleza sexual de un comportamiento, la exigencia de un elemento subjetivo del injusto que manifieste el ánimo lúbrico, obsceno, o libidinoso, la existencia de este ánimo, que frecuentemente aparecerá en este tipo de comportamientos, sin embargo no es necesario para la perfección del delito, que desde el punto de vista subjetivo se perfeccionará con un simple dolo directo, abarcando la consciencia de la significación sexual de la conducta, y la voluntad de moverse en tal contexto.

Igualmente problemática es la precisión de qué comportamientos de los tenidos genéricamente por sexuales, pueden ser abarcados por el concepto de agresión sexual del art. 178; en este sentido, se ha venido discutiendo si para considerar la existencia de un “atentado” contra la libertad sexual es necesario en cualquier caso un contacto corporal entre sujeto activo y pasivo, con lo que el contenido mínimo de la conducta sexual impuesta implicaría un “tocamiento” físico entre los sujetos, o si por el contrario, también existe atentado contra la “libertad sexual” de otro, cuando se le impone la realización de conductas que no implican un tocamiento o contacto físico entre sujeto activo y pasivo: siendo los supuestos discutidos obligar al sujeto pasivo a masturbarse, a realizar comportamientos sexuales con un tercero, o a contemplar la conducta sexual del sujeto activo o de un tercero sin participar en ella. Ciertamente la doctrina se encuentra dividida al respecto (vid. por todos CARMONA SALGADO, MUÑOZ CONDE, DIEZ RIPOLLES), y en nuestra opinión de forma inevitable (la jurisprudencia viene exigiendo como contenido mínimo de estos delitos el contacto físico entre los sujetos, STS 29 de enero de 2009). Por otra parte, la reciente reforma operada por Ley Orgánica 1/2015 ha venido a incidir en el debate en la medida en que, de forma expresa, concede relevancia a estos comportamientos aunque sólo en relación con agresiones (artículo 183.2: obligar al sujeto pasivo con violencia o intimidación a *participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o a realizarlos sobre sí mismo*) o abusos sexuales (artículo 183 bis. 1: *determinar al sujeto pasivo a participar en un comportamiento de naturaleza sexual, o hacerle presenciar actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos*) realizados sobre menores de dieciséis años, lo que pudiera significar que sólo con referencia a éstos sujetos “especialmente” protegidos adquieren relevancia penal los comportamientos especificados.

A nuestro juicio, la cuestión debe resolverse en el sentido de no exigir necesariamente el contacto entre los sujetos activo y pasivo en el marco de las agresiones sexuales, en los que el especial disvalor de los medios a emplear, la violencia o intimidación, justifican la calificación de agresiones sexuales de comportamientos

o conducta impuestas de menor entidad sexual desde el punto de vista estrictamente físico. Cabe por lo tanto, en nuestra opinión, cualquier tipo de comportamiento, incluso sin tocamiento o contacto físico, siempre que se aprecien, por una parte la inequívoca significación sexual de la conducta que se impone, y que tenga cierta gravedad o trascendencia, lo que habrá que medir desde parámetros socio-culturales, como para ser considerado como un atentado a la libertad sexual del sujeto. La solución nos parece correcta en el caso en que con violencia o intimidación se obliga al sujeto pasivo a realizar un comportamiento sexual con un tercero; este supuesto pertenece con claridad desde el punto de vista estructural a las agresiones sexuales, siendo innecesaria su específica previsión pues en todo caso la conducta del sujeto que, empleando violencia o intimidación, obliga a otro a un comportamiento sexual con un tercero respondería como coautor, o cooperador necesario de la agresión sexual. Igualmente hay que aceptar la tipicidad de quien obliga a otro, con violencia o intimidación a masturbarse o realizar sobre sí mismo un acto de naturaleza sexual. Quedando sin embargo fuera del ámbito de las agresiones sexuales las conductas consistentes en imponer a la víctima la contemplación de actos sexuales realizados por terceros; estos casos difícilmente serán incluibles en el contexto de las agresiones sexuales, toda vez que no se le impone la realización de una conducta sexual, sino su simple contemplación, debiendo tenerse en cuenta que este tipo de comportamientos, sólo cobran relevancia penal como delitos de exhibicionismo y provocación sexual cuando se realiza *ante menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección* (art. 185 del Código Penal). Si bien, como es obvio, tal conducta puede dar lugar a otros delitos esencialmente los de coacciones (art. 172 del Código Penal).

Elementos esenciales en la configuración de las agresiones sexuales son los medios que han de utilizarse para “atentar” contra la libertad sexual de otro: la violencia o la intimidación, medios que han cualificado las infracciones sexuales de forma tradicional, y hoy se mantienen con una significación análoga, que no igual a la que tenían en el derecho histórico. En este sentido, es de destacar el cambio producido en el art. 178 por la reforma operada en virtud de la L.O 5/2010, de 22 de junio, que vino a precisar y subrayar el carácter instrumental de violencia e intimidación al precederlas del gerundio “utilizando”, cambiando así la literalidad tradicional que se limitaba a exigir, para completar el concepto de agresión sexual, el atentado contra la libertad sexual de otro “con” violencia o intimidación; queda así clara la dimensión instrumental que en estos delitos deben tener ambos medios comisivos (carácter instrumental que era subrayado con claridad por la jurisprudencia: SSTS 24 de mayo 2001, 25 de octubre 2002, 11 de octubre 2003, o 29 de enero de 2009).

El concepto de violencia reitera en los delitos de agresiones sexuales los contenidos y caracteres que generalmente se le atribuyen en otras modalidades delictivas identificándose con la *vis physica*, o fuerza física material, de origen personal, que recae sobre el cuerpo del sujeto pasivo, doblegando de esta forma su voluntad e imponiendo la realización de la conducta sexual pretendida por el sujeto activo. En este sentido, es importante señalar, sobre todo por la existencia

de una cierta jurisprudencia hoy en día injustificable, que esta violencia o fuerza física tan sólo deber ser idónea para la imposición de la conducta sexual de que se trate, no siendo necesario que sea una “fuerza irresistible”, ni por supuesto que se produzca necesariamente una resistencia heroica por parte de la víctima. En realidad, para configurar la existencia de violencia como elemento típico del delito de agresión sexual, basta con la valoración de la idoneidad de la fuerza para la consecución del objetivo de imposición de la conducta sexual no deseada por el sujeto pasivo, lo que habrá de valorarse teniendo en cuenta todas las circunstancias objetivas y subjetivas, de lugar, tiempo y condiciones de desarrollo de la conducta de que se trate; y en cuanto a la necesidad de resistencia por parte del sujeto pasivo, debe reafirmarse que su existencia puede llegar a tener un importante valor como medio indiciario de prueba de la ausencia de consentimiento por parte del sujeto pasivo, pero nunca debe entenderse, como en su día se hiciera al contrario: de forma que si no constaba la resistencia, a veces exigida como heroica, podía “presumirse” el consentimiento del sujeto pasivo. (SSTs 2 de octubre de 2006; 19 de enero 2007; 24 junio 2008).

Por lo que se refiere a la intimidación, hay que entenderla como vis moral o ideal, y más concretamente como el constreñimiento psicológico que provoca la amenaza de un mal o daño, injusto, verosímil y posible, grave y actual, y determina la afectación de la voluntad del sujeto pasivo venciendo su oposición a la realización del comportamiento sexual que se le impone. Nos encontramos así ante el efecto psicológico de una previa amenaza, que ha de ser grave y suficientemente verosímil, que genera un temor fundado y racional, que no ha de ser necesariamente insuperable, sino que podrá variar o ser relativo según el sujeto sobre el que se desarrolle o las circunstancias en que se haga. Al igual que en el caso de la violencia, la intimidación ha de ser idónea para doblegar la voluntad contraria del sujeto pasivo, por lo que habrá de comprobarse la relación causal entre la amenaza, el temor o intimidación que genera, y la final imposición del comportamiento sexual de que se trate (SSTS 13 de julio de 2006; 24 de junio de 2008; 29 de abril 2009). Precisamente por la exigencia de una especial vinculación entre la amenaza, el constreñimiento y la conducta sexual que se impone, ha surgido la duda de si pueden considerarse supuestos de intimidación los supuestos de “contextos intimidatorios difusos” en los que sin la existencia efectiva de una amenaza, existen circunstancias que pueden provocar la creencia en la posibilidad de producción de un mal grave que finalmente doblega la voluntad del sujeto pasivo; con la doctrina mayoritaria, creo que estas situaciones de temor genérico, difuso, circunstancial, en realidad se debiera encuadrar en el ámbito de los abusos sexuales (vid. por ejemplo STS 14 de junio de 2004).

Por lo que hace al *iter criminis* en el tipo genérico de agresiones sexuales, la posición quizá mayoritaria de doctrina y jurisprudencia viene entendiendo que nos encontramos ante delitos de simple actividad, que encontrarían su momento consumativo en la realización de la conducta sexual impuesta utilizando violencia o intimidación. Ahora bien, en la medida en que estructuralmente las agresiones sexuales exigen la utilización de las dos formas de fuerza (violencia o intimi-

dación), es perfectamente apreciable la tentativa cuando desarrollada la intimidación o ejercida la violencia no se perfecciona la conducta sexual que se pretende imponer.

Nos encontramos con un delito común, que admite las distintas formas de autoría y participación, siendo frecuentes los supuestos de actuación conjunta de varios sujetos sobre un único sujeto pasivo, e incluso de reparto funcional de los elementos estructurales de las agresiones de forma que uno o algunos de los partícipes ejercen la violencia, o desarrollan la intimidación, en tanto que otros perfeccionan el comportamiento sexual impuesto; en estos supuestos no hay inconveniente en apreciar la coautoría, cuando no la cooperación necesaria, e incluso, la cooperación necesaria por omisión (ORTS BERENGUER).

En lo que hace a los concursos de delitos, los más frecuentes se producirán en relación a las posibles lesiones o amenazas que puedan surgir de la violencia o intimidación utilizadas cuando sobrepasen la necesaria idoneidad para doblegar la voluntad del sujeto pasivo constituyéndose como un injusto más a tomar en consideración por su entidad sin infracción de principio *ne bis in idem*. A este respecto, sin embargo, debe destacarse como el TS, sin embargo no suele apreciar la existencia de un posible concurso de delitos en relación con las lesiones psíquicas que pueden derivarse de una agresión sexual, por entender este tipo de menoscabos inherentes necesariamente al injusto (STS 20 de abril 2007). En cuanto a la posibilidad de apreciar el delito continuado, la jurisprudencia mantiene una posición contradictoria, pues si bien se suele negar, en la medida en que violencia e intimidación suponen una afectación de bienes personalísimos, sin embargo se acepta en ocasiones sobre la base de la unidad de sujeto o sujetos pasivos.

2. El delito de violación como supuesto agravado de agresiones sexuales

La primera modalidad agravada del delito de agresión sexual se contiene en el art. 179 y encuentra fundamento para su especificidad, y para el mantenimiento de un genuino *nomen iuris*, en la especial entidad de las conductas que se imponen con violencia o intimidación como atentados a la libertad sexual del sujeto pasivo. La trascendencia que el legislador concede a tales conductas puede apreciarse en la especial gravedad de la pena prevista para estos supuestos: prisión de seis a doce años.

Las conductas que cualifican las agresiones sexuales contenidas en el art. 179 son: *el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal; la introducción de miembros corporales por el ano o la vagina; o la introducción de objetos por esas mismas vías.*

Por lo que se refiere al acceso carnal, la interpretación tradicional del concepto implica necesariamente la intervención de un sujeto de sexo masculino, si bien no necesariamente como sujeto activo. En efecto, el concepto de acceso carnal equivale a la penetración por cualquiera de las tres vías anatómicas descritas (vagina, ano o boca), e implica necesariamente la intervención de un hombre, pues sólo este tiene la capacidad fisiológica para penetrar. Por ello, y en principio,

las conductas que pueden abarcarse serán los accesos carnales, vaginales anales o bucales, heterosexuales o bien homosexuales masculinos, no siendo posible la aplicación de este primer supuesto en aquellas agresiones en que sujeto activo y pasivo sean dos mujeres; en estos casos, si hubiere alguna forma de penetración, sin duda corresponderá a los supuestos de introducción de objetos o de miembros corporales.

Ahora bien, que para el acceso carnal sea siempre necesaria la intervención de hombre, no prejuzga el que este sea en todo caso sujeto activo del delito; en efecto como ha reconocido una reiterada jurisprudencia, e incluso se ha afirmado en pleno no jurisdiccional por la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2005, a efectos de determinación del posible sujeto activo del comportamiento en el delito de violación se considera equivalente el acceder (en que necesariamente sujeto activo ha de ser un hombre), como el “hacerse acceder” –por más que pueda parecer infrecuente en la práctica–, comportamiento que puede ser perfectamente realizado por una mujer.

Frecuente causa de discusión ha sido la determinación del momento consumativo, o de perfección, del acceso carnal: ¿cuándo puede considerarse perfeccionado el acceso carnal vaginal, anal o bucal? Con la doctrina mayoritaria, e intentando dar un sentido cumplido al precepto, sin olvidar la especial entidad de la pena que supone, entiendo que la perfección del acceso exige la penetración del órgano sexual masculino en cualquiera de las tres cavidades fisiológicas, sin necesidad de que sea completa, bastando la parcial o vestibular para perfeccionar la conducta. La posición de quienes entienden bastante la denominada *coniunctio membrorum*, o acoplamiento o contacto del órgano sexual masculino con la vagina, el ano o la boca, aun fundamentado en el intento de abarcar debidamente los supuestos en que no se perfecciona la penetración aun parcial como violaciones consumadas, me parece un criterio que concede excesiva amplitud al concepto de acceso carnal y con ello amplía en exceso el ámbito típico de la violación y su desmesurada penalidad.

Este mismo criterio estimo que es aplicable a los demás supuestos previstos en el art. 179, respecto a los cuales comparto las críticas de la doctrina mayoritaria respecto a su más que dudosa equiparación valorativa, y no lo olvidemos penológica, con los supuestos de acceso carnal. El primer supuesto es el de la “*introducción de miembros corporales*” por la vagina o el ano, supuesto que habiendo suscitado dudas sobre si debía entenderse abarcado por la introducción de objetos por las mismas vías, tiene ahora una previsión específica. En efecto, difícilmente podían considerarse objetos partes corporales como los dedos o la lengua, aunque ciertamente no sólo a estos miembros se limita la tipicidad (supuestos frecuentes en la práctica es la introducción de varios dedos al tiempo, la mano completa o el puño). En cuanto al momento consumativo entiendo que debe ser similar al del acceso carnal, exigiéndose una mínima penetración de tales miembros corporales por el ano o la vagina.

Por último, respecto a la modalidad de “*introducción de objetos*” por vagina o ano, sólo señalar que no se trata de cualesquiera objetos, sino que la jurisdic-
en

cia viene exigiendo que se trate de una cosa corpórea e inanimada que venga a sustituir funcionalmente al pene; a ser, como dice la jurisprudencia, un sucedáneo del miembro viril (DIEZ RIPOLLES, STS 23 de marzo de 1997, por todas). Y al igual que en los supuestos anteriores, la perfección de la conducta exige de la penetración aun parcial por ano o vagina.

3. Los supuestos agravados de los delitos de agresión sexual: el art. 180 del CP

El art. 180, último del Capítulo I del Título VIII recoge una serie de agravaciones comunes a los dos supuestos previamente desarrollados de agresiones sexuales, determinando una distinta agravación según se trate del tipo básico del art. 178, que ve incrementada su pena a la de prisión de cinco a diez años, o del delito de violación del art. 179, que aumenta su marco penológico hasta una pena de prisión de doce a quince años. Su número primero recoge los cinco supuestos que pasamos a exponer, en tanto que el número segundo presenta una hiperagravación que determina la imposición de las correspondientes penas en su mitad superior cuando *concurran dos o más de las circunstancias anteriores*.

En términos generales las agravaciones pueden ordenarse según afecten a los medios comisivos empleados (circunstancias 1 y 5), por las condiciones en que el autor realiza el hecho (circunstancias 2 y 4) y por la especial condición del sujeto pasivo (circunstancia 3).

La circunstancia primera encuentra el fundamento de la agravación que propicia, en la más que probable pluriofensividad del hecho, pues determina el aumento de pena cuando la violencia o intimidación utilizadas para la realización del hecho *“revistan un carácter especialmente degradante o vejatorio”*, contenido este que añade al injusto propio de las agresiones sexuales una afectación evidente de la *integridad moral* del sujeto, de forma que es necesario que la violencia o intimidación impliquen una humillación o vejación añadida (SSTS21 de febrero 2007; 24 de octubre 2007; 30 noviembre 2012; 24 septiembre 2014) a la que normalmente suponen las agresiones sexuales, lo que habrá de valorarse objetivamente (DIEZ RIPOLLES). Evidentemente, el eventual concurso con los delitos de tratos degradantes del art. 173, debe resolverse a favor de la aplicación de esta figura agravada.

La circunstancia 5, encuentra su fundamento de nuevo en el hecho objetivo de utilización de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de causar la muerte o lesiones de los art. 149 o 150, del Código; de nuevo el fundamento lo da la pluriofensividad del caso, pues junto al atentado que supone para la libertad sexual la agresión, se valora el peligro concreto que dimana de los medios utilizados, peligro que hay que valorar en relación no sólo con el objeto que se utiliza, sino también con el modo específico en que se usa (SSTS 14 de marzo 2007; 10 octubre 2012; 19 de julio 2013). En este caso, se prevé una cláusula penológica especial, que implica la aplicación conjunta de las penas previstas para las agresiones sexuales y las de homicidio o lesiones graves caso de que efectivamente se produzcan, lo que no es necesario para la apreciación de la agravación.

A las condiciones en que el sujeto activo realiza el hecho se refieren la circunstancia 2 (cometer el hecho por la actuación conjunta de dos o más personas), y la 4 (cuando para la ejecución del delito el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima). La comisión del hecho por actuación de dos o más delincuentes, encuentra su fundamento, en nuestra opinión, no sólo en la mayor indefensión de la víctima que se provoca, sino también en la mayor lesividad que suele acompañar a este tipo de actuaciones, aunque ciertamente no se exige que todos los partícipes realicen las conductas sexuales prohibidas, aun cuando sea lo más frecuente, sino que basta que actúen de forma concertada y conjunta, incluso con un reparto de funciones en el desarrollo de la conducta típica. Debe señalarse que de ser varios de los partícipes quienes realizan actos sexuales sobre la misma víctima, y aun cuando existe cierto debate sobre todo a nivel jurisprudencial, habrán de entenderse cometidos tantos delitos como agresiones, de los que responderán los copartícipes como autores, cuando protagonizan el acto, y al menos como cooperadores necesarios, de los cometidos por sujetos distintos, apreciándose la agravación sólo cuando se le imputa a título de autor (SSTS 7 de mayo 2012; 22 de noviembre 2012; 14 de abril 2013; 14 de julio 2014).

La comisión con prevalimiento de una relación de superioridad o de una relación de parentesco, señala la concurrencia de un único fundamento, el prevalimiento de una relación de superioridad que puede surgir de cualquier condición o circunstancia, y especialmente cuando la misma derive de la relación de parentesco (lo que mantiene en cierta forma el tabú del incesto) por ser el agresor ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción o afines con la víctima. Para su apreciación, como ha señalado la doctrina, no basta con la existencia de una relación de superioridad o de parentesco entre el sujeto activo y su víctima, sino que será necesario además el aprovechamiento de dicha superioridad, de forma añadida a la constatación de la violencia o intimidación inherentes al tipo (SSTS 4 octubre 2011; 10 diciembre 2014; 28 de mayo 2015).

Finalmente, la circunstancia número 4 del art. 180 se refiere a la realización del hecho *cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación*. La mención que se realiza a la edad como causa de la situación de especial vulnerabilidad, y el tratamiento específico que se desarrolla a partir de la reforma de 2010, y se consolida con la más reciente L.O 1/2015 para la protección de la libertad e indemnidad sexual de los menores, determina que expresamente se salve la posible aplicación del art. 183 que da cuerpo a la novedosa modalidad delictiva de “agresiones y abusos sexuales a menores de 16 años”. El núcleo esencial de la agravación radica en la especial “vulnerabilidad” del sujeto pasivo, por la que hay que entender, aunque por su reiterado uso en otros preceptos el sentido pueda cambiar, una situación obediente a las circunstancias o condiciones del sujeto pasivo que los hace más susceptibles de verse lesionados en su libertad sexual, no coincidiendo exactamente con su mayor o menor indefensión, ni dependiendo de la mayor capacidad lesiva del atacante. Destaca en esta

circunstancia la incorporación en virtud de la reforma de 2010 de la situación de discapacidad como circunstancia que puede motivar la especial vulnerabilidad de la víctima, cuya previsión específica junto a la enfermedad da un contenido genuino a las situaciones de discapacidad, por las cuales, en nuestra opinión hay que entender un concepto material coherente con el contenido de la Convención de Nueva York sobre personas con discapacidad de 2006, que a su vez inspira la nueva definición de las *personas con discapacidad necesitadas de especial protección* contenida en el artículo 25 (SSTS 18 de diciembre 2012 –sujeto pasivo: anciana de 89 años–; 17 de diciembre de 2013; 22 enero de 2015).

IV. LOS DELITOS DE ABUSOS SEXUALES

El capítulo II del Título VIII recoge la segunda gran modalidad de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales como son los denominados “Abusos Sexuales”. Nos encontramos ante infracciones de naturaleza sexual, por el bien jurídico al que afectan, que como ocurría en las agresiones se caracterizan por la imposición al sujeto pasivo de la realización de una conducta sexual o el involucrarlo en una situación sexual no consentida, si bien, lo paradigmático de este grupo delictivo, y aquello que permite diferenciarlos de las agresiones sexuales es la ausencia de “violencia o intimidación” como instrumentos o medios “utilizados” para doblegar la voluntad del sujeto pasivo e imponerle así la realización de la conducta sexual. La ausencia de estos medios, determina una menor penalidad respecto a las agresiones sexuales, y de hecho una mayor flexibilidad penológica, justificada por la gran diversidad de supuestos reconducibles a los denominados abusos, que se refleja en las penas alternativas de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.

Como delitos contra la libertad e indemnidad sexual mantienen como elemento común con las agresiones sexuales consistir en la *realización de actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona “sin violencia o intimidación” y “sin que medie consentimiento” (art. 181 CP)*. Esta última exigencia es la que concede la capacidad lesiva de los intereses tutelados, de forma que la presencia de consentimiento, sobre todo expreso, hace desaparecer en términos absolutos la tipicidad; ahora bien, por la amplitud de los supuestos contemplados en el marco de los abusos sexuales, la eficacia del consentimiento debe ponerse en cuarentena; y ello porque como tendremos ocasión de ver, en los delitos de abusos sexuales, la expresión “sin que medie consentimiento” permite abarcar al menos tres supuestos distintos: a) los casos en que no hay consentimiento, porque la conducta de que se trate se ha impuesto de forma que, sin usar violencia o intimidación, se obliga al sujeto pasivo a soportarla, habiendo éste manifestado o no su negativa; b) los casos en que por mandato de la ley se entiende que no hay consentimiento (supuestos expresamente previstos en el párr. 2 del artículo 181) lo que supone una declaración legal expresa que reconoce en aquellos casos la imposibilidad de prestar consentimiento válido (cuando el sujeto se encuentra privado de sentido,

o se le ha anulado su capacidad de la libre y normal formación de su voluntad mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto), o la invalidez y con ello la ineficacia del consentimiento prestado en otros casos (los supuestos de ejecución de actos sexuales sobre personas de cuyo trastorno mental se abusa); y c) aquellos en que media consentimiento o anuencia del sujeto pasivo en la realización del comportamiento sexual de que se trate, pero dicho consentimiento carece de validez por aparecer viciado por la utilización de prevalimiento de una posición de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima, engaño o abuso de una situación reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima.

Esta distinción entre abusos no consentidos, abusos en los que se declara legalmente que “no son consentidos”, y abusos consentidos con vicio en el consentimiento del sujeto pasivo es importante, además, porque implica la necesidad de tomar en consideración ciertos matices en cuanto al bien jurídico tutelado en cada caso; y es que, con la doctrina dominante (por todos CARMONA SALGADO), entendemos que en los casos en que se declara legalmente la ausencia de consentimiento del sujeto pasivo (por encontrarse en las circunstancias previstas en el art. 181.2, referidos a personas privadas de sentido, que encuentran su voluntad anulada, o padecen un trastorno mental del que se abusa) más que la libertad sexual, bien jurídico difícilmente ejercitable en tales casos con los matices que en su momento señalaremos, sobre lo que recae la ofensividad del comportamiento es sobre la *indemnidad sexual* de los sujetos pasivos.

El planteamiento sistemático de los abusos sexuales tal como quedan redactados tras la reforma operada por L.O 1/2015 de 30 de marzo, presenta: a) un tipo básico, que ofrece además el concepto de abusos sexuales, contenido en el artículo 181.1 CP; b) el número 2 del artículo 181, recoge los supuestos de abusos sexuales en los que se declara legalmente la ausencia de consentimiento; c) y por último se presentan los casos de abusos sexuales con consentimiento viciado bien por haber mediado “prevalimiento de una situación de superioridad” por parte del sujeto activo (art. 181.3), bien por haberse empleado para obtener el consentimiento un “engaño” que vicie el contenido de voluntad del sujeto pasivo, o bien por haberse producido un abuso de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima, que ha de ser en ambos casos necesariamente mayor de dieciséis y menor de dieciocho años de edad (art. 182.1).

Estas tres modalidades se encuentran previstas como comportamientos genéricos de abuso sexual, previéndose como modalidad agravada por la mayor *entidad de la conducta sexual impuesta* el castigo de aquellos casos en que dicha conducta consista en el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o la introducción de miembros corporales u objetos por las dos primeras vías (así se prevé en el número 4 del art. 181, y el número 2 del art. 182). Por último, también en el marco de los tipos agravados, todas estas modalidades se ven ulteriormente agravadas en el caso de que concurren las circunstancias 3ª (cuando la víctima sea especialmente vulnerable) o 4ª (cuando el sujeto activo se haya prevalido de una relación de superioridad o de parentesco) del número 1 del art. 180.

1. Tipo básico de abusos sexuales

Se contiene en el número 1 del art. 181, y como hemos señalado, junto a definirse como *la realización de actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de una persona*, se caracterizan por realizarse *sin violencia o intimidación*, cuya presencia abocaría a la calificación del supuesto como agresión sexual, y además *“sin que medie consentimiento”* del sujeto pasivo.

Esta última característica es la que da esencia al contenido de injusto de los abusos sexuales. Como hemos señalado, la ausencia de consentimiento puede afirmarse bien cuando, sin emplear violencia o intimidación, se impone la conducta sexual a quien no quiere realizarla (casos en que para realizar el acto sexual no se precisa violencia o intimidación, cuando se realizan sobre sujetos físicamente impedidos, sobre personas que se ven sorpresiva o inopinadamente lesionadas en su libertad sexual, no pudiendo manifestar su voluntad negativa a tiempo, o habiéndola manifestado no se respeta su renuencia, etc); o bien en aquellos casos en que la propia ley entiende que no hay consentimiento (supuestos contemplados en el artículo 181.2).

Obviamente, la precisión de qué conductas puede llegar a abarcar el amplio concepto de abuso sexual que ofrece el artículo 181.1 reproduce no pocos de los problemas, dudas y cuestiones que también se suscitaban en el marco de los delitos de agresión sexual. A comenzar por determinar qué entender por “actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona”, sustrato fáctico que configura la propia esencia material del abuso sexual como delito. En nuestra opinión, frente a lo que podía ocurrir en las agresiones sexuales, las conductas re-conducibles a este tipo básico de los abusos sexuales son amplísimas, de ahí que, si bien puede reproducirse respecto a la conducta típica de los abusos las mismas consideraciones que realizamos para las agresiones sexuales, deban extremarse la exigencias de criterios restrictivos de interpretación, tanto respecto a la índole sexual de la conducta expuesta, como a la exigencia de una cierta trascendencia o significación de su contenido. Por ello que salvo casos muy contados, los comportamientos en los que no medie un mínimo contacto significativo entre autor y víctima, e incluso, casos no presididos por un cierto ánimo lúbrico presenten especiales dificultades para su consideración como típicos, siendo quizá preferible jugar con modalidades propias de otras infracciones o delitos leves.

Por lo que se refiere a la problemática relativa a los sujetos, el iter críminis y los problemas concursales, se puede reproducir lo dicho en relación con las agresiones sexuales, a salvo de los matices que hace surgir la exigencia de expresa de violencia o intimidación como medios típicos de las infracciones contenidas en los artículos 178, 179 y 180 del Código Penal.

2. Abusos sexuales “no consentidos” del número 2 del art. 181

Como complemento al concepto que ofrece el número 1 del art. 181, el número 2 de este mismo artículo, viene a señalar determinados supuestos en los que, literalmente *se consideran abusos sexuales no consentidos*. Tales supuestos hacen

referencia: *a los actos de índole sexual, que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido; a los que se ejecuten sobre personas de cuyo trastorno mental se abusare, y, finalmente, a los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.*

Nos encontramos como hemos señalado ante supuestos en que la propia ley declara “no consentidos” los actos que soporta la persona que se encuentra en las distintas situaciones precisadas, por lo que, en aquellos casos en que haya podido existir anuencia del sujeto pasivo – porque se haya podido manifestar con anterioridad a la situación en que se encuentra el sujeto al momento de realización de la conducta, o en los casos en que se trate de persona que sufre un trastorno mental que no lo incapacite para consentir, siempre que se presente el exigido “abuso”–, se entenderá en principio que dicho consentimiento no ha sido prestado: que no existe y los actos realizados son por tanto “abusos sexuales no consentidos”.

El primero de los supuestos del número segundo del art. 181, entiende que existen abusos sexuales no consentidos cuando la conducta se ejecute *sobre personas que se hallen privadas de sentido*. Aunque con mejor redacción se reproduce un supuesto tradicional en el marco de la llamada violación impropia y los abusos sexuales no consentidos, que tiene como presupuesto una obviedad: las personas privadas de sentido no pueden consentir, ni su consentimiento –caso de que lo hubiera manifestado antes de caer en la situación de privación de sentido– tiene validez alguna en el plano sexual; no existe por lo tanto, como se suele afirmar, una presunción *iuris et de iure* de que una persona privada de sentido, o lo que es lo mismo: aquella que tiene anuladas sus capacidades intelectuales y volitivas por lo que no puede desarrollar su capacidad de autodeterminación en el plano sexual, no puede consentir, por lo que hacerla objeto de conductas o comportamientos sexuales, debe considerarse, siempre, abuso sexual no consentido. Lo que en realidad evidencia esta primera modalidad es la “protección cualificada” que determinadas personas merecen por su concreta situación, en este caso de privación de sentido, en las que no pueden ejercitar válidamente la libertad sexual de la que son titulares. Se tutela por tanto, y con claridad la *indemnidad sexual* de las personas privadas de sentido.

Esta situación de anulación de la voluntad y sus capacidades, se ha venido identificando en situaciones de sueño profundo (STS 29 de enero 2009), consumo propio de drogas o sustancias tóxicas que produzcan ese mismo efecto sobre el sujeto, supuestos en que la víctima se encuentra anestesiada o sedada (SSTS 16 de marzo 2010; 18 junio 2010) los discutidos casos de hipnosis, y los casos más relevantes de embriaguez (letárgica). Sin embargo, esta interpretación original y especialmente rigurosa del precepto, en los últimos años ha venido flexibilizándose, siendo posible encontrar resoluciones jurisprudenciales que admiten la aplicación de estos supuestos en ciertos casos en que la afectación de las capacidades intelectuales y volitivas del sujeto pasivo no es absoluta, sino tan sólo relevante, intensa, e incluso suficiente para hacer desaparecer los frenos inhibitorios internos que, en otra circunstancia hubieran motivado la negativa de la víctima a la conducta a que se ve sometida. (SSTS 23 de enero de 2004, 15 de febrero de 2005, 14 de octubre de 2005, 26 de febrero 2013).

El segundo de los supuestos de abusos que se consideran *ope legis* no consentidos, son aquellos que se desarrollan sobre personas *de cuyo trastorno mental se abusa*. Lejos de su original previsión, la nueva redacción de este supuesto parece más realista en su contenido, pues no basta para su apreciación el hecho de que la persona se encuentre enajenada, o padezca algún tipo de trastorno permanente o transitorio, sino que como reza literalmente el precepto es necesario, que además de un padecimiento mental, que afecte a la capacidad de decisión en materia sexual del sujeto, se *abuse* por parte del sujeto activo, de dicha situación. Así, este segundo supuesto viene a referirse según la doctrina mayoritaria a cualquiera de los supuestos de anomalías o alteraciones mentales en su sentido más amplio, incluyendo las que pueden derivar de estados de intoxicación o drogodependencia graves, siempre que sean equiparables en su contenido al concepto de trastorno mental que habrá de entenderse de forma similar a la que le da sentido en el ámbito de la imputabilidad penal. Ahora bien, no basta con que el sujeto padezca algún tipo de anomalía, sino que además es necesario que el sujeto activo “abuse” de dicho trastorno para la imposición de la conducta sexual prohibida sobre su víctima. Esta exigencia de abuso supone el aprovechamiento de forma consciente y deliberada (con un ánimo específico de utilizar las carencias intelectuales o volitivas del sujeto pasivo en su provecho) del trastorno de que se trate para la imposición de la conducta sexual. Ahora bien, en nuestra opinión no basta con la simple existencia de un cierto trastorno, más o menos permanente o transitorio del que se abusa o hace aprovechamiento; en nuestra opinión, como en el caso de cierta reciente jurisprudencia, el trastorno además debe provocar un cierto efecto psicológico en el sujeto que lo padece, de forma que lo haga incapaz de consentir validamente en materia sexual; de esta forma, para que pueda hablarse en sentido estricto de abuso no consentido, deberá constar: la existencia de un trastorno, que dicho trastorno provoca incapacidad para autodeterminarse en el ámbito sexual, y la existencia de abuso o aprovechamiento malicioso de dicha incapacidad para convertir al sujeto pasivo en objeto de la conducta sexual (vid. SSTs 21 mayo 2007; 11 junio 2007; 25 mayo 2009; 24 marzo 2010).

La reforma de 2010, vino a cambiar sustancialmente los supuestos de abusos declarados no consentidos del número 2 del art. 181, trasladando el tratamiento de los abusos sobre menores de 13 años (en la actualidad “menores de 16 años”) a su nueva ubicación sistemática en el nuevo Capítulo II bis, del Título VIII; y por otra parte, incluyendo como nuevo supuesto de abuso considerado en cualquier caso no consentido aquellos comportamientos *que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto*. La inclusión de este nuevo supuesto de abuso sexual viene, en opinión de la doctrina mayoritaria, a salvar la laguna que podía plantearse precisamente ante supuestos como los que se describe, en los que el atentado a la libertad sexual del sujeto, entendida como capacidad de decisión y autodeterminación en materia sexual, se produce no forzando u obligando al sujeto a consentir o soportar la conducta, sino precisamente anulando *in toto* su capacidad de decisión y con ello su libertad; estos supuestos que en algunos casos

habían sido considerados como casos de agresión sexual, utilizando un concepto de “violencia” tan amplio o extenso como el utilizado en los delitos de coacciones, quedan ahora definitiva y expresamente definidos como abusos, lo que por otra parte parecía lógico incluso antes de la reforma, por el paralelismo de esta nueva figura con la tradicional de abuso sobre persona privada de sentido.

Para su apreciación es necesario que el sujeto activo “anule” la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia idónea a tal efecto. El concepto anulación remite a una absoluta pérdida de voluntad y sus capacidades, si bien la doctrina mayoritaria se inclina por una interpretación menos restrictiva similar a la que se produce respecto a la privación de sentido, entendiendo que la víctima quede en situación de no poder oponerse a los deseos del asaltante. Por otra parte, en este caso es necesario que sea el propio sujeto activo el que provoque la anulación de la voluntad, y no simplemente que aproveche la situación de inconsciencia o grave alteración provocada por sí mismo o por un tercero, de la víctima, que daría cuerpo a la situación de privación de sentido (SSTS 17 abril 2012; 27 abril 2015; 2 junio 2015).

3. Abusos sexuales con consentimiento viciado: abusos de prevalimiento, fraudulentos, y con abuso de una posición de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima

La última modalidad de abusos sexuales son aquellos caracterizados por la existencia de un consentimiento de la víctima a la realización de la conducta sexual, si bien se trata de un consentimiento inválido en la medida en que se ha propiciado o conseguido mediante la utilización de *prevalimiento de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima* (art. 181.3) o bien interviniendo *engaño* o *abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima*, y siempre y cuando dicha víctima *sea mayor de dieciséis años y menor de dieciocho* (artículo 182 del Código Penal).

La configuración de esta última modalidad de abusos sexuales proviene de la reforma operada en la materia en virtud de la Ley Orgánica 1/2015 de 30 marzo, que ha introducido el nuevo supuesto de abusos sexuales realizados abusando de una posición de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima (art. 182.1), así como ha motivado la modificación, en congruencia con la nueva “edad de consentimiento sexual”, ahora fijada en los 16 años, del círculo de posibles sujetos pasivos de los delitos previstos en el artículo 182, que pasan a ser sujetos menores de 18 años y mayores de 16.

La tres figuras delictivas presentan en común la existencia de un “vicio” en el consentimiento prestado para la realización del acto sexual de que se trate, por lo que en principio serían supuestos de agresión a la libertad sexual en sentido estricto. Si bien, en atención a su tratamiento penológico, y a la limitación de los posibles sujetos pasivos del artículo 182 a menores de edad pero mayores de 16 años, pudiera entenderse que también se articula una suerte de protección cualificada relacionada con el concepto de “indemnidad sexual” de los menores de edad.

La construcción resultante no puede pasar sin crítica. En primer lugar porque evidencia una cierta incongruencia penológica, en la medida en que los abusos sexuales con prevalimiento de una *situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima* (art.181.3), al poderse castigar de forma alternativa con pena de prisión o de multa, parece tratado más favorablemente, no obstante el disvalor inherente a los medios comisivos, que los supuestos de abusos sexuales fraudulentos, o cometidos con abuso de una posición de confianza, autoridad o influencia, que necesariamente implicarán en todo caso la imposición de una pena privativa de libertad de uno a tres años. En segundo lugar, y así lo ha evidenciado la doctrina, la nueva modalidad incorporada al artículo 182 (abuso de una posición de confianza, autoridad o influencia) parece innecesaria, bien por coincidir al menos parcialmente con los supuestos de abuso con prevalimiento del artículo 181.3, bien porque la jurisprudencia al uso había venido extendiendo el concepto de “prevalimiento” hasta abarcar buena parte de los nuevos supuestos (SSTS 24 junio 2000; 18 abril 2002; 2 octubre 2006), aun cuando su incorporación al texto punitivo se encuentre directamente motivada por la Directiva 2011/93/UE de 13 de diciembre de 2011.

a) *Los abusos sexuales con prevalimiento de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima*

El número 3 del artículo 181, recoge los abusos de prevalimiento, caracterizados por el aprovechamiento que el responsable realiza de una “relación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima”, forzando así su voluntad y consiguiendo su anuencia que es obviamente inválida careciendo de eficacia alguna.

Por relación de superioridad hemos de entender la situación o estado que supone una relación de primacía respecto al sujeto pasivo o la víctima; aunque resulte paradójico, no es necesaria una correlativa relación de inferioridad del sujeto pasivo (ni por supuesto vulnerabilidad o indefensión), sino que basta con la situación de ascendiente del sujeto activo sobre aquel. En su entendimiento tradicional tal situación de superioridad podía tener el más diverso origen: así, puede surgir de relaciones laborales, de respeto religioso o moral, docentes, de dependencia económica o afectiva, familiar y de convivencia doméstica, de relaciones de vecindad, etc (SSTS 17 de mayo de 2002; 12 de febrero de 2008; 5 de noviembre de 2009), si bien la incorporación de la nueva modalidad de abusos sexuales incluidos en el artículo 182 (los realizados abusando de una posición de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima), ha venido a modificar este planteamiento, forzando necesariamente la realización de una interpretación restrictiva de la situación de superioridad. Pero en todo caso ha de ser manifiesta por lo que hay que entender clara, real, efectiva y evidente para terceros, y estar caracterizada desde un punto de vista cualitativo, por ser idónea y suficiente para coartar la libertad de la víctima. Esta última exigencia, que sea capaz de coartar la libertad de la víctima, provoca problemas para distinguir determinados casos de

prevalimiento con supuestos de intimidación, que habrán de resolverse a favor de las agresiones sexuales, cuando el autor utilice su situación de superioridad como medio de amenaza para el sujeto pasivo. Finalmente, no basta con que exista esa cualificada relación de superioridad entre abusador y víctima; es necesario también que el sujeto activo, se prevalga de la misma para la consecución de su ilícito objeto, provocando así el vicio relevante que anula la eficacia de la anuencia prestada por la víctima.

b) *Los abusos sexuales fraudulentos*

Por su parte, los abusos sexuales fraudulentos o aquellos que se realizan “*interviniendo engaño*” sobre personas menores de edad pero mayores de 16 años, se caracterizan esencialmente por el medio comisivo propio de los mismos, y por ello con toda lógica, pero no suficiente acierto, por la limitación de los posibles sujetos pasivos a personas en una franja de edad en la que nuestro legislador entiende que son sujetos susceptibles de ser idóneamente engañados en materia sexual.

Como suele entenderse en el ámbito jurídico penal, el engaño supone hacer pasar, de palabra, obra o por medio de otros artificios, por verdadero lo falso, de forma que se genere un error relevante en la persona engañada que vicia su voluntad en el ámbito de que se trate. Esta doctrina general, perfilada al extremo en el ámbito de los delitos de estafa, permite ser traída al ámbito de los abusos fraudulentos, sobre todo en lo que supone de exigencia de: una actividad engañosa o engaño, que ha de ser idóneo para provocar error en el sujeto pasivo, error que determina de manera esencial su proceso decisorio orientándolo en un determinado sentido, en el caso que nos interesa, provocando su aceptación de la conducta sexual de que se trate.

En cuanto al contenido del engaño, y aun cuando la más frecuente –incluso en nuestros días– era la falsa promesa de matrimonio, puede consistir en cualquier cosa, siempre, reiteramos que sea idónea para provocar error y viciar la voluntad del sujeto pasivo: prometer una remuneración o recompensa, hacerse pasar por enfermo con riesgo de muerte, o novelar problemas y situaciones como acto de seducción.

c) *Los abusos sexuales realizados abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima.*

El segundo supuesto específico de abuso sexual con consentimiento viciado que presenta la nueva redacción del artículo 182, viene referido a los que se cometen abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima. Nos encontramos ante una nueva modalidad introducida por la reforma de 2015, una vez más como exigencia de la directiva 2011/93/UE, como necesaria para una mejor protección de los menores en el ámbito de la libertad e indemnidad sexual. En principio, y aun siendo evidente la dificultad de su com-

preensión, nos encontraríamos ante abusos sexuales cometidos con una suerte de “prevalimiento de segundo grado”, o prevalimiento de una situación de “superioridad” motivada por una relación de confianza, autoridad moral o influencia familiar, social, eductiva, etc..., que no necesitaría para apreciarse —como si exige la correlativa figura de los abusos sexuales del art. 181.3— llegar a “coartar la libertad de la víctima”, bastando con que vicie suficientemente su aceptación o anuencia de la conducta o actos sexuales que se le imponen.

No exigirse una especial intensidad al prevalimiento o abuso de tal situación de confianza, autoridad o influencia, obedece sin duda a la peculiaridad de los sujetos pasivos que han de ser menores de edad aunque mayores de 16 años.

En cualquier caso, lo cierto es que la incorporación de esta nueva modalidad de abuso sexual ha venido a distorsionar el tradicional entendimiento de los abusos de prevalimiento, que como hemos comentado, abarcaban sin problema las situaciones de abuso de situaciones en que la confianza, la autoridad moral, el ascendiente o la influencia sobre el sujeto pasivo permitían viciar su voluntad imponiéndole de esta forma el comportamiento sexual no consentido.

Por ello que, pues que se establece una diferencia, al menos retórica entre este “prevalimiento sin coerción” y el engaño que se contemplan en este artículo 182, y el prevalimiento “coercitivo” del artículo 181.3, no se comprenda la diferencia penológica que presentan. El artículo 181.3 está sancionado con una pena alternativa de prisión de uno a tres años ó multa de dieciocho a veinticuatro meses; el artículo 182, exclusivamente con una pena de prisión de uno a tres años. Pareciera que el engaño o el abuso de ciertas relaciones cualificadas (confianza, autoridad moral o ascendencia, influencia...) son medios merecedores de menor reprobación que el “prevalimiento”, abuso quasi alevoso, de una situación de superioridad manifiesta que “coarte” la libertad de la víctima, y por tanto medios acreedores de menor sanción. Quizá el único factor que podría explicar la diferencia penológica radique en la condición de menor de edad del sujeto pasivo, pero tampoco parece justificable en este caso la desproporción, ante todo porque de los menores de 18 y mayores de 16 no creo que pueda afirmarse su mayor susceptibilidad para poder ser influídos en materia sexual, como sí parece entenderlo el legislador.

Todas las modalidades de abusos sexuales aparecen, desde el punto de vista subjetivo como delitos dolosos, y aunque en alguna ocasión será necesario afinar la apreciación de este elemento exigiendo una mayor o menor finalidad lúbrica, por la amplitud de comportamientos susceptibles de ser encuadrados en el tipo básico, no estimo que sea necesario un elemento subjetivo específico del injusto.

En cuanto a los problemas de autoría, participación y formas imperfectas estimamos extrapolable cuanto hemos señalado para las agresiones sexuales. Al igual que no necesitamos reiterar los contenidos antes comentados en relación al tipo agravado por consistir el abuso en acceso carnal, introducción de miembros corporales u objetos; ni para los casos en que sea posible la apreciación de las circunstancias 3 y 4 del art. 180.1. A los comentarios realizados entonces, nos remitimos.

V. LOS DELITOS DE AGRESIONES Y ABUSOS SEXUALES A MENORES DE 16 AÑOS

Con esos mismos términos se rubrica el nuevo Capítulo II bis del Título VIII del Libro II del CP.

El tratamiento de estas infracciones en un capítulo específico se introdujo como efecto de la reforma producida por la L. O. 5/2010, de 22 de junio, que decidió agrupar las más graves infracciones sexuales sobre menores de una cierta edad, fijada entonces por nuestra legislación en los 13 años, como respuesta, a nuestro juicio sin duda, a la alarma social cada vez mayor que producen estos delitos, así como por coherencia con ciertos instrumentos supranacionales, muy destacadamente la Decisión Marco del Consejo 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, teniendo por ello un alto valor “simbólico” por cuanto viene a significar la concesión de un especial tratamiento, que se refleja también en la entidad de las penas previstas para la libertad e indemnidad sexual de estos sujetos. La creación del nuevo capítulo específico para menores de 13 años, no quedó exenta de crítica, tanto por haber dejado fuera de esa especial protección a otros sujetos equiparables a los menores de 13 (fundamentalmente, discapacitados, incapaces, personas con discapacidad necesitadas de especial protección, en la terminología actual), como por no haber abarcado, como impondría un mínimo de lógica sistemática, todas las infracciones sexuales relacionadas con menores de 13, siendo así que –al igual que ocurre en la actualidad–, no pocas de estas infracciones se mantienen en el ámbito de los delitos relativos a la prostitución, a la explotación y a la corrupción de menores (Capítulo V, del Título VIII).

La actual redacción del Capítulo II obedece a los cambios operados por la reciente reforma producida por L.O. 1/2015 de 30 de marzo, como consecuencia directa de la trasposición a nuestro ordenamiento de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento y del Consejo Europeo de 13 de diciembre de 2011, relativa a “la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo”.

Aprovechando la necesidad de revisión de la materia exigida por la normativa supranacional, y yendo bastante más allá de sus exigencias, nuestro legislador penal introduce significativos cambios en la regulación anterior. La más importante, la elevación de la “*edad de consentimiento sexual*”, (entendida como “la edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor” (art. 2 b) de la Directiva), que pasa de los 13 a los 16 años de edad. Tan discutible decisión, por la drástica elevación de la edad de los potenciales sujetos pasivos de estos delitos, motiva como no podía ser menos un importante cambio en el régimen del consentimiento como causa de exención de responsabilidad criminal que pasa a regularse de forma expresa para estos casos en el nuevo artículo 183 quater.

Junto a ello se revisa el catálogo de infracciones siguiendo las orientaciones de la Directiva, añadiéndose figuras novedosas como son: a) el compeler a un menor de 16 años, con violencia o intimidación a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o a realizarlos sobre sí mismo (que se incorpora al artículo 183.2 del Código Penal, en coherencia con el mandato del artículo 3.6 de la Directiva); b) el determinar a un menor de 16 años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual o hacerle presenciar actos de carácter sexual aunque el autor no participe en ellos, conducta que presenta una modalidad agravada cuando aquello que se obliga a presenciar sean “abusos sexuales” (art. 183 bis del Código Penal, en relación con los artículos 3.2 y 3.3 de la Directiva); y c) el contactar con un menor de 16 años, a través de tecnologías de la información y comunicación para realizar actos dirigidos a “embaucarle” para que facilite al autor “material pornográfico” o para que muestre al autor imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor (nuevo artículo 183 ter 2, que es reflejo de la exigencia de los artículos 6.1 y 6.2 de la Directiva).

Finalmente se produce una revisión penológica de las figuras incluidas en el capítulo para adecuar su marco penal a las exigencias de la citada Directiva 2011/93/UE.

En cualquier caso, el efecto fundamental es la agrupación en un solo capítulo de las figuras delictivas contra la libertad o indemnidad sexual de los menores de 16 años más significativas –aunque como ocurría en su anterior previsión, algunas infracciones específicas relativas a la prostitución o corrupción de menores se contemplen en el Capítulo V, del Título VIII–, con su propio sistema de incriminación, en el que, por otra parte se reiteran muchos de los conceptos esenciales, relativos a la conducta típica y sus medios o condiciones, o al sistema de agravación de estos ilícitos, que hemos analizado con anterioridad.

Precisamente por ello, y en términos generales, interesa destacar dos aspectos específicos. El primero relativo al bien jurídico tutelado en este capítulo. La referencia concreta a los menores de 16 años indica la conveniencia de entender que aquello que se tutela no es tanto la “libertad sexual en sentido estricto” de estos sujetos que, aunque sea cuestionable, tan sólo tienen una capacidad condicionada o relativa para el ejercicio del mismo, cuanto su “indemnidad sexual” entendida sea como la protección cualificada que se ofrece a quien no puede desarrollar en plenitud el ejercicio de la propia determinación sexual, sea como el intento de proteger otros intereses como el libre y pleno desarrollo de la personalidad, los procesos de formación y socialización del menor, o incluso la libertad sexual “in fieri”, potencial o de futuro, que puede verse afectada por la producción de un atentado de naturaleza sexual en una fase temprana de su desarrollo caracterológico.

El segundo, que todas las infracciones de las que pasamos a ocuparnos van referidas en todo caso a sujetos pasivos que resulten ser menores de 16 años, edad que actúa como referente para el ejercicio de la libertad sexual en nuestro ordenamiento, y que al igual que los marcos de edad en redacciones precedentes (la

de 12 años, prevista en origen, y la de 13 años a la que ha venido a sustituir la nueva regulación desde 1 de julio de 2015), debe interpretarse en un sentido cronológico absoluto, es decir: podrá ser sujeto pasivo de estos delitos todo sujeto que desde un punto de vista cronológico (no psicológico, mental o intelectual), no haya cumplido la edad de trece años, para lo cual habrá de computarse su edad de momento a momento y con toda la precisión posible.

Con este contenido general, el nuevo Capítulo II bis presenta una estructura simple: el art. 183 recoge en sus diversos apartados los delitos de abusos (número 1) y agresiones (número 2 del precepto) sexuales a un menor de 16 años, presentando el número 3 la cualificación penológica correspondiente cuando los abusos o agresiones consistan en acceso carnal, introducción de miembros corporales o introducción de objetos, conceptos que en general coinciden en su sentido con los estudiados hasta ahora en las agresiones y abusos genéricos.

El número 4 del art. 183, por su parte recoge un catálogo específico de agravaciones, muchas de las cuales coinciden en su literalidad y sentido con las analizadas al estudiar el art. 180 (letras b), c), y d)), introduciendo algunas especificidades, que analizaremos con más detenimiento en sus letras a), e) y f). El número 5 de este artículo prevé la lógica imposición de la pena, de inhabilitación para el caso de que el responsable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

Por su parte el nuevo artículo 183 bis, recoge dos nuevas modalidades de abuso sexual sobre menores de 16 años, que como hemos señalado se corresponden con las exigencias de los artículos 3.2 y 3.3 de la Directiva (determinar a un menor a participar en un comportamiento de naturaleza sexual o hacerle presenciar actos de carácter sexual aunque el autor no participe en ellos, con la agravación para el caso de que los actos que se hacen presenciar al menor sean constitutivos de un delito de abusos sexuales).

Y finalmente, el artículo 183 ter viene a recoger dos modalidades específicas de abuso sexual sobre menores de 16, relacionadas con el uso de las nuevas tecnologías: el llamado “ciberacoso” o “child grooming”, ya introducido por la reforma de 2010 y que aparece en el número 1, y el novedoso delito de “embaucamiento de menores con fines sexuales por medios tecnológicos”, en su número 2, figuras específicamente previstas en el artículo 6 de la Directiva.

1. Las modalidades típicas de agresiones y abusos sexuales a menores de 16 años

Las modalidades básicas de estos delitos se encuentran contenidas en los números 1 –relativo a los abusos sexuales–, 2 –que se refiere a las agresiones sexuales–, y 3 que incorpora en términos comunes a unos y otras, la cualificación por consistir la conducta en acceso carnal, o introducción de miembros corporales u objetos del artículo 183 del Código Penal. Como consecuencia de la reforma del Capítulo por la L.O. 1/2015, además y dentro de las modalidades de abuso

(definibles como realizar actos sexuales sobre un menor de 16 años sin que medie violencia o intimidación), se incorpora el nuevo artículo 183 bis para dar cumplimiento al contenido dispositivo de la Directiva 2011/93/UE

El estudio de estas modalidades no debe presentar mayor problema, pues la casi totalidad de sus aspectos han sido desarrollados con anterioridad y los términos desarrollados son básicamente aplicables a las infracciones que nos ocupan. Tal ocurre con la precisión de las conductas típicas; la significación y relevancia de la utilización de “violencia o intimidación” para cometer los hechos y que aparecen como elementos distintivos entre abusos y agresiones; el contenido y la problemática de la conducta sexual cualificada y relativa al acceso carnal o introducción de miembros y objetos, etc.

En este sentido general, quizá lo más relevante, salvo alguna otra cuestión de matiz, del nuevo tratamiento de las infracciones sexuales realizadas sobre menores de 16 años que estamos analizando, radica en: a) el cambio en la “edad de consentimiento sexual” que se produce con la reforma y que la hace pasar de los 13 a los 16 años; b) en la modificación del concepto de “abuso sexual a menores” que, igual de forma inadvertida, se produce con la nueva redacción del número 1 del artículo 183; y c) la incorporación de nuevas modalidades delictivas, exigidas por la Directiva 2011/93/ UE, e incorporadas con escaso acierto al vigente Código Penal español.

1.- El cambio de la edad de consentimiento sexual (“*la edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho Nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor*”, según define el art. 2 de la Directiva 2011/93/UE), que pasa de los 13 a los 16 años es un cambio tan drástico como discutible.

En sí mismo supone la fijación de una edad concreta, medida en términos puramente cronológicos, y sin tomar en consideración otros factores como el grado de madurez, desarrollo, formación en el ámbito sexual, etc., a partir de la cual se establece una absoluta “prohibición” de realizar actos de carácter sexual con el menor, con independencia de la anuencia, voluntad o consentimiento del mismo. En otras palabras, se establece una presunción de que los actos realizados con el menor, incluso siendo queridos por éste, son actos no consentidos y atentan contra la indemnidad sexual del menor, pasando por ello a constituir objeto de prohibición penal. El fundamento de tal sistema se encuentra en la consideración de que los menores de cierta edad no gozan de una plena libertad sexual, si no que por su desarrollo o formación la tienen condicionada, siendo por ello necesario garantizar a través de una prohibición absoluta la realización de comportamientos sexuales con ellos, para evitar que sean utilizados sexualmente, y para conseguir un normal proceso de formación o descubrimiento de la sexualidad que le permita en un futuro ser plenos titulares de esta esencial manifestación de la voluntad.

Este razonamiento que puede considerarse correcto, aunque no de forma absoluta, respecto a determinadas franjas de edad (para menores de 12 o 13 años), se hace tanto más discutible a medida que aumenta “*la edad de consentimiento sexual*”.

Siendo por ello especialmente discutible la fijación de los 16 años como edad mínima para poder admitir la relevancia jurídica de la voluntad y el consentimiento del menor. La elevación de la edad de consentimiento sexual en nuestro ordenamiento penal no puede si no criticarse, ante todo, por la irrealidad que supone desconocer que nuestra juventud se inicia en la realización de conductas sexuales (que no son sólo las que implican un acceso carnal), precisamente en esas edades; además, frente a lo que pudiera ocurrir en otros tiempos, la formación en materia sexual es algo más que bastante para que pueda afirmarse que muchos menores de 16 años tienen suficiente conocimiento de qué es lo que hacen y cuáles sus posibles consecuencias como para poder determinarse libremente en este plano. Pero es que, además, la fijación de la nueva edad de consentimiento sexual en los 16 años ni venía exigida por la Directiva 2011/93/UE, ni por ninguna otra instancia supranacional, ni es coherente con la consideración jurídica de los menores de 16 en otras ramas del ordenamiento (la más evidente contradicción supone reconocer capacidad al menor de 14 para contraer matrimonio, mientras que no puede autodeterminarse en el plano sexual).

Por ello que no pueda sino valorarse positivamente la introducción en el artículo 183 quater, de una cláusula expresa para reconocer eficacia al consentimiento libremente prestado por el menor, al menos en determinados casos. En efecto, el artículo 183 quater dispone: “*El consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo y madurez*”. Como puede apreciarse el art. 183 quater no viene sino a reconocer una cierta eficacia eximiente al consentimiento de menor en el ámbito de la realización de comportamientos de naturaleza sexual, flexibilizando la prohibición absoluta que pende sobre los menores de 16 en el ámbito sexual. Tal reconocimiento está absolutamente justificado en la medida en que, como hemos señalado, los menores de 16 años muy frecuentemente gozarán de todos los requisitos de capacidad y discernimiento necesarios para consentir válidamente de forma plena en éste ámbito. Y además será lo más normal como instrumento para iniciarse y descubrir no sólo la sexualidad sino las más frecuentes formas de manifestación de la afectividad. Esta lógica material es lo que motiva que sea la propia Directiva 2011/93/UE la que brinde la posibilidad a los Estados de reconocer una cierta eficacia al consentimiento de los menores en la realización de actos de carácter sexual con personas próximas al menor por su edad y su grado de desarrollo (art. 8 de la Directiva).

2.- La reforma de 2015 ha producido también la modificación del concepto de abuso sexual a un menor que se contiene en el artículo 183.1. Con anterioridad a la reforma de 2015, el abuso sexual a menores se definía como “*la realización de actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de 13 (hoy serían 16) años*”. Hoy por el contrario, se define simplemente como “*la realización de actos de carácter sexual con un menor de 16 años*”.

Esta variación tiene también relevancia. Por una parte, la exigencia de que los abusos consistan en un “atentado” a la indemnidad sexual de los menores, permitía, con esta referencia al objeto jurídico cuya protección se pretende, cen-

trar el contenido de injusto de las infracciones exclusivamente en la “indemnidad sexual”, lo que hacía lógico deducir que a los menores de 13 (hoy de 16), no se les consideraba titulares de la “libertad sexual” en sentido estricto, o al menos no se les reconocía la posibilidad de su normal ejercicio. Con ello se aclaraba el contenido sustancial de las infracciones. Pero es que además, el anterior concepto de “abusos sexuales a menores”, al conceptuarse como “atentados” introducía una más que necesaria referencia a la lesividad de los comportamientos que, en este ámbito, habían de considerarse penalmente relevantes. En este sentido, relevante no sería la realización de cualesquiera actos sexuales con un menor de 13 (hoy 16), sino sólo la realización de actos que además de tener carácter o naturaleza sexual, por su gravedad o significación constituyan un “atentado” a la indemnidad sexual de la víctima. Ello permitía excluir del ámbito de la tipicidad de los abusos sexuales sobre menores ciertos comportamientos de orden sexual que por corresponderse con actos queridos por el menor, en su normal iniciación a la sexualidad y manifestación de los afectos, por no tener significación suficiente como para considerar que pudieran afectar a su normal desarrollo y formación de la personalidad, o por carecer de entidad sexual suficiente, etc. no debían ser considerados “atentados” a la indemnidad del menor.

En la actualidad sin embargo han desaparecido del concepto tanto la referencia a la “indemnidad” como la exigencia de que los comportamientos puedan considerarse “atentados”, lo que en mi opinión amplía excesivamente el concepto de abuso sexual a menores, que habrá de verse restringido en virtud de otros expedientes interpretativos o aplicativos, sobre todo tras la drástica elevación de la edad de consentimiento sexual.

3.- Por último hay que destacar que la reforma de 2015 ha introducido nuevas modalidades de abusos y agresiones sexuales a menores de 16 años, a las que con anterioridad no se hacía referencia aunque podían en buena medida considerarse dentro de la formulación genérica de la conducta típica. En su mayor parte se introducen para dar cumplimiento a las exigencias de la Directiva 2011/93/UE y han sido casi literalmente incorporadas a la regulación española.

Las primeras modalidades destacables, se introducen en el número 2 del artículo 183 en el marco de las agresiones sexuales a menores, caracterizadas por consistir en la realización de actos de carácter sexual con un menor de 16 “empleando violencia o intimidación”. En ese mismo número se incluye: “*Las mismas penas (prisión de 5 a 10 años) se impondrán cuando mediante violencia o intimidación compeliere a un menor de 16 años a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o a realizarlo sobre sí mismo*”. Como hemos señalado más arriba, la inclusión de estos comportamientos viene a resolver de forma expresa ciertos problemas de interpretación que generaba el tradicional concepto de abuso o agresión sexual respecto al contenido mínimo de la conducta típica, de forma que se incluyen, ya de forma indubitada, conductas que no implican el contacto entre el autor, que fuerza o intimida, y el menor que, forzado o intimidado, se ve compelido a participar en un acto sexual con un tercero, o a realizarlo sobre sí mismo.

Igualmente novedosas, y encontrando su fundamento en el mismo motivo de dar cumplimiento a la Directiva citada, son las conductas que se incluyen en la nueva redacción del artículo 183 bis, cuando castiga “*al que, con fines sexuales, determine a un menor de 16 años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual, o le haga presenciar actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos*”, con una pena de prisión de seis meses a dos años. Complemento de esta nueva previsión es el tipo agravado que se contiene en el párrafo segundo del citado artículo aplicable cuando los actos de carácter sexual que se hacen presenciar al menor sean constitutivos de un delito de “abusos sexuales”, caso en que la pena a imponer será la de prisión de uno a tres años.

Las nuevas infracciones, aun encontrando su origen y fundamentación en las exigencias de la Directiva 2011/93/UE (art. 3 de la misma), presentan algunos aspectos técnicos que, sin duda, generarán una amplia problemática en su aplicación, no sólo por la exigencia de un elemento subjetivo del injusto específico (realizar la conducta “*con fines sexuales*”), sino también por los que puede generar el entendimiento de la cláusula expresa “*aunque el autor no participe en ellos*” que se incluye en el precepto.

En nuestra opinión, la primera modalidad delictiva incorporada (“*determinar a un menor de 16 años a participar en un comportamiento sexual, aunque el autor no participe en el mismo*”), viene a ser el correspondiente tipo de abuso sexual de la nueva modalidad de agresiones sexuales a menor de 16 consistente en “compeler a un menor de 16 años a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero, o a realizarlos sobre sí mismo”; la diferencia entre ambas radica en la ausencia de la exigencia de violencia o intimidación en la nueva modalidad del artículo 183 bis. Efectivamente, en su sentido más directo el nuevo comportamiento supone “determinar o compeler” al menor a participar en un comportamiento sexual en el que el “autor”, aquel que determina o compele, puede participar o no. Si el “autor” participa y su contribución implica un contacto directo sobre el menor, con el que “realiza actos de carácter sexual”, su conducta es sin duda constitutiva de un delito de abuso sexual a un menor del art. 183.1, correspondiendo una pena de prisión de dos a seis años. Si el “autor” participa en el comportamiento sexual, pero no llega a “realizar” actos con el menor, sino que lo determina a realizarlos con otros o sobre sí mismo, al igual que si el autor se limita a determinar al menor a participar en un comportamiento sexual “propio” (sobre sí mismo) o con terceros sin tener la más mínima intervención, lo aplicable será el párrafo primero del artículo 183 bis, castigándosele con una pena de 6 meses a dos años.

Igualmente novedosa es la precisión de la segunda conducta incorporada en el párrafo primero del artículo 183 bis, relativa a la prohibición, exigida por la Directiva 2011/93/UE, de “*hacer presenciar actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos, a un menor de 16 años*”. El fundamento de la incriminación en este caso no presenta dudas por ser una exigencia expresa del artículo 3, números 2 y 3 de la Directiva. Sí es más dudosa su “oportunidad”. Lo que se castiga, con la pena de prisión de 6 meses a dos años, es incidir sobre la indemnidad sexual de un menor de 16 obligándolo a presenciar actos de carácter sexual, aunque el

autor –el que hace presenciar– no participe en ellos; cuando tales actos constituyan “abusos sexuales” –sean de la gravedad suficiente como para ser considerados conductas típicas del artículo 181 y concordantes de nuestro Código Penal–, la pena a imponer será notablemente más grave (de uno a tres años).

Los actos de carácter sexual a que se refiere el tipo, no sólo se refieren a los que puedan el autor o mantener terceras personas, sino que abarcarán también los actos propios del artículo 185 del Código Penal en el que, tradicionalmente se ha castigado “*al que ejecutare o hiciere ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante menores de edad*” con la salvedad que en estos casos el sujeto ante el que se ejecuta o se hacen ejecutar los actos de exhibición obscena es un menor de 16. Probablemente ha pasado inadvertido al legislador que tan sólo el hecho de haber cumplido la “víctima” a la que se le hace presenciar según que actos de carácter sexual puede hacer cambiar la sanción a imponer de la alternativa de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses (que prevé el artículo 185) a castigarse, exclusivamente, con una pena de prisión de seis meses a dos años.

2. Las agravaciones previstas en el número 4 del art. 183

El propio art. 183, en su prurito por dar un tratamiento singular a los abusos y agresiones sexuales a los menores de 16 años, presenta un catálogo de agravantes propio, en el que sin embargo reitera, lógicamente por otra parte, algunas de las circunstancias del art. 180, que como hemos visto se usan de forma generalizada para las infracciones de los primeros capítulos del Título VIII. Por ello dedicaremos nuestra atención tan solo a las que suponen una novedad respecto a las anteriormente analizadas –a cuyo estudio nos remitimos–.

Con este criterio, la primera circunstancia genuina de los abusos y agresiones sobre menores de 16 años, eleva la penalidad prevista en los números anteriores “*cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima, o el hecho de tener un trastorno mental, la hubiera colocado en una situación de total indefensión y, en todo caso, cuando sea menor de cuatro años*”.

Esta primera agravación, recoge tres supuestos distintos, con un mismo fundamento: haber situado a la víctima en una situación de total indefensión. Situación de total indefensión que puede estar provocada bien por su muy corta edad (menor de 4 años), bien por su escaso desarrollo intelectual o físico; o bien, finalmente, por “tener” (sería más correcto: padecer) un trastorno mental. Esta circunstancia, cuyo tenor y justificación parecen claros incluso a los ojos del lego en derecho, está no obstante construida de una forma problemática. Contiene dos situaciones distintas: cuando la víctima del abuso o la agresión sea menor de cuatro años, en cuyo caso la agravación podrá aplicarse en base a criterios puramente cronológico objetivos, con toda lógica por que tan corta edad supone, necesariamente, una especial situación de indefensión. Y a mi juicio debe aplicarse de manera puramente formal: no desvirtúa la aplicación de la agravante que el menor de cuatro años no se encuentre indefenso por estar, por ejemplo acompa-

ñado de sus padres o cuidadores. Es y debe considerarse como una circunstancia objetiva de agravación: la especialmente corta edad de la víctima.

La segunda situación, es sin embargo más discutible porque por su construcción puede dar lugar a importantes problemas aplicativos. Exige esta circunstancia que el *escaso desarrollo intelectual o físico* de la víctima la haya colocado en una situación de *total indefensión*. Los términos utilizados son absolutamente criticables. Lo que motiva la agravación, y estamos hablando de menores de 16 años, es la “indefensión” de la víctima; el problema es que lo que exige esta circunstancia es la *total indefensión*, concepto complejísimo para su demostración sobre todo si se valora que para ser total la indefensión se debe exigir que el sujeto pasivo no pueda defenderse por sí mismo, ni tampoco mediante el auxilio o recurso a otras personas (allegados, familiares o terceros), otras personas que, para que la indefensión sea total, no puedan recurrir a la solicitud de socorro de alguien más, infringiendo entre otras cosas el deber de evitar o denunciar los delitos contra la libertad sexual (art. 450 del Código Penal).

Y quizá más absurdo es exigir que la causa de esa total indefensión, sea el “*escaso desarrollo intelectual o físico*” a lo que se ha añadido el hecho de “*tener un trastorno mental*”. Si partimos de la base de que el fundamento de la agravación lo supone una situación cualificada de indefensión, dejémoslo en esto. Exigir que la indefensión se produzca por un escaso desarrollo intelectual supone exigir una afectación psicológica o formativa, y un escaso desarrollo físico la presencia de algún tipo de discapacidad en la víctima, y no cualesquiera: sino aquellos que provoquen una *total indefensión*. E igualmente ha de entenderse respecto al hecho de que el sujeto padezca un trastorno mental (que en no pocas ocasiones se manifestará en un escaso desarrollo intelectual o alguna carencia volitiva), que no podrá ser cualquiera sino un trastorno cualificado por provocar una situación de absoluta indefensión. Los términos, como adelantábamos son muy desafortunados y habremos de esperar a su apreciación por la jurisprudencia para saber su concreto alcance, si bien, teniendo en cuenta que la agravación sólo se puede aplicar sobre menores de 16 años, que además deben encontrarse en condiciones de total de indefensión, por estar en situación de adolecer de un escaso desarrollo intelectual o físico, o bien “padeecer” o tener un trastorno mental, nos hacen pensar en que la circunstancia será aplicada en base a criterios algo más que flexibles.

La segunda de las agravaciones que aparece como novedosa en el número 4 del art. 183 es la contenida en la letra e), referida a *cuando el autor hay puesto en peligro de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima*. Esta segunda cualificación, ha sido modificada en 2015 mejorando su contenido al hacer expresa mención a la puesta en peligro de la salud, y no sólo la vida de la víctima, así como de la exigencia de que dicho peligro se genere de forma dolosa o por imprudencia grave, matices éstos que no se contenían en su anterior previsión.

Por último, la agravación contenida en la letra f) del número 4 del art. 183, prevé aplicar el aumento penológico que supone *cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o un grupo criminales que se dedicaren a la realización de*

tales actividades. Esta cualificación obediente a la indudable importancia que a todos los niveles genera hoy por hoy la delincuencia organizada, debe interpretarse en relación con los conceptos de organización y grupos criminales que se ofrecen de forma expresa en los arts. 570 bis y siguientes del Código Penal.

3. Los delitos de “embaucamiento” de menores con fines sexuales por medio tecnológicos

El artículo 183 ter, en la nueva redacción que le impone la L.O. 1/2015, de 30 de abril, viene a dar respuesta a la exigencia del artículo 6 de la Directiva 2011/93/UE, relativa a la obligación de los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de las conductas de “*embaucamiento de menores con fines sexuales por medios tecnológicos*”.

Las figuras contenidas en los dos números de dicho artículo giran alrededor de la especial preocupación que generan las nuevas tecnologías de la comunicación, internet y las llamadas redes sociales fundamentalmente, como nuevos medios de injerencia en el plano de la libertad y sobre todo la indemnidad sexual de los menores. Una preocupación que supone reconocer la amplísima extensión y aceptación de su uso a nivel social, y no sólo entre menores, así como la mayor vulnerabilidad a la que los menores quedan expuestos por la ausencia de filtros y controles en su uso común, además de la constatación de que tales nuevas formas de interrelación social propician un especial anonimato, y con ello facilitan la realización de comportamiento engañosos, de “seducción”, de forma que son especialmente idóneos para propiciar el acercamiento, el contacto entre victimario y víctima para la posible realización de comportamientos relevantes desde el punto de vista sexual, o para que se le faciliten materiales de índole pornográfica, o de contenido sexual más o menos explícitos.

En este sentido, el artículo 183 ter presenta dos figuras delictivas distintas: a) la contenida en su número primero, cuya redacción original proviene de la reforma del Código Penal por L.O 5/2010, de 22 de junio con la que se incorporó a nuestro ordenamiento penal la figura del “*ciberacosó*” o “*child grooming*”; y b) la novedosa figura de su número 2 que más directamente recoge la realización de actos dirigidos a “*embaucar*” a un menor de 16 años para que facilite al autor de la conducta material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas relacionadas con menores.

Como en otras ocasiones, la trasposición del contenido de la Directiva se realiza por nuestro legislador en términos técnicamente muy complejos, y con un contenido distinto por ser más amplio al que prefijaba y exigía la normativa supranacional.

3.1. El delito contenido en el artículo 183 ter 1.: “*child grooming*” o *ciberacosó*

Como queda dicho, la primera modalidad delictiva contenida en el artículo 183 ter del Código Penal recoge con evidentes mejoras técnicas la figura ya intro-

ducida en 2010 de “ciberacoso”, denominación que nos parece errónea, o “child grooming” expresión que en nuestra opinión se corresponde mejor con su contenido material y de injusto.

Literalmente se castiga con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, al que “*a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o comunicación contacte con un menor de dieciséis años y le proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento*” (se entiende: con el menor contactado).

Con tal dicción nos encontramos ante un delito común, que puede ser cometido por cualquiera, incluso por menores de 16 años, siendo una cuestión distinta que en este caso tenga posible eficacia el consentimiento de la víctima, tal como permite el artículo 183 quater al referirse en general a todos los delitos del Capítulo II bis del Título VIII, cuando el sujeto activo sea persona próxima al menor por su edad y grado de desarrollo o madurez. Sujeto pasivo, habrá de ser en todo caso un menor de 16 años, que también respecto a este tipo de comportamientos se consideran necesitados de una especial protección para preservar su indemnidad sexual.

La conducta típica aparece descrita con una especial complejidad. Consiste esencialmente en *contactar* con un menor de 16 años, valiéndose para ello de internet, del teléfono, o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación, medios que por su amplitud y complejidad facilitan el acceso al menor y el anonimato del sujeto activo, y *proponerle concertar un encuentro* a fin de *cometer* cualquiera de los delitos contenidos en los artículos 183 (agresiones y abusos sexuales a menores de 16 años) o 189 (artículo que también ha sido reformado en 2015, y que presenta un muy amplio, quizá demasiado, conjunto de infracciones relacionados con la utilización de menores de edad –por tanto de 18 años–, o personas con discapacidad necesitadas de especial protección en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, así como con el amplio conjunto de conductas prohibidas relacionadas con la “pornografía infantil, o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección” –entre las que e incluyen la producción, venta, distribución, exhibición, ofrecimiento, o facilitación de las anteriores conductas, así como la asistencia a espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que participen menores o discapacitados, o la adquisición de tales materiales, o su posesión o, incluso, el simple “acceso” a los mismos–).

Todo ello condicionado, para que pueda ser efectiva su punibilidad, a que la propuesta *se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento* entre la víctima (el menor de 16) y el victimario o sujeto activo de la conducta.

Son muchos los aspectos problemáticos de la figura que estamos estudiando. A comenzar por su naturaleza y contenido; en este sentido, tal como se configura la infracción, nos encontramos ante la expresa punición de “actos preparatorios”, previos a los delitos que se pretenden cometer (los de los artículos 183 y 189), y

que simplemente tienden a facilitar su posterior comisión; por ello que su punibilidad se condicione a la realización de *actos materiales de acercamiento*, es decir actos que permitan hacer efectivo el encuentro concertado, expresando a lo sumo un peligro “abstracto” de realización de las mencionadas infracciones. Un simple peligro, sobre todo porque en ningún caso es necesario que el encuentro se lleve a cabo, ni que comience a ejecutarse –a cometerse–, alguno de los delitos de los artículos 183 o 189.

De ahí el segundo problema, o conjunto de problemas, que la aplicación efectiva de esta primera modalidad hará, sin duda, surgir y que vienen referidos a sus complicadas relaciones normativas y de concurso, de leyes o de infracciones, con otros preceptos del Título VIII. Ciertamente que el mismo artículo 183 ter 1, incluye una cláusula concursal, al señalar que las penas que prevé se impondrán “*sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos*”, y que lleva a concluir que habrán de imponerse tanto la sanción correspondiente por el contacto (artículo 183 ter) como la correspondiente a los artículos 183 o 189 si efectiva y finalmente se realizan sus correspondientes conductas. Pero no es menos cierto, que por la amplitud de los términos en que se pronuncia la ley, en no pocas ocasiones la conducta del 183 ter podrá considerarse como una tentativa punible de agresiones o abusos sexuales sobre menor de 16 años, o incluso, por la desafortunada amplitud de las conductas previstas en algunos supuestos del artículo 189, conductas plenamente consumadas.

3.2. El delito del artículo 183 ter 2.: el “*embaucamiento de menores*”

El número 2 del artículo 183 ter, siguiendo también la exigencia del art.6 de la Directiva 2011/93/UE, recoge el delito de “*embaucamiento de menores con fines sexuales*”, constituyendo otra de las novedades de la reforma de 2015.

En tal precepto se castiga con una pena de prisión de seis meses a dos años al que “*a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor*”. De nuevo nos encontramos con una “transposición” del contenido de la Directiva antes citada que no se adecúa al verdadero contenido de sus exigencias y que va mucho más allá tanto en la descripción de la figura delictiva, como en su régimen penológico.

Al igual que en el número 1 del artículo 183 ter nos encontramos ante un delito común, cuyo autor puede ser cualquiera y de cualquier edad; y al igual que en aquel, la conducta habrá necesariamente de realizarse sobre un menor de 16 años. Son por ello válidas las reflexiones realizadas sobre la posible eficacia del consentimiento del menor sujeto pasivo de este delito.

La conducta típica, no menos compleja que la del número anterior del artículo 183 ter, consiste en *contactar con un menor de 16 años*, por medio de internet, el teléfono o cualquier otra tecnología de la información y la comunicación,

y realizar actos dirigidos a “embaucarle” con la finalidad de que el menor facilite al sujeto activo “material pornográfico” o le muestre imágenes pornográficas en las que un menor, *cualquier menor*, aparezca o sea representado.

Antes de entrar en el análisis de la desafortunada redacción del precepto, conviene señalar que “embaucar”, según el DRAE no es otra cosa que engañar o alucinar prevaleciendo de la inexperiencia o candor del engañado. O lo que es lo mismo una forma de “engaño” al que da su especial sentido y genuinidad el hecho de que quien lo usa, quien engaña, se aprovecha o se prevalece de la inexperiencia, del candor, de la ingenuidad o de la inocencia del engañado.

Tener esto en cuenta es importante porque siendo ese el concepto de “embaucar” lo que viene a castigar este nuevo delito del artículo 183 ter 2. es contactar con un menor de 16 años para “intentar” –en el sentido de la tentativa del artículo 16 del Código Penal– *engañarle* (embaucarle), realizando actos idóneos para ello, aunque sin exigir en ningún momento que efectivamente se le “embauque” o engañe, y mucho menos que consiga su objetivo final de obtener material sexualmente significativo. O lo que es lo mismo: se castiga el simple contactar con la víctima, realizando actos que puedan ser idóneos para engañarla (embaucamiento) de manera que la víctima se plegue a la voluntad de quien lo embauca y le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas de menores. No es necesario que efectivamente se “embauque” –se engañe– al sujeto pasivo, ni que al sujeto activo se le facilite material pornográfico alguno, ni se le muestre pornografía de ningún tipo, ni que tal material esté protagonizado por el embaucado. Con lo que se está castigando un acto preparatorio (contactar realizando actos idóneos) dirigido a engañar, embaucar, o engatusar a un menor de 16 años con ciertas finalidades (facilitar material pornográfico o mostrar imágenes pornográfica en que aparezca un menor), que tampoco han de conseguirse efectivamente.

BIBLIOGRAFÍA

ALCACER GUIRAO, Delitos contra la libertad sexual: agravaciones específicas, Barcelona, 2004; ALONSO PEREZ, Los nuevos delitos de acoso sexual, La Ley, 2001; CARMONA SALGADO, Problemática actual de la violación entre conyuges y entre parejas de hecho, Homenaje a Torío, Granada 2000; id. Incidencias de la L.O. 15/2003 en la figura de agresiones sexuales cualificadas: consideraciones críticas acerca de un nuevo error legislativo, Homenaje R. Mourullo, Madrid, 2005; id. Protección penal de los menores en el marco de algunos supuestos agravados del art. 180 del CP. en RDPC 2007; CUERDA ARNAU, Los delitos de agresión y abusos sexuales incestuosos: su delimitación en supuestos difíciles. Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana; 2004; CUGAT MAURI, Situación y panorama de los delitos sexuales, la Ley Penal, 2007; DIEZ RIPOLLES, El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual, RDPC, 2000; DURAN SECO, La reforma de los delitos sexuales en el Anteproyecto de L.O. de 14 de noviembre de 2008, en La Ley Penal, 2009; GARCIA VALDES/

FIGUEROA NAVARRO, El delito de violación: sentido y proporcionalidad de la conducta típica, en Homenaje a Cobo del Rosal, Madrid, 2005; GONZALEZ RUS, ¡No! Y basta a propósito de la resistencia como elemento de los delitos de violación y agresiones sexuales, en Homenaje a Gimbernat, Madrid, 2008; LAMARCA PEREZ, El sistema penal de protección de la libertad e indemnidad sexuales, la Ley Penal, 2007; MORILLAS FERNANDEZ, D; Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, en Estudios sobre el Código Penal reformado (MORILLAS CUEVA dir), Madrid, 2015 MUÑOZ CLARES, La presunción de inconscientas de las relaciones sexuales con menores de trece años, RGDP, 2004; ORTS BERENGUER/ ROIG TORRES Las recientes reformas de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, CPC, 2004; PEREZ FERRER, F El nuevo delito de ciberacoso o child grooming en el Código Penal español (art. 183 bis), en Diario La ley, n^a 7915, 2012; RAMOS TAPIA, MI La tipificación de los abusos sexuales a menores: el Proyecto de Reforma de 2013 y su adecuación a la Directiva 2011/92/ UE, en Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores, (Villacampa ESTIARTE coord.), Navarra, 2015. RAMOS VAZQUEZ, JA, El consentimiento del menor de dieciséis años como causa de exclusión de responsabilidad penal por delitos sexuales artículo 183 quater, en Comentarios a la reforma del Código Pena de 2015 (GONZALEZ CUSSAC dir), Valencia, 2015; SUAREZ –MIRA RODRIGUEZ, C Abusos sexuales a menores: arts 182, 183 y 183 bis CP, en Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015 (GONZALEZ CUSSAC dir) Valencia 2105; TAMARIT SUMALLA, JM ¿Caza de brujas o protección de los menores? La respuesta penal a la victimización sexual de menores a partir de la Directiva europea de 2011; en Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores, (VIALACAMPA ESTIARTE coord.) Navarra 2015

UNIDAD 4

DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO

Competencias

- Comprende las diversas manifestaciones de los delitos contra el patrimonio, analizando críticamente sus respectivos tipos objetivo y subjetivo.

PRIMERA LECTURA

Benítez Ortúzar, I. (2015). Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (IV). “De la extorsión”. “Del robo y hurto de uso de vehículos”. “De la usurpación”. En Morillas Cueva, L. (Dir.). Sistema de Derecho Penal Parte Especial (2ª ed.). Madrid, España. Dykinson, pp. 477-500.

Mediante un desarrollo legal, doctrinario y jurisprudencial, en la presente lectura se analizan críticamente los delitos de extorsión, robo y hurto de vehículos, y usurpación, junto con sus diversas modalidades delictivas, que en la praxis forense tienen una gran incidencia.

**SISTEMA
de
DERECHO PENAL**
Parte Especial

2ª edición

Lorenzo Morillas Cueva
(Dirección)

Ignacio F. Benítez Ortúzar
Bernardo Del Rosal Blasco

Lorenzo Morillas Cueva
Miguel Olmedo Cardenete

Jaime Peris Riera

● **José E. Sáinz-Cantero Caparrós**

Dykinson, S.L.

Lorenzo Morillas Cueva

Dirección

**SISTEMA
DE
DERECHO PENAL**

Parte especial

IGNACIO F. BENÍTEZ ORTÚZAR

BERNARDO DEL ROSAL BLASCO

LORENZO MORILLAS CUEVA

MIGUEL OLMEDO CARDENETE

JAIME PERIS RIERA

JOSÉ E SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS

*2ª edición, revisada y puesta al día
conforme a las leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015*

Dykinson, S.L.

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico. 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 47)

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial
Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes_somos

© Copyright by
Los autores
Madrid

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-9085-707-6
Depósito Legal: M-6048-2016

Preimpresión por:
Besing Servicios Gráficos S.L.
e-mail: besingsg@gmail.com

Capítulo 22
DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y EL
ORDEN SOCIOECONÓMICO (IV).
“DE LA EXTORSIÓN”.
“DEL ROBO Y HURTO DE USO DE VEHÍCULOS”.
“DE LA USURPACIÓN”

IGNACIO F. BENÍTEZ ORTÚZAR

Sumario: I. Extorsión.- II. Robo y hurto de uso de vehículos: 1. Determinaciones previas. Sujetos, bien jurídico y objeto material. 2. El hurto de uso de vehículos. 3. El robo de uso con fuerza en las cosas de vehículos. 4. El robo de uso con violencia o intimidación de vehículos.- III. Usurpación, alteración de lindes y distracción del curso de las aguas: 1. Usurpación: 1.1. Ocupación de inmueble o usurpación de derecho real con violencia o intimidación en las personas. 1.2. Ocupación pacífica de inmueble que no constituya morada. 2. Alteración de términos o lindes; 3. Distracción del curso de las aguas.- Bibliografía

I. EXTORSIÓN

El Capítulo III del Título XIII del Libro segundo del Código Penal, bajo la rúbrica “de la extorsión”, recoge el artículo 243 con la siguiente redacción: *“El que, con ánimo de lucro, obligare a otro, con violencia o intimidación, a realizar u omitir un acto o negocio jurídico, en perjuicio de su patrimonio o del de un tercero, será castigado con la pena de uno a cinco años, sin perjuicio de las que pudieran imponerse por los actos de violencia física realizados”.*

Su origen se encuentra en el art 420 del Código Penal de 1848, donde aparece por primera vez con una fórmula que –con la única excepción en su redacción, del artículo 693 del Código Penal de 1928– permanece invariable hasta la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: *“El que para defraudar a otro le obligare con violencia o intimidación a suscribir, otorgar o entregar una escritura pública o documento, será castigado como culpable del delito de robo con las penas respectivamente señaladas en este capítulo”.*

Atendiendo a los medios comisivos típicos todos los códigos penales previos al Código penal de 1995 ubicaron esta figura delictiva entre los delitos de robo

con violencia o intimidación en las personas, lo cual llevó a que recibiese doctrinalmente el nombre de “robo documental” (QUINTANO RIPOLLÉS, 1977; ÁLVAREZ GARCÍA 2011; QUINTERO OLIVARES, 2011; GARCÍA RIVAS, 2012), aunque realmente siempre careció del requisito del apoderamiento o de la sustracción de una cosa mueble ajena propio de los delitos de robo, al tratarse de un ataque violento o intimidatorio dirigido a que otra persona haga algo concreto: realizar u omitir un acto jurídico perjudicial para su patrimonio o el de un tercero.

El Código penal de 1995 lo dota de una autonomía propia, creando un capítulo con la rúbrica “de la extorsión”, ubicándolo dentro de los delitos patrimoniales, entre los delitos de apoderamiento y los delitos defraudatorios, con una modificación en su redacción, que extiende el ámbito típico a cualquier acto o negocio jurídico sin necesidad de que el mismo quede formalizado en escritura pública o cualquier otro documento. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2002: *“la extorsión se comete siempre que se emplee violencia o intimidación para obligar a otro a realizar u omitir algún acto o negocio jurídico en perjuicio de su patrimonio o de un tercero, sin necesidad de que suscriba documento alguno”*.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 27 de diciembre de 2010, define el delito de extorsión como *“una figura contra el patrimonio, con un componente coactivo que se exterioriza mediante el empleo de violencia o intimidación, con el objetivo de impedirle realizar un negocio o acto que, debido a su impedimento, causa un perjuicio económico al patrimonio del extorsionado o de un tercero. Se da por tanto un tipo híbrido compuesto por el uso de la violencia o las coacciones como forma de alcanzar un beneficio patrimonial ilícito”*

El tipo exige ánimo de lucro (elemento típico que debe ser interpretado, como ocurría con el hurto y con el robo, como un elemento subjetivo del tipo que se concreta en cualquier ventaja, beneficio o utilidad que trate de obtener con la conducta típica), empleo de violencia o intimidación dirigida a forzar al sujeto a realizar un acto o negocio jurídico en su perjuicio o en el de un tercero, sin que dicho perjuicio tenga que materializarse efectivamente. Se trata de un delito de encuentro (ÁLVAREZ GARCÍA, 2011; VIVES ANTÓN/GONZALEZ CUSSAC, 2010). De otro lado, se trata de un delito pluriofensivo en el que se tutela, además del patrimonio, la libertad del sujeto que se ve forzado a realizar un acto o negocio jurídico que no quiere (GÓMEZ TOMILLO, 2011; GONZÁLEZ RUS, 2011), como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2009: el delito de extorsión *“mantiene su naturaleza de delito contra el patrimonio reuniendo como móvil o propósito el ánimo de lucro. Desarrolla la acción objetiva en términos parecidos a la de los delitos contra la libertad al describir la acción típica como una forma de obligar a otro, con violencia o intimidación a realizar u omitir un acto o negocio jurídico en perjuicio de su patrimonio o del de un tercero”*. Más discutible es afirmar que con la modalidad comisiva violenta también se tutela la integridad, en tanto que si se llega a materializar el peligro creado a la vida o la integridad de las personas con la violencia empleada se castigarán –además– los resultados provocados (a favor, PÉREZ MANZANO, 1998; en contra, considerando que sólo se tutela el patrimonio, en tanto que la

libertad y la integridad son bienes jurídicos ubicados en otros lugares del Código penal, GARCÍA RIVAS, 2012).

Con el delito de robo con violencia o intimidación en las personas comparte una serie importante de elementos estructurales: a) Exigen un elemento subjetivo del tipo diferenciado del dolo: el ánimo de lucro; b) Se construyen como delitos pluriofensivos en el que se tutelan, además de la propiedad, otros bienes personales tales como la libertad y la integridad; c) Se requiere la ausencia de consentimiento del titular del objeto material (en el delito de extorsión este requisito se deduce de la exigencia típica de “obligar a otro”); d) La dinámica comisiva exige el empleo de violencia o intimidación; e) Se prevé expresamente la situación concursal con el resultado lesivo de los actos de violencia física realizados; f) El intervalo punitivo es similar al del delito de robo, de prisión de uno a cinco años, si bien en la extorsión la discrecionalidad judicial queda más flexible que en el robo con violencia o intimidación en las personas, en el que la determinación de la pena queda bastante más reglada.

No obstante, el delito de extorsión incorpora otras características en el tipo que lo diferencian del delito de robo con violencia o intimidación con las personas: a) No es un delito de apoderamiento, sino que se fuerza a otro a realizar u omitir un negocio un acto o negocio jurídico, de tal modo que el acto lo realiza (contra su voluntad) el propio sujeto pasivo, mediante un acto o negocio jurídico; b) El acto o negocio jurídico, de contenido patrimonial, puede recaer sobre una cosa mueble o inmueble, mientras que el robo recae necesariamente sobre una cosa mueble; c) En la extorsión el sujeto pasivo tiene que realizar el acto o negocio jurídico con una apariencia de legalidad, es decir, a pesar de su nulidad de origen, debe aparentar su validez en el tráfico jurídico; d) La extorsión se configura como un delito de resultado cortado, que se consuma en el momento de realizar el acto o negocio jurídico forzado en perjuicio del sujeto pasivo o de un tercero (QUINTERO OLIVARES, 2011; PEREZ MANZANO, 1998; MESTRE DELGADO, 2015; GONZÁLEZ RUS, 2011; GARCÍA RIVAS, 2012). No se requiere que el objeto del acto o negocio jurídico llegue a materializarse (Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2009 y de 25 de enero de 2010; en sentido contrario, exigiendo la materialización del perjuicio para su consumación parece pronunciarse las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2009 y de 27 de diciembre de 2010; también ÁLVAREZ GARCÍA, 2011, atendiendo a la coincidencia punitiva con el delito de amenazas condicionales lucrativas con cumplimiento de la condición y que la cláusula “en perjuicio” no indica indubitablemente finalidad); e) En la extorsión el sujeto pasivo del delito será el sujeto pasivo de la conducta típica, es decir, el sujeto que es obligado a realizar el acto o negocio jurídico, aún en aquellos casos en los que se realice en perjuicio del patrimonio de un tercero; f) La extorsión requiere expresamente el hecho en perjuicio del patrimonio del sujeto pasivo o de un tercero, tomando el patrimonio como un todo.

Respecto de los delito contra la libertad, realmente la extorsión se configura como unas amenazas o coacciones (dependiendo de la modalidad intimidatoria

o violenta) específicas, en tanto que se obliga a otro a hacer lo que no quiere, con violencia o intimidación, siendo específico el hecho al que se obliga al sujeto pasivo, que consistirá en el delito de extorsión expresamente en la realización de un acto o negocio jurídico en perjuicio del sujeto pasivo o de un tercero. Al respecto, de las amenazas lucrativas condicionales se puede afirmar que se aplicará el tipo de la extorsión –de acuerdo con su similitud con el robo– cuando la pretensión de realizar el acto o negocio jurídico sea inminente, siendo aplicable la amenaza lucrativa condicional cuando la condición impuesta al sujeto de realizar el acto o negocio jurídico típico sea diferida en el tiempo (QUINTERO OLIVARES, 2011 y Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2011).

Por lo que respecta a las relaciones entre el delito de realización arbitraria del propio derecho del artículo 455 CP y el delito de extorsión, se ha señalado la exigencia en éste último del ánimo de lucro y el principio de especialidad. Así lo señala expresamente la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2009: *“En cuanto al propósito de realizar un derecho propio, elemento subjetivo del injusto, la jurisprudencia (SS. 3-2-81 y 22-2-82) ha entendido que no se exige ánimo de lucro, lo que marca la diferencia con el robo (y con la extorsión). La intención de enriquecimiento injusto preside el delito de robo, mientras en el art. 455 del CP de 1995, se busca la reparación de un empobrecimiento injusto”*

La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2009 ha sintetizado los elementos del delito de extorsión en lo siguiente:

“Así, a semejanza de tantos otros delitos contra el patrimonio, en concreto los denominados “de enriquecimiento”, es necesario que la acción esté presidida por el ánimo de lucro de su autor, ánimo de provecho o de utilidad, es decir, por el deseo de obtención de un beneficio para sí mismo o para tercero.

Pero lo que constituye el núcleo mismo de la infracción es la finalidad perseguida de imponer al sujeto pasivo, contra su voluntad, la ejecución de un acto dispositivo sobre la totalidad o parte de su patrimonio, bien se trate de un simple acto informal o un negocio jurídico, de mayor complejidad y más elaborada confección (“conducta condicionada”).

En cualquier caso, ese “acto” nunca podrá ser el de la mera entrega de la cosa pretendida por el autor del delito pues, en ese caso, nos hallaríamos ante un robo.

Además, es también requisito imprescindible para la existencia de la extorsión, que el acto al que se compele a la víctima pueda producir un perjuicio patrimonial para ella misma o para un tercero.

Pero no es preciso que ese perjuicio llegue a producirse, ni siquiera que llegue a ejecutarse el acto dispositivo, para considerar consumada la infracción, que alcanza esa consumación con el mero hecho de que el sujeto pasivo lleve a cabo el acto o negocio jurídico compelido. lo restante pertenecerá ya no a las fases de ejecución del ilícito sino a las de su agotamiento.

Junto a este elemento de la conducta delictiva que integra el núcleo y la finalidad esencial, como elemento instrumental para alcanzar ese objetivo, se encuentra el empleo de la violencia o intimidación (“conducta condicionante”)”

La pena prevista para el delito de extorsión es la pena de prisión de uno a cinco años, sin perjuicio de las que pudieran imponerse por los actos de violencia física realizados.

II. ROBO Y HURTO DE USO DE VEHÍCULOS

1. Determinaciones previas. Sujetos, bien jurídico y objeto material

En el capítulo IV, del Título XIII, del Libro segundo del Código Penal, bajo la rúbrica “*del robo y hurto de uso de vehículos*”, en el artículo 244 CP, se recogen una serie de figuras delictivas, que tienen en común ser los únicos supuestos en los que la sustracción de uso de la cosa mueble ajena –en sí misma– es típica. Es decir, el punto de partida es que el hurto de uso, en general, es una conducta impune (y el robo de uso con fuerza en las cosas, sólo sería relevante penalmente si con la fuerza se produjera un resultado constitutivo del delito de daños). Sólo por haberse incriminado especialmente el hurto y el robo con fuerza de uso de vehículos a motor o ciclomotores ajenos, este constituye un hecho penalmente relevante (SUAREZ LÓPEZ, 2013). La razón de ser de esta excepcionalidad se encuentra en el dato especialmente relevante que en la segunda mitad del siglo XX adquirieron estas conductas (SUAREZ LÓPEZ, 2013; DE VICENTE REMESAL, 1994; GIMBERNAT ORDEIG, 1981; QUERALT JIMÉNEZ, 2015; ZUGALDÍA ESPINAR, 1988).

Su origen se encuentra en la Ley del automóvil de 9 de mayo de 1950 y se introduce por primera vez en el Código penal con ésta misma rúbrica (“*del robo y hurto de uso de vehículos*”). Por Ley de 8 de abril de 1967, de reforma del Código penal, se cambia la rúbrica del capítulo por la de “*utilización ilegítima de vehículos de motor ajenos*”, que perdura hasta que la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, retoma su nomenclatura original. La figura básica de este capítulo es el hurto de uso, debiendo haberse rubricado –en atención a la secuenciación que establece el Código penal de 1995 en los capítulos anteriores– “del hurto y robo de uso de vehículos” (SUAREZ LÓPEZ, 2013). El precepto ha sido objeto de reformas de distinto alcance, por las Leyes Orgánicas 11/2003, de 29 de septiembre (que incorporaba el delito de hurto de uso de vehículo habitual), 15/2003, de 25 de noviembre (que incluía, junto a la conducta típica de la sustracción, la de la utilización del vehículo), y 1/2015, de 30 de marzo (que da lugar a la redacción vigente).

Así, tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, el artículo 244 CP queda como sigue:

1. “*El que sustrajere o utilizare sin la debida autorización un vehículo a motor o ciclomotor ajenos, sin ánimo de apropiárselo, será castigado con la pena de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días o multa de dos a doce meses, si lo restituyera, directa o indirectamente, en un plazo no superior a*

cuarenta y ocho horas, sin que, en ningún caso, la pena impuesta pueda ser igual o superior a la que correspondería si se apoderare definitivamente del vehículo.

2. Si el hecho se ejecutare empleando fuerza en las cosas, la pena se aplicará en su mitad superior.

3. De no efectuarse la restitución en el plazo señalado, se castigará el hecho como hurto o robo en sus respectivos casos.

4. Si el hecho se cometiere con violencia o intimidación en las personas, se impondrán, en todo caso, las penas del artículo 242”.

Las distintas figuras delictivas que se encuentran tipificadas en el art. 244 CP, pueden sistematizarse del siguiente modo:

- Delito de hurto de uso (sustracción o utilización no autorizada) de vehículos a motor o ciclomotores ajenos (Artículo 244.1 CP).
- Delito de robo con fuerza en las cosas de uso o (sustracción o utilización no autorizada, empleando fuerza en las cosas) de vehículos a motor o ciclomotores (Artículo 244.2).
- Remisión al delito de hurto o de robo con fuerza en las cosas, si el vehículo a motor o ciclomotor no se devuelve en el plazo de 48 horas (artículo 244.3 CP).
- Robo de uso con violencia o intimidación en las personas (sustracción o utilización no autorizada, empleando violencia o intimidación en las personas) de vehículos a motor o ciclomotores con violencia e intimidación (artículo 244.4 CP).

Como se ha apuntado, hasta la reforma operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, sólo se utilizaba el verbo típico “sustraer”, de tal modo que quedaba claro que la conducta típica exigía necesariamente un previo apoderamiento de la cosa: la conducta típica del hurto o del robo con fuerza en las cosas, sin el ánimo de incorporar la cosa a su esfera patrimonial. Así, quedaban fuera del tipo penal –siendo relevantes exclusivamente en el ámbito del ilícito civil– otras conductas de uso indebido del vehículo (por ejemplo, los que lo destinan a un uso distinto al autorizado por su titular; las apropiaciones indebidas de uso, tales como las realizadas por el mecánico que teniendo legítimamente la posesión del vehículo a motor o ciclomotor para una reparación, sin embargo, lo usa para fines privados; el chofer que tiene la custodia del vehículo a motor o ciclomotor oficial y lo usa para asuntos privados; quien tiene el vehículo en préstamo y lo usa por más tiempo del acordado, etc). Mas dudas planteaban otras conductas de utilización ilegítima del vehículo de motor o ciclomotor ajeno por quien, sin haberlo sustraído, lo usaba posteriormente (por ejemplo, el sujeto que acompaña en el viaje a quien ha sustraído el vehículo a motor o ciclomotor ajenos, o quien se turna en la conducción del mismo, siendo conocedor de la sustracción del vehículo, sin haber participado en ella). El legislador de 2003, estimó oportuno incluir como conducta típica la “utilización no autorizada” de vehículos a motor o ciclomotores junto a su sustracción. Estamos, pues, ante una conducta alternativa,

de apoderamiento para usar o de uso indebido, que se castiga con una pena más leve que el hurto o el robo con fuerza en las cosas –dependiendo del tipo–, por no existir ánimo de apropiación, salvo que la restitución del vehículo a motor o ciclomotor no se realice antes de las 48 horas.

Son comunes a todas las modalidades delictivas incorporadas en este artículo, el bien jurídico protegido, los sujetos del delito, el objeto material del delito y la exigencia de que el hecho se realice sin ánimo de apropiárselo.

Respecto de los sujetos, se construyen estos tipos sobre la estructura del delito común, de tal modo que –como en los delitos de hurto o de robo comunes–, cualquier persona podrá ser autor del delito, con la única excepción del dueño del vehículo a motor o ciclomotor, por la exigencia típica de la ajenidad de la cosa. La atipicidad del uso se extendería también al caso del copropietario del vehículo, en tanto que tampoco para él le es ajeno. Incluso el legítimo poseedor de la cosa, podrá ser sujeto activo del delito en su modalidad de utilización indebida, en aquellos casos en los que la utilización del vehículo se exceda de la finalidad autorizada. Por lo que respecta al sujeto pasivo del delito, la concreción del mismo dependerá de la concepción del bien jurídico que se mantenga. Si se mantiene que el bien jurídico protegido es la posesión del vehículo, sujeto pasivo será el legítimo poseedor del mismo; si se mantiene que el bien jurídico es parcialmente la propiedad, sujeto pasivo será el propietario del vehículo, aunque el sujeto pasivo de la acción típica pudiera ser el legítimo poseedor del mismo.

Respeto del bien jurídico protegido, se han planteado principalmente, dos teorías:

- Considerar que, atendiendo a que el hecho debe realizarse necesariamente sin la finalidad de apoderamiento, no se esté tutelando la propiedad del vehículo a motor o ciclomotor, sino la facultad de usarlo. De esta forma, si alguien toma estos objetos con ánimo de incorporarlos al propio patrimonio, la conducta sería constitutiva de un delito de hurto propio o, en su caso, de los robos previstos en los artículos 237 y siguientes. De tal modo que se estaría tutelando “el derecho de uso” (el “*ius utendi*”), derivado de la propiedad o de cualquier otro título; es decir, no sería directamente la propiedad, sino la legítima posesión del vehículo (VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, 2010.; SUÁREZ LÓPEZ, 2013; SERANO GÓMEZ/SERRANO MAILLO, 2015; GONZÁLEZ RUS, 2011, RODRÍGUEZ RAMOS, 1987, DE VICENTE MARTÍNEZ, 2007; MORENO ALCAZAR, 2012; Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1987, de 11 de diciembre de 1990 y de 21 de noviembre de 2011).
- Considerar que lo que se tutela sigue siendo la propiedad (ZUGALDÍA ESPINAR, 1988; PEREZ MANZANO, 1998; DE VICENTE REMESAL 1994; ÁLVAREZ GARCÍA, 2011; MUÑOZ CONDE, 2015; Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de mayo de 1999 y de 16 de septiembre de 2000), en tanto que la propiedad puede sufrir un ataque parcial (en

una de las facultades derivadas de la misma), impidiendo de este modo el pleno y normal ejercicio que de ella se derivan; y porque el tipo exige necesariamente que el vehículo a motor o el ciclomotor sean ajenos, de forma que, de un lado, el propietario de la cosa nunca podrá ser sujeto activo del delito, y que, por otro lado, su consentimiento excluirá asimismo el delito, al margen de quien tenga la legítima posesión del vehículo a motor o ciclomotor.

Aun aceptando las dudas interpretativas derivadas de la excepcionalidad de la punición de la sustracción de uso o la utilización no autorizada del vehículo a motor o ciclomotor ajenos, esta segunda opción acerca del bien jurídico tutelado concretado en una de las facetas derivadas de la propiedad, parece la más correcta.

Respecto del objeto material, lo que se “hurta” o “roba con fuerza en las cosas” para ser usado ha de ser necesariamente un ciclomotor o un vehículo a motor, entendiéndose por tal todo vehículo de tracción mecánica sea cual sea la energía empleada para lograr su desplazamiento (MUÑOZ CONDE, 2015), incluyendo un concepto de vehículo a motor que no desborde lo que por tal se considere en la normativa administrativa (SUAREZ LÓPEZ, 2013). La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, no distingue el valor del mismo, en tanto que no incluye un delito leve de hurto de uso de vehículo a motor en atención al valor de vehículo sustraído para su uso.

2. El hurto de uso de vehículos

Tras la reforma operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, la conducta típica de este delito puede consistir tanto en la sustracción del vehículo a motor o ciclomotor con la finalidad de usarlo –llevada a cabo sin fuerza en las cosas y sin violencia o intimidación en las personas–, como en la simple utilización del vehículo a motor o ciclomotor sin la debida autorización del propietario.

La reforma de 2003 surge ante las dudas que habían derivado de la redacción del precepto en la redacción original del Código penal de 1995, relativas –sobre todo– a aquellos casos de conducción del vehículo por quien no había tomado parte directa en la sustracción del mismo, o de la calificación de la conducta del sujeto que viajaba en el vehículo sustraído sin conducirlo. Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2001 señalaba que ocupar un vehículo sustraído puede ser contemplado como un indicio de la participación en la sustracción, *“pero si el mismo no está reforzado en ningún otro dato no parece razonable darle el valor de prueba de cargo suficiente para tener por destruida la presunción de inocencia”*.

Así, con la reforma, parece claro que se incluye en el tipo de hurto de uso de vehículo a motor o ciclomotor ajenos la utilización del vehículo tras su sustracción, aunque el sujeto que utiliza el vehículo no haya participado en la sustracción. Así, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero

de 2010, respecto de la reforma operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, con el añadido de “*utilizare sin la debida autorización*”, “*con lo que ahora en este tipo penal se comprende tanto la acción del que toma o se apodera del vehículo, como la del que lo usa sin haber tomado parte en la sustracción pero conociendo su ilícita procedencia*”.

El problema surge a la hora de determinar si con la referencia típica a la autorización no autorizada se están incluyendo o no otras formas comisivas de acceso ilícito al vehículo distintas a las del apoderamiento, es decir, a través de los medios comisivos más propios de la apropiación indebida o de la estafa.

Es decir, desde una primera línea interpretativa, acorde a lo que expresamente dispone el artículo 244.1 CP, tras la reforma operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, (MUÑOZ CONDE, 2015; QUÉRALT JIMÉNEZ, 2015; ÁLVAREZ GARCÍA, 2011) realizaría el tipo, además del sujeto que se encuentra el vehículo a motor abierto y lo sustrae devolviéndolo antes de las cuarenta y ocho horas (el que lo sustrae), como el sujeto sin haber participado en la sustracción, con posterioridad lo usa (utilización tras la sustracción), como quien lo posee legítimamente (es decir, no lo sustrae), pero hace un uso distinto a aquél para el que había sido autorizado por el propietario (apropiación indebida de uso). De esta forma, aún cuando la figura delictiva del artículo 244.1 CP adquiere el nomen iuris de “hurto de uso”, su ámbito típico abarca un espectro bastante más amplio que el de la modalidad comisiva de los delitos de apoderamiento, incluyendo también las “apropiaciones indebidas de uso” e incluso las “estafas de uso”, cuando el sujeto consigue mediante engaño la autorización del uso del vehículo por su propietario. Así, por ejemplo, el arrendatario del coche que lo utiliza durante más tiempo que el pactado; el chófer que, contraviniendo las instrucciones del dueño, lo utiliza en horas libres de servicio o el propietario de un garaje que utiliza el vehículo a motor o ciclomotor allí depositado para fines privados. En este sentido, se pronuncia expresamente la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (sección tercera) de 24 de noviembre de 2010, en referencia a un sujeto que recibe las llaves de un vehículo para lavarlo y lo utiliza para desplazarse a hacer unas gestiones particulares (en el mismo sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel (sección primera) de 3 de octubre de 2008).

Otra línea interpretativa, más restrictiva (GONZÁLEZ RUS, 2011; SUÁREZ LÓPEZ, 2013; QUINTERO OLIVARES, 2011; MARTÍNEZ GARCÍA, 2011; VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, 2010), considera que los usos punibles son tan sólo los que traen causa de un acceso ilícito previo al vehículo a motor o ciclomotor. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (sección segunda) de 2 de diciembre de 2011 señala lo siguiente: “*el el caso de autos... no hubo sustracción del vehículo, ya que el denunciado era depositario judicial y tenía por ende la posesión del mismo, por lo que, el hecho de que circulase con él contra la voluntad expresada del propietario..., en ningún caso puede considerarse una conducta incardinada en el artículo 244 del Código penal...*”. Esta interpretación reafirmaría el nomen iuris del delito referido exclusivamente al “hurto de uso de vehículos”.

A diferencia de lo que ocurre con el hurto propio, donde el legislador ha calificado como delito el apoderamiento de la cosa mueble ajena sin la voluntad de su dueño por valor superior a los 400 €, calificando como delito leve cuando el valor de lo sustraído es inferior a esa cantidad, el legislador en materia de hurto de uso no ha previsto esa división en torno a la cuantía del vehículo, si bien, en la determinación de la pena hace expresa referencia a que la misma no podrá ser igual o superior a la que le correspondería si se apoderare definitivamente su vehículo. Esto obliga a afirmar que cuando el valor del vehículo a motor o ciclomotor es inferior a 400 €, la pena prevista nunca podrá ser superior a la mínima prevista para el caso del delito leve de hurto propio, es decir, *“a la que le correspondería por apropiarse definitivamente del vehículo”*, esto es, nunca podrá ser superior a un mes de multa (en este sentido la Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2015).

Por uso debe entenderse el servirse de la cosa conforme a su destino, de tal modo que, limitándose el objeto material del delito al vehículo a motor o ciclomotor y teniéndose en cuenta el destino de éstos para desplazar personas, el uso típico será de acuerdo con su destino natural a ser impulsado por la fuerza de su motor como medio de locomoción o transporte (GONZÁLEZ RUS, 2011; SUÁREZ LÓPEZ, 2013; DE VICENTE MARTÍNEZ, 2007; DE VICENTE REMESAL, 1994; ÁLVAREZ GARCÍA, 2011), quedando fuera del tipo el desplazamiento del vehículo por otras vías, tales como por ejemplo, cuando es remolcado por una grúa.

El art. 244.1 CP exige expresamente la presencia de un elemento subjetivo del tipo, en sentido negativo, consistente en la falta del ánimo de apropiación (*“sin ánimo de apropiárselo”*) del vehículo a motor o ciclomotor, con el que debe actuar el autor, que es precisamente lo que distingue a esta figura del delito de hurto o –en su caso– de la apropiación indebida. De tal modo que el sujeto que sustrae el vehículo con el ánimo de apoderamiento pero es detenido antes de las cuarenta y ocho horas restituyéndose el vehículo a su dueño, está realizando el delito de hurto propio (de igual modo que el sujeto al que le llega la posesión del vehículo legítimamente, pero luego pretende apropiárselo, estará realizando el tipo de la apropiación indebida).

De otro lado, es preciso para aplicar este tipo que el vehículo se restituya antes de las 48 horas desde que se produjo la sustracción o la utilización no autorizada, puesto que si se restituye después será de aplicación la agravación prevista en el art. 244.3 CP, castigando el hecho como con la pena prevista para el hurto. Al respecto, debe matizarse la agravación del apartado 3 del artículo 244 CP, aplicable tanto al hurto de uso como al robo con fuerza de uso, *“en sus respectivos casos”*. El Código dice: *“de no efectuarse la restitución en el plazo señalado, se castigará el hecho como hurto o robo en sus respectivos casos”*, lo cual no significa necesariamente que el legislador establezca la presunción iuris et de iure de que pasadas las 48 el legislador interpreta que el sujeto quiere hacerse con el vehículo como propio; interpretación que no es coherente con la realidad, en tanto que el sujeto podría perfectamente demostrar que su intención era restituir el vehículo pasadas las 48 horas. Por ello, el legislador lo que hace con este artículo 244.3 CP es simplemente remitir a la pena prevista para el delito de hurto o el delito de robo con fuerza en las cosas, respectivamente. La remisión al castigo como si de un hurto o de un robo con fuerza se tratara, per-

mitirá aplicar para la sustracción del vehículo sin fuerza en las cosas, la pena del delito leve de hurto del artículo 234.2 CP si el valor del vehículo sustraído es inferior a los 400 €; es decir, la pena de multa de uno a tres meses. Es decir, el hurto y robo de uso de vehículos a motor o ciclomotores tiene una autonomía propia y la remisión al castigo como si de hurtos o robos se tratase que hace el artículo 243.3 CP, se hace exclusivamente a efectos penológicos (SUAREZ LÓPEZ, 2013).

La restitución puede ser directa (cuando se produce la entrega material del vehículo a su titular) o indirecta (cuando se realiza cualquier actividad tendente a que el titular del vehículo lo recupere, como por ejemplo, dejarlo en dependencias policiales, notificar por teléfono su paradero, etc.). Más discutible es el caso del abandono del vehículo, sin dar a conocer de algún modo directo o indirecto su paradero. Si el vehículo es abandonado de forma fácilmente detectable por el sujeto pasivo podría considerarse una restitución indirecta; no obstante, dejar el vehículo a su suerte, no equivale a la restitución. Si el vehículo no se restituyese en el plazo de 48 horas, el hecho se castigará como si de un hurto propio se tratase.

Respecto del “iter crímis”, la consumación del delito se produce, en el caso de la sustracción, cuando el sujeto tiene la plena disponibilidad, aun potencial, del vehículo (en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 2000 consideró el delito en grado de tentativa cuando los sujetos son sorprendidos sacando el vehículo del aparcamiento y habiendo sufrido una colisión antes de terminar la maniobra, *“es evidente que no llegaron a tener su disponibilidad y que aún menos lograron usarlo para desplazarse a otro lugar, por lo que el robo de uso por ellos cometido no superó el grado de la tentativa inacabada”*). En el caso de la utilización (posterior a la sustracción o, sin sustracción, dependiendo de la teoría que se siga) la consumación exigirá que el sujeto ponga en marcha por mínimo que sea el desplazamiento (ÁLVAREZ GARCÍA, 2011). La tentativa se apreciaría cuando el vehículo no es usado por causas ajenas a la voluntad del autor. Cuando el vehículo no ha llegado a ser arrancado y ha tenido que ser remolcado o empujado mediante cualquier procedimiento que no sea su recurso motriz, podría calificarse el hecho –en algún supuesto– como tentativa.

Autor es quien adquiere la tenencia ilícita del vehículo y lo usa. Para afirmar la autoría no es necesario conducir el vehículo, bastando utilizarlo como viajero (GONZÁLEZ RUS, 2011; SUÁREZ LÓPEZ, 2013; CASTRO MORENO, 2000; DE VICENTE MARTÍNEZ, 2007), interpretación que se ha visto ahora reafirmada con la redacción del tipo que castiga no sólo la sustracción sino también la utilización (en contra, no obstante, VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC 2010, consideran que quien va de viajero en el vehículo sustraído, aun conociendo el origen ilícito, si no han participado en la sustracción no podrá ser considerado autor, pudiendo ser –en su caso– encubridor; en sentido similar QUINTERO OLIVARES, 2011).

3. El robo de uso con fuerza en las cosas de vehículos

El apartado segundo del artículo 244 CP recoge una modalidad agravada cuando en la sustracción o utilización no autorizada del vehículo a motor o ciclo-

motor se empleare fuerza en las cosas. La pena prevista es la misma del “hurto de uso” del apartado primero, en su mitad superior. Así, establece lo siguiente: “*Si el hecho se ejecutare empleando fuerza en las cosas, la pena se aplicará en su mitad superior*”.

Puede plantearse si al referirse el título del capítulo al “hurto y robo de uso”, respecto del “robo con fuerza en las cosas de uso” de este apartado segundo se está remitiendo a todos y cada uno de los elementos del delito de robo con fuerza en las cosas de los artículos 237 CP, con la excepción del ánimo de apoderarse del vehículo a motor o ciclomotor, incluyendo –tras la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo– tanto la fuerza ejercida para acceder al lugar en el que se encuentra el vehículo, como la fuerza ejercida para salir del mismo, o si bien, se está refiriendo a un concepto amplio de fuerza. Con la doctrina mayoritaria (GONZÁLEZ RUS, 2011; SUÁREZ LÓPEZ, 2013; MUÑOZ CONDE, 2015, QUERALT JIMENEZ, 2015, VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, 2010; DE VICENTE MARTÍNEZ, 2007) debe considerarse el concepto restringido de fuerza definitorio del delito de robo con fuerza en las cosas del artículo 238 CP. Se trata de un supuesto en que la tenencia ilícita del vehículo proviene de una sustracción en la que se ha utilizado fuerza en las cosas imponiéndose en este caso la pena del hurto de uso en su mitad superior. La fuerza en las cosas habrá de interpretarse, por tanto, conforme al concepto normativo previsto en el delito de robo con fuerza de los artículos 237 a 239 del Código Penal.

Más discutible sería –con esta línea interpretativa– la consideración de la fuerza típica cuando se produce directamente sobre la cosa, la cual, si con la finalidad de hacer propio el vehículos se tratara, sería constitutiva del delito de hurto y no de robo. Así caben, al menos, tres interpretaciones:

- a. Desde una perspectiva estricta respecto del delito de robo, sólo se considerará fuerza en las cosas típica del delito de robo con fuerza la que se ejecute para acceder al lugar en el que éstas se encuentran (PÉREZ MANZANO, 1998; Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz –sección cuarta– de 21 de octubre de 2008) o para abandonarlo (de acuerdo con la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo). Al respecto es sumamente ilustrativa la Sentencia de la Audiencia provincial de Sevilla de 28 de mayo de 2004, cuando disponía lo siguiente: “*En efecto, según el artículo 244.1 del comete el delito de hurto de uso de vehículos el que sustrajere un vehículo de motor o ciclomotor ajenos cuyo valor excediere de 50.000 pesetas, sin ánimo de apropiárselo y siempre que lo restituya en un plazo no superior a cuarenta y ocho horas; y según el apartado 2. del mismo artículo 242, el delito de robo de uso de vehículos consiste en la realización de los mismos hechos pero con empleo de fuerza en las cosas. El legislador distingue de esa manera entre el hurto de uso y el robo de uso de vehículos, pero no dice que debe entenderse al respecto por «fuerza en las cosas». Pues bien, regulados ambos delitos en el Código Penal a continuación del hurto y del robo ordinarios como otras especies de delitos contra el patrimonio, la fuerza en las cosas en el robo de uso no puede tener mayor alcance que la que caracteriza el robo ordinario en los artículos 237 a 241 del citado código. En consecuencia, el artículo 244.2 sólo será de aplicación*

cuando se dé alguno de los supuestos del artículo 238 y siempre que, además, la fuerza en las cosas se emplee «para acceder al lugar» donde se encuentre el vehículo de motor o el ciclomotor de que se trate. Ya que bien claro dice el artículo 237 mencionado que «son reos del delito de robo los que... se apoderaren de las cosas muebles ajenas empleando fuerzas en las cosa para acceder al lugar donde éstas se encuentran...»

- b. Desde una interpretación más flexible se plantea que alguna fuerza sobre el vehículo si sería constitutiva de la fuerza típica del artículo 244.2 CP, así sería constitutiva de este tipo agravado la fuerza ejercida directamente sobre el vehículo (forzando la cerradura o rompiendo un cristal) pero no la ejercida para ponerlo en marcha (un puente, por ejemplo) —en este sentido VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, 2010; SUÁREZ LÓPEZ, 2013; ÁLVAREZ GARCÍA, 2011; también las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de julio de 1999, de 10 de abril de 2000, de 17 de enero de 2001 o de 20 de abril de 2001—.
- c. Una interpretación aún más flexible extendería el uso de la fuerza también a la que se ejerce directamente sobre el vehículo, lo que parece más coherente con el sentir global del artículo 244 CP; si bien, por fuerza siempre deberá ser considerado exclusivamente lo que establece el artículo 238 CP a efectos del robo con fuerza en las cosas, de tal modo que, por ejemplo, hacer un puente en un vehículo con las puertas abiertas no sería considerado fuerza no por emplearse ésta directamente sobre el vehículo, sino porque el puente no entra dentro de ninguno de las modalidades de fuerza del artículo 238 CP (en este sentido ARROYO DE LAS HERAS, 1998), de igual modo que sustraer un vehículo que estaba estacionado abierto con la llave de contacto puesta, no puede ser considerado fuerza por la modalidad de llave falsa, por no ser la utilizada ni falsa ni perdida por el propietario (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2000).

Por otra parte, la fuerza en las cosas queda limitada a la modalidad de sustracción del vehículo, no siendo compatible con la modalidad de utilización no autorizada.

La pena prevista en este delito de robo de uso con fuerza en las cosas de vehículo a motor o ciclomotor del apartado segundo del artículo 244 CP, será la mitad superior de la fijada en el apartado primero, es decir, la pena de trabajos en beneficio de la comunidad de 61 a 90 días o multa de siete a doce meses, siempre que el vehículo se restituya dentro de las 48 horas siguientes a la sustracción. En caso de que la restitución (directa o indirecta, igual que en el hurto de uso) no se produzca en estas 48 horas, la pena prevista será la del robo con fuerza en las cosas del artículo 240 CP. En este caso, tal y como se ocurre con el tipo básico del apartado primero del artículo 244 CP, se hace una remisión al delito de robo, con efectos meramente penológicos, constituyendo esta modalidad de sustracción del vehículo a motor o ciclomotor con uso de la fuerza del apartado segundo del artí-

culo 244 CP una modalidad agravada del tipo básico. De igual modo, lo dispuesto en el artículo 244.3 CP funciona como una presunción *iuris et de iure* que si el vehículo no se restituye en 48 horas se equipara a su apoderamiento.

4. El robo de uso con violencia o intimidación de vehículos

El art. 244.4 CP tipifica el robo de uso de vehículo a motor o ciclomotor con violencia e intimidación en las personas (en los mismos términos que los previstos en el art. 242 CP), produciéndose de este modo la sustracción para el uso con empleo de violencia o intimidación en las personas. En este caso se impondrá la misma pena que la prevista para el delito de robo con violencia o intimidación del artículo 242 CP independientemente de que la restitución se produzca antes o después de las 48 horas. Es decir, se aplicará la pena de dos a cinco años de prisión, sin perjuicio de la que le corresponda por los actos de violencia física que realizase.

III. USURPACIÓN, ALTERACIÓN DE LINDES Y DISTRACCIÓN DEL CURSO DE LAS AGUAS

El capítulo V, “de la usurpación”, del Título XIII, “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, del Libro segundo del Código penal, abarca los artículos 245 a 247, entre los que se incluyen una serie de figuras delictivas, que se sistematizan del siguiente modo:

- Ocupación o usurpación violenta de inmuebles o derechos reales inmobiliarios (artículo 245.1 CP)
- Ocupación pacífica de inmuebles que no constituyan morada (artículo 245.2 CP)
- Alteración de términos o lindes de pueblos heredades o predios (artículo 246 CP)
- Distracción del curso de las aguas en provecho propio o de terceros. (artículo 247 CP)

En los delitos sistematizados en este capítulo, la acción del autor incide sobre bienes inmuebles o sobre derechos reales inmobiliarios, protegiéndose el pacífico disfrute de la posesión o de los derechos reales sobre los mismos de los que el sujeto es titular (GONZALEZ RUS, 2011; Auto de la Audiencia Provincial de Madrid –sección segunda– de 30 de abril de 2008), También se protege un supuesto de propiedad especial, cual es el de las aguas públicas.

Los delitos de usurpación siguen siendo delitos contra el patrimonio (a diferencia de otros delitos que también se ejecutan sobre inmuebles, como el allanamiento de morada o de establecimiento abierto al público, con el que guarda cierta similitud, pero donde no existe el atentado patrimonial –QUINTERO

OLIVARES, 2011). Es cierto que en la redacción típica no se menciona el ánimo de lucro, pero éste se desprende de la mención a la utilidad económica obtenida por el autor y el daño soportado por el propietario. Esta utilidad obtenida a veces es difícil de evaluar (como por ejemplo ocurre en la ocupación de un inmueble contra la voluntad de su dueño) no obstante ello implica que no exista sino que no es precisa su exacta medición, en tanto que lo relevante es el ataque al patrimonio inmobiliario del otro (QUINTERO OLIVARES, 2011).

Todas las figuras delictivas agrupadas en este capítulo tienen en común que tratan de proteger el patrimonio inmobiliario, definido como aquella parte del patrimonio de una persona constituido por los bienes inmuebles y los derechos reales inmobiliarios (ROCA AGAPITO, 2011; MIRA MIRAVENT, 2012;).

1. Usurpación

1.1. Ocupación de inmueble o usurpación de derecho real con violencia o intimidación en las personas

El artículo 245.1 CP dispone lo siguiente: *“Al que con violencia o intimidación en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real inmobiliario de pertenencia ajena, se le impondrá además la pena, además de las penas en que incurriere por las violencias ejercidas, la pena de prisión de uno a dos años, que se fijará teniendo en cuenta la utilidad obtenida y el daño causado”*.

Esta figura delictiva aparece prácticamente inalterable desde su aparición en el artículo 429 del Código Penal de 1848. La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, modificó las penas aplicables pasando de la prevista en la redacción original del Código Penal de 1995, de multa de seis a dieciocho meses, dependiendo de la utilidad obtenida y del daño causado (además de la que le corresponda por la violencia ejercida) a una pena de prisión de uno a dos años. Un incremento punitivo de una entidad importante, en atención a la alarma social provocada por los frecuentes episodios de ocupación de inmuebles ajenos (GONZÁLEZ RUS, 2011).

El bien jurídico protegido será el disfrute pacífico de las cosas inmuebles, entendido como “ausencia de perturbación en el ejercicio de la posesión de cualquier derecho real sobre los mismos” (HUERTA TOCILDO, 1980; ROCA AGAPITO, 2011; GONZÁLEZ RUS, 2011; MUÑOZ CONDE, 2015; BAUCCELLS I LLADOS; MIRA BENAVENT, 2012; Al respecto del Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (sección segunda bis) de 30 de abril de 2008 señalaba lo siguiente: *“Realmente no existe acuerdo doctrinal ni aun en las decisiones de las Audiencias sobre esta cuestión relativa a cuál es el bien jurídico protegido en el delito de usurpación, pues se barajan como posibles bienes jurídicos tanto la propiedad como la posesión. La cuestión no es intrascendente, pues aparte de la evidente diferencia conceptual entre uno y otro derecho, lo es también el contenido de cada uno, de forma que, dada la elasticidad del dominio, puede estar diferenciada la propiedad de la posesión sobre la misma cosa, como puede estar*

desgajado el uso o disfrute del inmueble de la titularidad sobre el mismo” (afirmando que, de acuerdo con las Sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla –sección primera– de 6 de septiembre de 2001, de Cádiz –sección octava– de 6 de octubre de 2000, de Las Palmas –sección primera– de 13 de octubre de 2000, entre otras, “el bien jurídico no es la propiedad sino la posesión y aun dentro de ésta, la posesión como hecho y no el derecho a poseer”)

El artículo 245.1 CP contempla dos modalidades de conducta: a) La ocupación violenta de un inmueble; y b) La usurpación violenta de un derecho real inmobiliario.

La conducta, en ambos casos, es la misma pero como el objeto es distinto cuando se proyecta sobre inmuebles gira sobre el verbo típico “ocupar” y cuando se proyecta sobre derechos reales inmobiliarios el verbo típico sobre el que gravita el tipo es el de “usurpar”; si bien, de forma genérica puede afirmarse que realmente todo es “usurpación”. En tanto que si por usurpar se entiende el apoderarse del derecho legítimo de otro, la “ocupación” típica, no es otra cosa que “usurpar el derecho real de propiedad de una cosa inmueble”. Entre los derechos reales inmobiliarios susceptibles de la usurpación típica, están el dominio, la posesión, el usufructo, las servidumbres, las hipotecas... Al respecto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 17) de 12 de marzo de 2007, disponía lo siguiente:

“El concepto abarca, por un lado, la «ocupación» de una cosa inmueble, independientemente de su naturaleza rústica o urbana. Por ocupación se entiende el ejercicio de los actos materiales propios del contenido del dominio: la entrada en el lugar, su cerramiento o cercamiento, la realización de obras en él o el aprovechamiento de sus posibilidades económicas. El usurpador es un ocupante sin título que legitime su comportamiento dominical.

No es preciso que lleve a cabo la totalidad de las facultades que corresponden al dueño. La segunda acepción de la «ocupación» denota el ejercicio de alguna de ellas, o, por utilizar los términos del apartado 1 del artículo 245 del Código Penal de «... un derecho real inmobiliario de pertenencia ajena...». Así que «ocupación» es un significante con una acepción amplia, que lo hace equivalente al ejercicio material del conjunto de facultades que constituyen el contenido de un derecho real y otra, restringida, que lo identifica con el ejercicio material del haz de poderes que configuran el contenido del dominio. El dominio y los derechos reales recaen –en el arquetipo de conducta delictiva del artículo 245– sobre un bien inmueble”.

Sujeto activo puede ser cualquiera, excepto el propietario de la cosa inmueble ocupada, o el titular del derecho real inmobiliario usurpado, en tanto que el tipo exige la “pertenencia ajena”. En este sentido será posible que el propietario usurpe con violencia o intimidación el derecho real inmobiliario que un tercero tiene sobre el inmueble de su propiedad (HUERTA TOCILDO, 1980; GONZÁLEZ RUS, 2011; ROCA AGAPITO, 2011; MIRA BENAVENT, 2012). Sujeto pasivo será el propietario del bien inmueble ocupado o el titular del derecho real inmobiliario usurpado; sujeto pasivo no podrá ser el usurpador (ROCA AGAPITO, 2011).

La conducta consiste en “ocupar” la cosa inmueble ajena o “usurpar” el derecho real inmobiliario de pertenencia ajena, lo que significa comportarse como si fuera el dueño del inmueble o el titular del derecho real inmobiliario, con ánimo de permanencia. No constituyen la conducta típica las meras perturbaciones transitorias o las molestias, aún cuando se lleven a cabo con violencia o intimidación. La conducta se exterioriza con la desposesión del titular.

El concepto de inmueble debe ser valorado de forma autónoma al ofrecido por el artículo 334 del Código civil, (HUERTA TOCILDO, 1980), caracterizándose por la nota de la inmovilidad y de su incapacidad para ser transportado de un lugar a otro, de tal modo que serán bienes inmuebles a efectos penales exclusivamente las cosas que por su propia naturaleza no son susceptibles de traslado de un lugar a otro (ROCA AGAPITO, 2011).

El hecho debe realizarse con violencia o intimidación en las personas, elementos que se corresponden con los exigidos para el robo con violencia o intimidación en las personas.

La violencia o la intimidación puede recaer sobre el dueño del inmueble ocupado o el titular del derecho real inmobiliario usurpado, o sobre un tercero, en cuyo caso habrá que distinguir entre el sujeto pasivo del delito (que siempre será el dueño del inmueble o el titular del derecho real inmobiliario) y el sujeto pasivo de la acción típica (que será el sujeto sobre el que recae la violencia o la intimidación típicas)

Se trata de un delito permanente que se consuma con la ocupación o la usurpación pero cuyos efectos jurídicos se mantienen hasta que termine una u otra cosa (GONZÁLEZ RUS, 2011). Como tal delito permanente, la violencia o la intimidación pueden aparecer en cualquier momento, durante el tiempo que el sujeto actúa como dueño del inmueble o titular del derecho real inmobiliario, es decir, que estos medios no tienen que cumplir necesariamente una función instrumental, aunque sí guardar relación con los hechos. Es decir, al ser un delito permanente (y mantener, por tanto, los efectos antijurídicos, mientras dura la ocupación o la usurpación), la violencia o la intimidación puede darse incluso después de perfeccionada la ocupación o la usurpación; por ejemplo, para impedir el desalojo o la recuperación del ejercicio del derecho (en contra, GONZÁLEZ RUS, 2011, PÉREZ MANZANO, 1998 considerando que en este caso se aplicará el artículo 245.2 CP)

En los casos en los que no concurre violencia o intimidación se aplica o bien el tipo del artículo 245.2 CP (la ocupación pacífica, si es un inmueble, vivienda o edificio ajeno) o simplemente las leyes civiles. Por ejemplo, la usurpación no violenta de un derecho real, debería ser resuelta exclusivamente por el derecho civil.

Los inmuebles pueden también ser objeto de otros delitos (allanamiento, cualificación de robo con fuerza...) pero en esos casos el inmueble es el escenario de la conducta que protege en realidad otros bienes jurídicos. Ciertamente

en ocasiones se puede producir una acumulación de ataques a otros bienes. por ejemplo, cuando en el curso de una ocupación violenta se produce apoderamiento de objetos que estén en ese inmueble; en estos casos el hecho podrá ser constitutivo de un delito de robo si faltaba toda intención de violentar derechos reales ajenos o de un concurso de delitos entre el delito de usurpación del artículo 245.1 CP y el delito de robo correspondiente, si en el curso de la usurpación el autor decide el apoderamiento.

Para la consumación basta con la ocupación o la usurpación sin que sea imprescindible la obtención de una utilidad determinable económicamente (provecho económico obtenido o ahorro logrado) y la causación de un daño; si bien, de ello depende la graduación de la pena.

Los métodos violentos que se utilizan hacen que sea una figura con semejanzas a las coacciones, pero la usurpación será ley especial respecto a las coacciones, ya que concreta más el objeto material, los sujetos y la acción.

No parece imaginable la tentativa, pues la usurpación se produce en un solo momento, pero por su naturaleza será normalmente un delito permanente, con lo cual el estado consumativo se prolonga y dura tanto como dure la usurpación. Ello significa que podrán incorporarse otras personas como coautores o cómplices durante ese tiempo (QUINTERO OLIVARES, 2011).

La pena prevista para esta modalidad de usurpación violenta es de prisión de uno a dos años, además de las penas que correspondieran como consecuencia de la violencia ejercida.

1.2. Ocupación pacífica de inmueble que no constituya morada

El artículo 245.2 CP dispone lo siguiente: *“El que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses”*.

Esta figura delictiva supuso una novedad en el Código Penal de 1995 y estaba dirigida al movimiento “ocupa”, en tanto que la ocupación pacífica de inmuebles que no constituían morada, en todo caso, eran atípicas, debiendo resolverse por la vía del Derecho civil.

Respecto del bien jurídico protegido en este delito, *“la protección penal atribuida por el delito de usurpación, no violenta ni intimidatoria, no alcanza al derecho de propiedad inmobiliaria, ni tan siquiera al derecho de posesión —o situación jurídica posesoria— denominada por la doctrina civil posesión civil, sino la más cercana a la denominada en el mismo ámbito posesión natural, o, si no se está de acuerdo con este término, a la posesión material del bien que determina el señorío directo sobre la cosa, y cuyo contenido es el goce y disfrute de la misma. En este sentido, el art. 431 del Código civil consigna que la posesión se ejerce en las cosas o en los derechos teniendo y disfrutándolos, reconociendo el siguiente artículo 432 la posesión en distinto concepto que el de dueño, en el del tenedor de la cosa*

o derecho para conservarlos o disfrutarlos” (Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia –sección tercera–, de 17 de junio de 2015).

La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2014 hace una exposición detallada de los requisitos exigidos en esta modalidad de usurpación pacífica:

“Los delitos de usurpación, tipificados en el Capítulo V del Título XIII del Código Penal de 1995, constituyen una modalidad de delitos patrimoniales que tutelan específicamente los derechos reales sobre bienes inmuebles. En ellos el bien jurídico protegido es el patrimonio inmobiliario, y como delitos patrimoniales la lesión del bien jurídico requiere que se ocasione un perjuicio al titular del patrimonio afectado, que es el sujeto pasivo del delito. La modalidad delictiva específica de ocupación pacífica de inmuebles, introducida por el Código Penal de 1995 en el número 2º del artículo 245, requiere para su comisión los siguientes elementos: a) La ocupación, sin violencia o intimidación, de un inmueble, vivienda o edificio que en ese momento no constituya morada de alguna persona, realizada con cierta vocación de permanencia. b) Que esta perturbación posesoria puede ser calificada penalmente como ocupación, ya que la interpretación de la acción típica debe realizarse desde la perspectiva del bien jurídico protegido y del principio de proporcionalidad que informa el sistema penal (Art 49 3º de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea). c) Que el realizador de la ocupación carezca de título jurídico que legitime esa posesión, pues en el caso de que hubiera sido autorizado para ocupar el inmueble, aunque fuese temporalmente o en calidad de precarista, la acción no debe reputarse como delictiva, y el titular deberá acudir al ejercicio de las acciones civiles procedentes para recuperar su posesión. d) Que conste la voluntad contraria a tolerar la ocupación por parte del titular del inmueble, bien antes de producirse, bien después, lo que especifica este artículo al contemplar el mantenimiento en el edificio “contra la voluntad de su titular”, voluntad que deberá ser expresa. e) Que concurra dolo en el autor, que abarca el conocimiento de la ajeneidad del inmueble y de la ausencia de autorización, unido a la voluntad de afectar al bien jurídico tutelado por el delito, es decir la efectiva perturbación de la posesión del titular de la finca ocupada”.

Se discute si la ocupación debe ser contar con voluntad de permanencia, o si basta para afirmar el tipo la simple ocupación aún transitoria u ocasional. Al respecto el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (sección segunda bis) de 30 de abril de 2008 dispone lo siguiente: “A esto se alude con la referencia que en múltiples Sentencias de Audiencias (Las Palmas, Sección 1ª de 13 de octubre del 2000, Madrid, Sección 5ª, de 9 de octubre del 2000 y Sevilla, 1ª, 6 de septiembre del 2001) se contiene a que la posesión quebrantada ha de ser una “posesión socialmente manifiesta y reconocida”, que es una forma elocuente de definir la posesión como hecho. Por ello, y en cuanto no se quebranta esa clase de posesión que se reconoce como bien jurídico protegido, no serían punibles las ocupaciones transitorias, sin ánimo de ejercer derechos posesorios, o que recaigan sobre inmuebles no susceptibles de establecer aquella relación reconocible, como ocurre respecto a los edificios abandonados y en estado de absoluta inhabitabilidad”.

Al respecto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (sección sexta) de 24 de junio de 2015, afirma que “la ocupación inmobiliaria tipificada penalmen-

te es la que conlleva un riesgo relevante para la posesión del sujeto pasivo sobre el inmueble afectado, que es lo que dota de lesividad y significación típica a la conducta, por lo que las ocupaciones ocasionales o esporádicas, sin vocación de permanencia o de escasa intensidad, son ajenas al ámbito de aplicación del tipo". En el mismo sentido las Sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia (sección tercera) de 17 de junio de 2015 y de Castellón (sección primera) de 5 de marzo de 2014.

La citada Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2014, condena por el artículo 245.2 CP la ocupación con finalidad de protesta social, durante 18 días, de una finca del ejercicito, afirmando la exigencia de permanencia en la ocupación, aún cuando la finalidad directa era la protesta social.

Lo anterior va unido al requisito de que la ocupación no violenta de un inmueble que no constituya morada exija, además, que se haga "contra la voluntad de su titular": *"esta modalidad comisiva debe apreciarse si se dan los elementos que se desprenden del tipo penal: en esencia se requiere mantenerse en la posesión de un inmueble con conciencia o conocimiento de que se hace contra la voluntad de su titular"* (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona –sección quinta– de 1 de septiembre de 2010). Así, será atípica la ocupación de inmuebles abandonados. Más discutible es el hecho de entrar o mantenerse en un inmueble que se encuentra completamente sin uso por su titular.

Por otro lado, se discute, si con la ocupación sin autorización se exige que necesariamente se perjudique al legítimo poseedor del inmueble (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid –Sección 17º– de 28 de septiembre de 2006), o si este requisito no es necesario (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona –sección quinta– de 1 de septiembre de 2010).

Se trata de un delito con dos modalidades comisivas: la primera, *"se consuma con la introducción en el bien inmobiliario que no constituya morada a condición de que haya verdadera voluntad de permanencia, que se consuma con la simple entrada en el inmueble contra la voluntad de su titular"*; la segunda, *"permanente que se consuma cuando se entra en el inmueble contra la voluntad de su titular o, habiendo entrado con su voluntad, en el transcurrir de la estancia, se mantiene en él en contra de la voluntad de su titular sobrevenida"* (Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (sección tercera) de 17 de junio de 2015).

Objeto material será un inmueble, vivienda o edificio, ajeno, que no constituya morada. Al ser ajeno sólo puede ser sujeto activo quien no sea el titular y sujeto pasivo el propietario o quien tenga derecho a ocupar el inmueble, que podrá ser tanto de titularidad privada, como pública (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2014).

El tipo no exige que el autor alcance con su acto un provecho económico determinable. La pena prevista es de multa de tres a seis meses.

2. Alteración de términos o lindes

El artículo 247 CP, que tiene su origen en el artículo 431 del Código Penal de 1848, dispone los siguiente: *"1. El que alterar términos o lindes de pueblos o heredades*

o cualquier clase de señales o mojones destinados a fijar los límites de propiedades o demarcaciones de predios contiguos, tanto de dominio público como privado, será castigado con la pena de multa de tres a dieciocho meses; 2. Si la utilidad reportada no excediere de 400 euros, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses”.

Se recogen en el tipo del apartado primero una serie de conductas que suponen la usurpación pacífica de derechos reales (GONZÁLEZ RUS, 2011), para cuya consumación ha de reportar una utilidad evaluable económicamente. Si la utilidad reportada excediere los 400 € será aplicable el tipo básico el apartado primero. Si dicha utilidad fuere igual o inferior a los 400 € sería aplicable el delito leve del apartado segundo.

Son situaciones que podrían resolverse satisfactoriamente por la vía del derecho privado o del derecho administrativo, dependiendo de la titularidad privada o pública, respectivamente, de los predios cuyos términos o límites se han visto alterados, en tanto que no se utilizan medios violentos. Los conflictos acerca de la titularidad de los terrenos quedan en el ámbito del Derecho civil (GONZÁLEZ RUS, 2011).

El bien jurídico se ha determinado jurisprudencialmente como *“el derecho de exclusión inmobiliaria que a todo propietario corresponde como facultad de dominio, en defensa del deslinde e individualización de sus predios”* (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1981; Sentencias de la Audiencia Provincial Burgos –sección primera– de 22 de abril de 2015; de Toledo –sección segunda– de 17 de noviembre de 2011, de Salamanca –sección primera–, de 29 de octubre de 2008). Doctrinalmente se ha conceptualizado el bien jurídico protegido, diferenciado de la propiedad privada o pública, como *“la posesión de determinados inmuebles en los que se materializa la superficie de los pueblos, heredades, propiedades o predios contiguos; en concreto, lo que se protegen son las facultades de uso, explotación o aprovechamiento de tales facultades”* (MIRA BENAVENT, 2012).

El objeto material digno de protección del artículo 246 CP está representado por el hito o mojón, como signo visible y ostensible de los linderos que enmarcan la propiedad y cuya forma comisiva viene reflejada en la alteración material de los mismos como punto de partida y la invasión u ocupación del terreno colindante para ser anexionado al propio (Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres –sección segunda– de 8 de abril de 2015).

La conducta consiste en alterar por cualquier procedimiento (así, por ejemplo, cambiar de sitio o eliminar), las señales o mojones que limitan las superficies de fincas rústicas o urbanas, de titularidad privada o pública. Se exige ánimo de lucro, lo que se deduce de la exigencia de que el hecho reporte una utilidad valorable económicamente en cuantía superior a los 400 € para afirmar el tipo básico: *“...por tratarse de un delito de tendencia, la culpabilidad del sujeto activo está integrada por una intención dolosa de lucro injusto que persigue el aumento del terreno propio y la merma del ajeno, suponiendo el despojo cauteloso de la propiedad con ánimo de defraudar, ya que la infracción no se produce por la mera objetividad de la alteración del linde si no la acompaña el deseo de enriquecimiento ilegal...”* (Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 7 de septiembre de 2000).

La usurpación está determinada por la necesaria ajeneidad del terreno usurpado, por pertenecer indudablemente a persona distinta que el sujeto activo, dueño de la finca colindante beneficiada. El sujeto pasivo sólo puede serlo el no propietario o el no titular del predio, siendo así que la perturbación de una posesión legítima por parte del propietario no está tipificada, aunque sí pueda constituir coacciones o realización arbitraria del propio derecho.

Es discutible si la consumación del delito del apartado primero del artículo 246 CP se agota con alteración de los términos o linderos con la pretensión del reporte de una utilidad superior a 400 € (Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo –sección segunda– de 17 de noviembre de 2011; en este sentido parece posicionarse ROCA AGAPITO, 2011), o si bien, es necesaria la efectiva materialización del reporte de una utilidad superior a dicha cantidad, que –de no materializarse– sería constitutiva del delito leve del apartado segundo del mismo artículo 246 CP.

La pena prevista para el delito del apartado primero del artículo 246 CP es la pena de multa de tres a dieciocho meses. En el caso en el que la utilidad reportada no excediere de 400 €, para el delito leve del artículo 246.2 CP se establece una pena de multa de uno a tres meses.

3. Distracción del curso de las aguas

El delito de distracción del curso de las aguas, que encuentra su origen en el artículo 710 del Código penal de 1928, aparece redactado en el artículo 247 del Código penal vigente, con la siguiente redacción:

1. *“El que, sin hallarse autorizado, distrajere las aguas de uso público o privativo de su curso, o de su embalse natural o artificial, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses.*
2. *Si la utilidad reportada no excediere de 400 euros, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses”.*

La referencia expresa a “su embalse natural o artificial”, se introduce por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, aclarando las dudas acerca de si entraba en el tipo penal la distracción de las aguas que se encuentran en un embalse.

El bien jurídico protegido es el derecho al uso de las aguas, en las diferentes vertientes que pueden tener (ROCA AGAPITO, 2011).

La conducta típica consiste en alterar el recorrido de las aguas libres, bien modificando sus cauces, embalsándolas o utilizando cualquier otro procedimiento que modifique sus discurrir y permita su aprovechamiento. En este caso de desvío y represamiento de aguas los perjuicios pueden ser mayores y más evaluables que en otras modalidades de usurpación.

Al igual que en el delito de alteración de términos o linderos, se exige ánimo de lucro, materializado en la necesidad de una utilidad reportada evaluable eco-

nómicamente, “al tratarse de una infracción de apoderamiento lucrativo que reporta, o debe reportar, utilidad al agente del delito” (Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos –sección primera– de 8 de mayo de 2013). Es decir, se trata de un delito de enriquecimiento (MIRA BENAVENT, 2012), de tal forma que si la conducta se realiza sin la finalidad de obtener una utilidad correlativa (por ejemplo, regar un predio de su propiedad), normalmente se estará ante un delito de daños (MIRA BENAVENT, 2012; BAUCCELLS LLADÓS, 1997; MUÑOZ CONDE, 2015). Si la utilidad reportada es mayor de 400 € se afirmará el tipo básico, si no es así, será aplicable el delito leve del apartado segundo del mismo artículo 247 CP.

El objeto del delito son las aguas públicas y también las de uso privativo (por lo que puede cometer el delito quien tiene legalmente reconocida su utilización, si altera el curso sin autorización).

Sujeto activo puede ser cualquiera, incluso el titular del derecho de uso y disfrute de las aguas (ROCA AGAPITO, 2011), en aquellos casos en los que el sujeto se excede de la autorización administrativa que tenga.

Este delito cede en su aplicación cuando se produce otro más grave como los daños contra el abastecimiento de aguas a poblaciones (artículo 560.3 CP) o estragos por inundación (artículo 346 CP), dado que el delito del artículo 247 CP tiene un componente meramente patrimonial careciendo del propósito destructor o de desorden público de aquellos otros.

La diferencia con las defraudaciones previstas en el artículo 255 CP radica en que en estas el aprovechamiento ilícito se produce mediante la instalación de mecanismos o alterando aparatos medidores, siendo aplicable éste último en caso de que como consecuencia de la manipulación o alteración de los mecanismos o aparatos medidores se produjera la alteración del curso de las aguas típicas del artículo 247 CP (MIRA BENAVENT, 2012).

BIBLIOGRAFÍA

BAUCCELLS LLADÓS, La ocupación de inmuebles en el Código penal de 1995, Valencia, 1997; CANO CUENCA, “Hurto y robo de uso”, *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Valencia 2015; CASTRO MORENO, “Consideraciones sobre la acción típica del delito de robo y hurto de uso de vehículos”, en *PJ*, 2000, n.º 57; DE VICENTE MARTÍNEZ, El delito de robo y hurto de uso de vehículos, Valencia, 2007; DE VICENTE MARTÍNEZ/BAUCCELLS LLADÓS,/BRAGE CENDÁN, “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia, 2013; DE VICENTE REMESAL, Utilización ilegítima de vehículos de motor, Pamplona, 1994; DÍAZ-MAROTO, «El delito de extorsión», en *La Ley*, 1997; FERNANDEZ ALBOR, «Robo y hurto de uso de vehículos de motor», en *RDCir*, 1970; GALLEGO SOLER, “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico” *Comentarios al Código Penal*, Valencia 2011; GONZÁLEZ RUS,

“Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (IV). Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación, *Sistema de Derecho penal español. Parte Especial*; Madrid 2011; HUERTA TOCILDO, La protección penal del patrimonio inmobiliario, Madrid, 1980; MANZANARES SAMANIEGO, “La llamada usurpación pacífica: art. 245.2 del Código Penal”, en AP, 1997; MARTINEZ GONZALEZ, “Reflexiones sobre el nuevo delito de extorsión”, en Homenaje a Díaz Pita, Valencia, 2008; MUÑOZ CUESTA (Coord.) / ARROYO DE LAS HERAS /GOYENA HUERTA, El hurto, el robo y el robo de uso de vehículos, Pamplona, 1998; NAVARRO BLASCO, “Reforma de los delitos de hurto, robo y otros delitos patrimoniales”, *Comentario a la reforma del Código Penal de 2015*, Pamplona 2015; RODRIGUEZ DEVESA, «Hurto de uso», en NEJ, XI, 1963; «Extorsión», en NEJ, 1958; RUIZ VADILLO, «Dos problemas derivados del uso y circulación de vehículos de motor», en RDCir., 1974; SÁNCHEZ ROBERT, “Hurto, furtumpossessionis, robo y hurto de uso de vehículos de motor, usurpación”, *Estudios sobre el Código Penal reformado*, Madrid, 2015; SUÁREZ LÓPEZ, *El tratamiento penal del hurto y robo de uso de vehículos a motor*, Madrid, 2013; SUAREZ MONTES, «Robo y hurto de uso de vehículos de motor», en RGLJ, 1970.

SEGUNDA LECTURA

Benítez Ortúzar, I. (2015). Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (V). “De las defraudaciones” (I). “De las estafas”. En Morillas Cueva, L. (Dir.). Sistema de Derecho Penal Parte Especial (2ª ed.). Madrid, España. Dykinson, pp. 501-544.

Se abordó los delitos de estafas, desarrollándose el tipo básico y los tipos cualificados, doctrinaria y jurisprudencialmente. En esta línea, las estafas impropias fueron destacadas, especialmente las cometidas a través de medios informáticos, dados los avances de las nuevas tecnologías y el mayor acceso que tiene la población a estas.

SISTEMA
de
DERECHO PENAL
Parte Especial

2ª edición

Lorenzo Morillas Cueva
(Dirección)

Ignacio F. Benítez Ortúzar
Bernardo Del Rosal Blasco

Lorenzo Morillas Cueva
Miguel Olmedo Cardenete

Jaime Peris Riera

● **José E Sáinz-Cantero Caparrós**

Dykinson, S.L.

Lorenzo Morillas Cueva

Dirección

**SISTEMA
DE
DERECHO PENAL**

Parte especial

IGNACIO F. BENÍTEZ ORTÚZAR

BERNARDO DEL ROSAL BLASCO

LORENZO MORILLAS CUEVA

MIGUEL OLMEDO CARDENETE

JAIME PERIS RIERA

JOSÉ E SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS

*2ª edición, revisada y puesta al día
conforme a las leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015*

Dykinson, S.L.

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico. 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 47)

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial
Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes_somos

© Copyright by
Los autores
Madrid

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-9085-707-6
Depósito Legal: M-6048-2016

Preimpresión por:
Besing Servicios Gráficos S.L.
e-mail: besingsg@gmail.com

Capítulo 23

DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y EL ORDEN SOCIOECONÓMICO (V).

“DE LAS DEFRAUDACIONES” (I).

“DE LAS ESTAFAS”

IGNACIO F. BENÍTEZ ORTÚZAR

Sumario: I. De las defraudaciones. Cuestiones generales relativas al capítulo VI.- II. De las estafas: 1. Tipo básico: 1.1. Concepto y elementos definitorios: 1.1.1. Engaño bastante. 1.1.2. Error. 1.1.3. Acto de disposición. 1.1.4. Relación de causalidad “engaño-error-acto de disposición. 1.1.5. Perjuicio propio o ajeno. 1.1.6. Ánimo de lucro. 2. Estafas impropias: 2.1. Estafas por procedimientos informáticos. 2.2. Conductas relacionadas con los medios informáticos aptos para cometer estafas. 2.3. La utilización fraudulenta de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje. 3. Delito leve de estafa. 4. Tipos agravados. 5. Tipos hiperagravados. 6. Tipos cualificados: 6.1. Supuestos de estafas especiales en la adquisición de inmuebles. 6.2. Contrato simulado en perjuicio de otro. 7. Penalidad.- Bibliografía.

I. DE LAS DEFRAUDACIONES. CUESTIONES GENERALES RELATIVAS AL CAPÍTULO VI

El capítulo VI del Título XIII, “delitos contra el patrimonio y el orden socio económico”, del Libro segundo del Código Penal, bajo la rúbrica genérica “de las defraudaciones”, recoge una serie de figuras delictivas de contenido patrimonial que tienen en común una dinámica comisiva que gira en torno fraude o engaño. Tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que crea la nueva sección segunda, “de la administración desleal”, el capítulo se sistematiza en cuatro secciones: 1ª. “De las estafas”; 2ª. “De la administración desleal”; 2ºbis. “De la apropiación indebida”; y 3ª. “De las defraudaciones de fluido eléctrico o análogas”.

Desde la aprobación y entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, este capítulo VI ha sufrido profundas reformas especialmente significativas son las que se llevan a cabo con las Leyes Orgánicas 15/2003, de 25 de noviembre; 5/2010, de 22 de junio y 1/2015, de 30 de marzo, que se pueden sistematizar del siguiente modo:

- A. Respecto de las estafas: La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, amplió el ámbito de las estafas impropias, equiparando al delito de estafa conductas previas a la llamada “estafa informática” (actual artículo 248.2 b. CP). La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, incluye en el ámbito de estas estafas impropias determinadas conductas realizadas con tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje (actual artículo 248.2.c. CP), además de incorporar dos nuevos tipos agravados en el artículo 250 CP (la estafa “procesal” –actual artículo 250.1.7^a CP– y el hecho de que el valor de lo defraudado sea superior a los 50.000 € –actual artículo 250.1.5^oCP, primera parte–); además de establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas (artículo 251bis CP). La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, incorpora el delito leve de estafa del artículo 249 CP, párrafo segundo), incluye dos nuevos tipos gravados en el artículo 250 CP (que la defraudación afecte a un número elevado de personas –actual artículo 250.1.5^o CP, segunda parte– y la multirreincidencia –artículo 250.1.8^oCP), además de ampliar la estafa hiperagravada del artículo 250.2 CP, incorporando un nuevo tipo hiperagravado cuando la cuantía defraudada supera los 250.000 €.
- B. La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, crea la nueva “sección segunda”, “de la administración desleal” (actual artículo 252CP), desgajando de las modalidades comisivas de la apropiación indebida el verbo típico “distraer” y dejando sin contenido el anterior artículo 295 CP, ubicado entre los “delitos societarios”. Creando, además, el nuevo delito leve de administración desleal.
- C. Como consecuencia de lo anterior, la “apropiación indebida” pasa a ser la nueva “sección segunda bis”, pasando su contenido a los artículos 253 CP y 254 CP. El artículo 254 CP, con una formulación genérica, agrupa los antiguos delitos de apropiación de la cosa perdida, de dueño desconocido o recibida por error.
- D. Respecto de las defraudaciones de fluido eléctrico y análogas, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, crea los delitos leves, como consecuencia de la desaparición de las faltas.

A pesar de que el capítulo se refiere a “las defraudaciones” de modo genérico, quedan fuera conductas que –en la tradición codificadora española– formaron parte del mismo, tales como “el alzamiento de bienes” (que en la actualidad, tras la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, forma parte del capítulo VII, “de la frustración en la ejecución”), el “concurso” y otras “insolvencias punibles”, que, tras la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, forma parte del Capítulo VII BIS del Título XIII, “de las insolvencias punibles”, y “las infracciones contra el derecho de autor y de la propiedad industrial” (que pasan a conformar el capítulo XI del Título XIII, ahora dentro de los delitos socioeconómicos, junto a los delitos relativos al mercado y los consumidores).

II. DE LAS ESTAFAS

Los delitos de estafa, que aparecían junto a “otros engaños” en todos los códigos penales históricos, se incluyen en el Código penal de 1995 como una sección autónoma, dentro del capítulo dedicado a “las defraudaciones”, entre los llamados delitos patrimoniales de enriquecimiento, en los que en paralelo al empobrecimiento en el patrimonio de la víctima provocado por el hecho delictivo se produce un enriquecimiento en el sujeto activo –o en otra persona a él vinculada–; frente a los delitos patrimoniales de daños, en los que sólo se produce un perjuicio patrimonial a la víctima, sin que ni el autor, ni un tercero, vean incrementado su patrimonio.

Dentro de los delitos de enriquecimiento, las estafas se caracterizan por un mecanismo de ejecución fraudulento; es decir, se requieren unas maquinaciones tales que lleguen a provocar en el sujeto pasivo la realización de un acto de disposición patrimonial “voluntario” en perjuicio suyo (acto de disposición que, sin las maquinaciones del sujeto activo, en ningún caso se hubiera realizado). En definitiva, en las estafas se engloban unas modalidades delictivas que giran en torno al engaño (a diferencia de otros delitos de enriquecimiento como el hurto o el robo, cuya dinámica comisiva se centraba en el apoderamiento), lo que exige unas especiales cualidades en la pareja criminal. Esto es, la relación víctima y victimario va a ser determinante en este tipo de delitos. Esta especial relación víctima-victimario es esencial, al menos, en las llamadas estafas propias, pues aún cuando el Código penal de 1995 ha incluido las estafas en una única sección dentro del capítulo dedicado a las defraudaciones, eliminando de la rúbrica la tradicional remisión a los “otros engaños”, incluye en su articulado las llamadas “estafas informáticas” y otras actuaciones realizadas con tarjetas de crédito o débito, en las que no existe la relación subjetiva víctima-victimario característica de la estafa. De igual modo, el artículo 248.2.b) CP, incluye una serie de conductas –calificándolas como estafas– que no pasarían, en el mejor de los casos, de ser constitutivas de modalidades de cooperación o de actos preparatorios de estafa.

Esta sección primera del capítulo VI, del Título XIII del Libro segundo del Código penal se estructura como sigue:

- a. Un tipo básico, con una definición genérica, abierta, en la que se incluye un concepto de estafa que define cada uno de sus elementos (artículo 248.1 CP), procedente de la reforma del CPTR-73, operada por Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código penal; la cual, a su vez, recoge la definición que del mismo diera ANTON ONECA en la década de los cincuenta del pasado siglo XX (en tanto que los Códigos penales españoles de los siglos XIX y XX no ofrecían propiamente un concepto de estafa, sino que incluían un catálogo de conductas constitutivas de estafa, si bien, finalizaban con una cláusula abierta).
- b. El artículo 248.2 CP recoge lo que pueden denominarse “estafas impropias” (ALVAREZ GARCÍA, 2011; “estafas singulares”, para ANARTE

- BORRALLO/DOVAL PAÍS, 2012), en tanto se señala que “también se consideran estafas”: a). La estafa cometida mediante manipulación informática; b) Conductas relacionadas con los medios informáticos aptos para cometer estafas; c) La utilización indebida de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje.
- c. El artículo 249 CP, párrafo primero, recoge las penas previstas para las estafas del artículo 248 CP, con una referencia a la determinación de la pena, que reitera la obligación que impone al Juez o Tribunal el artículo 66.1 del Código penal de modo general para todos los delitos.
 - d. El párrafo segundo del artículo 249 CP recoge un delito leve de estafa cuando la cuantía de lo defraudado es inferior a 400 €.
 - e. El artículo 250.1 CP, recoge hasta ocho tipos agravados de estafa, atendiendo en unos casos a la cuantía del beneficio obtenido o perjuicio causado; en otros casos, a las relaciones entre la víctima y el victimario o la situación en la que queda la víctima; y en otros a la profesionalidad u organización delictiva.
 - f. El artículo 250.2 CP tipifica dos modalidades hiperagravadas de estafa. Una primera cuando concurren de forma acumulada algunas de las circunstancias del apartado primero del artículo 250 CP; y otra segunda, atendiendo exclusivamente al valor de la defraudación.
 - g. El artículo 251 CP, recoge unas modalidades específicas de estafa: a) La disposición fraudulenta de bienes; b) La ocultación de cargas o gravámenes sobre la cosa antes de su definitiva transmisión; y c) El otorgamiento en perjuicio de otro de un contrato simulado.
 - h. El artículo 151bis CP se refiere a las penas previstas para las personas jurídicas.

Como se ha señalado, hablar de estafas supone hablar de conductas de enriquecimiento que provocan un desplazamiento patrimonial mediante la utilización de un mecanismo engañoso.

El engaño que provoca un error en el sujeto pasivo que le hace ejecutar un acto de disposición patrimonial “voluntario” diferencia las estafas de otros delitos patrimoniales de enriquecimiento, como ocurre con los delitos de hurto y de robo (delitos de apoderamiento, en el que existe una sustracción del elemento patrimonial), o con los delitos de administración desleal y apropiación indebida (con una dinámica comisiva defraudatoria que, sin embargo, se ejecutan sobre una relación de confianza preexistente).

En algunos casos, no obstante, la calificación de los hechos no será fácil. Así, por ejemplo, en la relación “engaño-estafa-hurto” que se produce cuando el sujeto pasivo no tiene capacidad para comprender el alcance del engaño, se plantean razonables dudas. Si el sujeto pasivo no es capaz de captar el significado de la conducta engañosa del sujeto activo, difícilmente el engaño va a poder considerarse

“engaño bastante” válido para provocar en él un error de tal magnitud –que, en una relación de causalidad– le motive a realizar el acto de disposición patrimonial, en perjuicio propio o de tercero. Esta situación (sin violencia ni intimidación en las personas, ni fuerza en las cosas) obliga a derivar la calificación del hecho al delito de hurto. Así, por ejemplo, siguiendo doctrina del Tribunal Supremo, que exige un criterio mixto objetivo-subjetivo para el engaño (idoneidad objetiva del engaño y capacidad subjetiva del sujeto pasivo), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 17) de 2 de febrero de 2000, considera delito continuado de hurto la conducta consistente en aparentar una compra-venta de la mitad de un inmueble del que había sido su convivente durante los últimos cinco años (que había sufrido una episodio cerebrovascular que le había producido hemiplejía, desorientación temporoespacial, incapacidad para comprender los efectos sencillos, no futurización de consecuencias de conductas cotidianas con bajo nivel de memoria, siendo la situación irreversible), sin abonarle la cantidad previamente pactada y cargando a la cuenta de éste los gastos de la compra-venta. Afirmando la sentencia citada que *“queda subsistente el hurto si se actúa sobre un incapaz total, y la estafa si la acción recae sobre incapaces parciales”*.

Con la administración desleal y con la apropiación indebida, a pesar tener los límites teóricos nítidamente marcados, en determinados casos también pueden encontrarse zonas de contacto discutibles. Así, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (sección tercera) de 21 de junio de 1999, califica de estafa la conducta del director de sucursal bancaria que irregularmente obtiene fondos de diversos clientes para luego prestárselos a otros, lucrándose con la diferencia entre los intereses mayores cobrados a los segundos y los menores pagados a los primeros. Considera la Audiencia que el depositario es la entidad bancaria y no el director de la sucursal, de modo que no es posible considerar la existencia de una posesión inicial lícita originaria.

Por otra parte, también es posible la utilización de falsedades documentales como medio para el engaño en la estafa. Esta situación puede traer problemas concursales que habrán de resolverse atendiendo a las reglas generales de la parte general del Derecho penal. Así, –GÓNZÁLEZ RUS, 2011; QUINTERO OLIVARES, 2011– podrían plantearse los siguientes casos:

1. Con la falsedad en documento privado (artículo 395 CP) –para que la falsedad sea típica es necesario un “ánimo de perjudicar a otro”– se produciría un concurso aparente de normas penales (GONZÁLEZ RUS, 2011). Si la estafa se ha consumado causando un perjuicio superior a 400 € después de la reforma, de acuerdo con el artículo 8.4 CP será de aplicación el delito de estafa (teniendo en cuenta que la falsedad en documento privado del artículo 395 CP prevé una pena de prisión de seis meses a dos años y el tipo básico de estafa de los artículos 248 CP y 249 CP, prevé una pena de prisión de seis meses a tres años). La duda surge cuando el perjuicio producido es inferior a 400 €, en tanto que en los delitos patrimoniales se prevé un delito leve de estafa (castigado con pena de multa de uno a tres meses), mientras que la falsedad en documento público no

exige la materialización concreta del perjuicio, por lo que sería aplicable en estos casos el delito de falsedad en documento privado por ser más grave que el delito leve de estafa. Igualmente surge la duda clasificatoria entre la estafa que queda en grado de tentativa y la falsedad en documento privado, en tanto que (en este caso en el que no se alcanza el resultado de lesión patrimonial) es más grave la falsedad en documento privado —que no exige el resultado del perjuicio para su consumación—. En estos casos, también se pueden plantear problemas con la “estafa impropia” del artículo 151.3 CP, relativa al contrato simulado.

2. Con la falsedad en documento público, oficial o mercantil, del artículo 392 CP la situación se resolverá como un concurso medial de delitos, teniendo en cuenta que entran en juego dos bienes jurídicos distintos (fe pública y operatividad del tráfico jurídico, el caso del artículo 392 CP, y el patrimonio, en el caso de los artículos 248 y siguientes). En este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (sección primera) de 31 de mayo de 2002.

1. Tipo básico

1.1. Concepto y elementos definitorios

La estafa se define en el artículo 248.1 CP con la siguiente redacción: “Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno”.

El bien jurídico protegido es el patrimonio, entendido como cada uno de los elementos que lo componen (VIVES ANTÓN, 1996; MUÑOZ CONDE, 2015; GONZÁLEZ CUSSAC, 2015; GONZÁLEZ RUS, 2011; BAJO FERNÁNDEZ, 2004; ANARTE BORRALLA/DOVAL PAÍS, 2012). Objeto material puede ser cualquiera de los elementos integrantes del patrimonio, excepto los que tienen un tratamiento específico, como la propiedad industrial o la propiedad intelectual (GONZÁLEZ RUS, 2011).

La estafa se configura como un delito común, en el que el sujeto activo puede ser cualquiera que tenga capacidad para comprender los elementos del delito. Sujeto pasivo será el sujeto engañado, que será el que como consecuencia del engaño caiga en un error que le lleve a realizar un acto de disposición patrimonial en perjuicio propio o de un tercero. Perjudicado podrá ser un tercero. La estafa exige una víctima colaboradora en la dinámica comisiva del delito (GONZALEZ RUS, 2011).

Como en los delitos de apoderamiento, en las estafas el delito también se consuma cuando se alcanza la disponibilidad del elemento patrimonial, para ello es necesario que el acto de disposición patrimonial se realice. Cabe, por tanto la tentativa, tanto acabada como inacabada. Respecto de la tentativa, ésta será acabada cuando el sujeto activo haya culminado el engaño, sin necesidad de que el suje-

to pasivo llegue a realizar el acto de disposición patrimonial, en tanto que éste no corresponde al sujeto activo, sino al sujeto pasivo del delito de estafa (ÁLVAREZ GARCIA, 2011).

De la definición de estafa que ofrece el artículo 248 CP se extraen los elementos esenciales del delito: a) Engaño bastante; b) Error esencial; c) Acto de disposición; d) Relación de causalidad “engaño-error-acto de disposición”; d). Perjuicio propio o de tercero; e) Ánimo de lucro.

1.1.1. Engaño Bastante

Por engaño bastante habrá que incluir cualquier tipo de maquinación (por acción u omisión) capaz de inducir a error a otra persona. El engaño debe ser objetivamente idóneo para inducir ese error (bastante), pero también es necesario un “módulo subjetivo”, en tanto debe ser bastante para inducir a error al sujeto concreto al que va dirigido. Por ello hay que acudir a un criterio mixto. Atendiendo siempre al caso concreto, habrá que determinar si el engaño era suficiente para inducir a error –por un lado– al hombre medio, y además, habrá que acudir a las circunstancias concretas del sujeto pasivo concreto al que va dirigido. Esta doble fórmula debe permitir respetar el principio de intervención mínima del Derecho penal (así, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 15 de marzo de 1999 no consideró engaño bastante la presentación de un talón falso que había sido previamente denunciado como extraviado, realizando la Sentencia un serio reproche a la víctima por una actitud negligente, pues la simple revisión informática del talón hubiese puesto de manifiesto la nulidad del mismo, ya que la falsedad consistía en una burda reproducción de la firma original).

En este sentido, como regla general no será considerado engaño bastante el “engaño” socialmente admitido. En la línea señalada, especialmente en determinados ámbitos publicitarios y comerciales existen una serie de distorsiones de la realidad “socialmente admitidas”, como por ejemplo la exageración de determinadas virtudes de un producto o el silencio en contratos civiles de determinados vicios que son evidentes a simple vista. En estos casos, el engaño, atendiendo al módulo objetivo, no podrán ser considerado “engaño bastante”. Por otra parte, con el mismo criterio, lo que sería engaño para un público general, podrá no serlo para un determinado profesional, de forma que –en atención al módulo subjetivo– no será considerado bastante.

La fórmula utilizada por el legislador desde la reforma penal de 1983, admite cualquier conducta falaz, mendaz (activa u omisiva) capaz de provocar el error en otra persona que le lleve a realizar un acto de disposición patrimonial en perjuicio suyo o de un tercero. En concreto, tradicionalmente la Jurisprudencia recoge timos característicos en los que puede materializarse el engaño, por ejemplo:

- a) Timo del nazareno, en esta modalidad de estafa el timador (“nazareno”) se gana la confianza de los perjudicados haciendo pequeños pedidos

que paga rápidamente, generando confianza al utilizar como fachada una empresa de apariencia solvente. Una vez generada la confianza en la víctima, el nazareno realiza un pedido o compra de mucho más valor, que no paga o paga con letras de cambio o pagarés, que posteriormente resultarán impagados. Cuando ha recibido el producto, el timador revende la mercancía y se apropia del precio recibido. (Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2013, de 8 de abril de 2014 o de 14 de abril de 2014).

- b) *Timo de la “estampita” o del “tocomocho”*: “*que los hechos que se dan por probados, son constitutivos de una estafa mediante la utilización del conocido timo de la “estampita”, con la acreditación del elemento relativo a la realización de los actos con engaño bastante para producir error en la víctima (que en la fecha de los hechos contaba con la edad de 74 años), a quien se le hace creer por parte del acusado, apoyado por otra persona no identificada, estar en posesión de unos cupones de la ONCE premiados con varios millones de pesetas, lo que dando lugar al segundo de los requisitos sobre el engaño bastante ello lleva al denunciante acompañado del acusado, a ir a la entidad bancaria de donde es titular de una cuenta, obteniendo la cantidad de 3.000 €, y a realizar la entrega de esta cantidad de dinero al acusado, quien a cambio le hace entrega de una caja diciendo contener dinero, cuando en realidad lo que hay en su interior son varios papeles carentes de todo valor económico. Concurriendo por último, también, el ánimo de lucro y el perjuicio de tercero, en que la víctima sufrió un quebranto económico de 3.000 €*” (Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (sección primera) de 19 de febrero de 2007).
- c) *Timo de los billetes tintados*: “*Del examen de la sentencia y de la causa se colige que el procedimiento utilizado por el acusado y los colaboradores que le precedieron en la preparación del engaño se centró en aparentar la utilización de un procedimiento químico para obtener billetes de 50 euros a partir de los auténticos, consiguiendo engañar al acusado mediante el cambio de los billetes aprovechándose de la distracción de la víctima; de forma que, sin que este pudiera apercebirse con facilidad, sustituían o cambiaban habilidosamente el paquete de los billetes auténticos por otro con recortes de papel, haciéndole creer que el producto químico convertiría en su momento los papeles en blanco en los billetes auténticos con los que, aparentemente, se hallaban entremezclados*” (Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2013).
- d) *Timo del instalador*: “*Finalmente y con relación al engaño entendemos que el mismo en el caso presente es más que bastante e idóneo pues además de presentarse con diversos documentos así como ejemplares de contratos e información de las empresas y realizar presupuestos, y entregar fotocopias de su DNI e incluso en una ocasión firmar un recibo al día siguiente de recibir dinero. como anticipo, se dirige por regla general a personas mayores o amas de casa sin conocimientos en el sector, por lo que son más susceptibles de poder ser engañadas; en último lugar poner de manifiesto que estas conductas se realizan en un plazo muy breve de tiempo ... lo que redundo y facilita el fin de la obtención de los anticipos de dine-*

ro antes de que se pudiera descubrir la maquinación urdida” (Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz –sección primera– de 27 de febrero de 2006).

- e) E-mail o mensaje telefónico solicitando número de cuenta por un desconocido: *“No resulta en modo alguno creíble que una persona de conocimientos medios, como los que evidencia tener el acusado y manejar con asiduidad y soltura las comunicaciones a través de ordenador, mandando y recibiendo comunicación a través de Internet, no tenga la convicción de cooperar con una actividad ilícita cuando de una entidad a la que no conoce, cuyo contacto consiste únicamente en recibir de ella un correo electrónico, acepta la proposición de poner en conocimiento de dicha entidad el número de su cuenta corriente bancaria para que dicha entidad le ingrese cantidades de dinero, como efectivamente lo es el ingreso efectuado, constando que los ingresos fueron realizados aparentemente por una persona con la que el acusado no había mantenido contacto alguno, asumiendo el acusado la función de remitir a su vez tal cantidad a otra persona, para él también absolutamente desconocida, a un país extranjero, acordando el acusado la percepción, por tan sencilla actividad, de la cantidad de 204 euros, siendo conocido por notoriedad que tal cantidad de dinero no es habitual que se pague por realizar actividades tan sencillas y poco trabajosas cuando son lícitas y realizables por cualquier persona, más cuando lo normal es pensar que porque dicha transferencia no se hizo directamente por la entidad que le hizo a él la proposición de llevar a cabo la transmisión del dinero a través de su cuenta”* (Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (sección tercera) de 9 de diciembre de 2011).
- f) Páginas web gratuitas que suponen una desconexión y conexión automática por otra línea: *“a través de un correo electrónico remitido por persona desconocida, enlazó con una página web réplica de la página auténtica del Banco de Santander donde mantenía una cuenta bancaria, y a través de dicha argucia informática, accedieron a sus claves y contraseñas on line, realizando dos transferencias sin su conocimiento y consentimiento”* (Sentencia de la Audiencia provincial de Málaga –sección octava– de 16 de enero de 2013).
- g) Falsos premios por vía telefónica que remiten a una llamada a un teléfono de tarificación adicional: *“Los llamados teléfonos de tarificación adicional, cuyo coste es muy superior al de una llamada ordinaria a un abonado de la red, se caracterizan porque el beneficio obtenido de las llamadas se reparte entre la operadora de telefonía y la empresa que es llamada, constituyendo una fuente permanente de abusos a los derechos de los consumidores, en los que una parte relevante de la responsabilidad recae en las propias operadoras telefónicas. La falta de control de la picaresca para provocar reiteraciones de llamadas, en los números que se tarifican con un sobrecoste por el establecimiento de la comunicación, y la utilizada para eternizar la llamada, en los que se tarifican por su duración, es manifiestamente notoria, y el daño causado a las economías familiares, incalculable. Pero el caso enjuiciado constituye un supuesto que desborda el abuso de los derechos del consumidor para incardinarse manifiestamente en la estafa. La*

natural esperanza de quienes han participado en un concurso público, y creen haber ganado un premio económico relevante para su economía, es utilizada en su perjuicio desviando las llamadas primero a un número ajeno al oficial del concurso, y después a otro de carácter erótico, de coste muy superior y cuya ganancia se incrementa por minutos, para retener a los perjudicados con sucesivas argucias, convenciéndoles de que desistir de la llamada, o no reiterarla cuando se corte, significa perder el premio ya obtenido. Concurrén, en consecuencia, los elementos típicos integradores de un delito de estafa: 1º) el engaño que ha generado un riesgo (jurídicamente desaprobado) para la producción del error; 2º) el error que efectivamente se produce, por lo que el riesgo patrimonial generado se concreta en la realización de un acto de disposición; y, 3º) es este acto de disposición el que provoca el perjuicio patrimonial para la víctima y el beneficio ilícito para los acusados concertados en la maniobra fraudulenta” (Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2013).

En cualquier caso, éstos no son más que ejemplos de posibles modalidades de engaño, que desde una perspectiva criminológica, suelen ser más habituales. No obstante, el “engaño” típico puede materializarse de cualquier modo: a través de la falsa promesa de matrimonio, de una oferta falsa de trabajo, de la falsa oferta de legalización de la situación de un inmigrante ilegal, etc.

En el engaño bastante de la estafa deben confluír, por tanto, las condiciones objetivas del caso concreto y las subjetivas de la víctima. Al respecto, puede ocurrir que, dándose las circunstancias objetivas para enervar el delito de estafa, el sujeto pasivo capte la situación de engaño. En el caso que el sujeto capta la situación de engaño y a pesar de ello decide realizar el acto de disposición patrimonial demandado por el sujeto pasivo (casos, por ejemplo de falsa mendicidad, o peticiones alegando la ayuda a un presunto enfermo inexistente) no podrá considerarse sujeto pasivo del delito de estafa, pues –aún existiendo– el engaño concurrente no provoca ningún error en el sujeto pasivo que le lleve a realizar un acto de disposición patrimonial en su perjuicio o en el de un tercero (en este sentido GONZÁLEZ RUS, 2011; SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAILLO, 2015; MATA Y MARTÍN, 2011; PÉREZ MANZANO, 1998; BAJO FERNÁNDEZ, 2004). El acto de disposición patrimonial necesariamente tiene que ser consecuencia del error inducido por el engaño, de otra forma no es estafa.

Por otro lado, se parte de que para considerar el delito de estafa es necesario partir de una capacidad cognitiva del sujeto pasivo, de modo que la misma conducta mendaz realizada sobre el incapaz sería constitutivo de hurto. Así, el engaño tan burdo que el hombre medio sin realizar ninguna especial diligencia lo hubiera captado, no debe ser considerado idóneo (bastante) para constituir el delito de estafa. El engaño burdo deberá ser calificado como una tentativa inidónea (ÁLVAREZ GARCÍA, 2011; Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2000). Ahora bien, siempre habrá que determinar la concurrencia del engaño bastante atendiendo las circunstancias objetivas y subjetivas del caso concreto. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (sección sexta), de 12 de septiembre de 2013, dispone lo siguiente: “de modo que aquellos comportamientos que

se aprovechan la facilidad de convencimiento de ciertas víctimas (como ocurre en el presente caso, denominado del billete de lotería premiado o “tocomocho”) generan un engaño que ha de entenderse bastante cuando haya producido sus efectos defraudadores, o dicho de otra manera, es difícilmente asumible la consideración de que el engaño no sea bastante cuando se ha consumado la estafa o, como ocurrió en el supuesto analizado, cuando se ha llegado al grado de consumación denominado tentativa acabada. En definitiva, el engaño no fue tan burdo o grosero como pretenden hacer creer las apelantes, pues para ello sería preciso que no fuera idóneo para inducir a error a personas con una mínima inteligencia o cuidado. Y decimos esto porque interpretar este requisito de la suficiencia del engaño con un carácter estricto o restrictivo supondría tanto como trasvasar al sujeto pasivo el dolo o intencionalidad defraudatoria del sujeto activo de la acción, que quedaría exonerado de responsabilidad por el simple hecho de que su víctima hubiera podido tener un descuido en su manera de proceder”.

En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2009 disponía lo siguiente: *“el engaño ha de entenderse bastante cuando haya producido sus efectos defraudadores, logrando el engañador, mediante el engaño, engrosar su patrimonio de manera ilícita, o lo que es lo mismo, es difícil considerar que el engaño no es bastante cuando se ha consumado la estafa. Como excepción a esa regla sólo cabría exonerar de responsabilidad al sujeto activo de la acción cuando el engaño sea tan burdo, grosero o esperpéntico que no puede inducir a error a nadie de una mínima inteligencia o cuidado. Y decimos esto porque interpretar ese requisito de la suficiencia con un carácter estricto, es tanto como trasvasar el dolo o intencionalidad del sujeto activo de la acción, al sujeto pasivo, exonerando a aquel de responsabilidad por el simple hecho, ajeno normalmente a su voluntad delictual, de que un tercero, la víctima, haya tenido un descuido en su manera de proceder o en el cumplimiento de sus obligaciones”.*

El engaño relevante a efectos del delito de estafa es el engaño preexistente o coetáneo al error que lleva al sujeto a realizar el acto de disposición patrimonial, siempre que sea idóneo –bastante– para iniciar todo el iter del delito. Ahora bien, cuando el ánimo defraudatorio surge después de que el sujeto haya realizado el acto de disposición patrimonial, no es posible afirmar el delito de estafa. El caso del engaño subsiguiente deberá resolverse como un incumplimiento contractual de Derecho civil. Lo cual vincula la estafa a los contratos civiles criminalizados, en tanto que no será fácil distinguir en qué casos el dolo defraudatorio surgió, antes, durante, o después el acto de disposición patrimonial. Al respecto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 20 de diciembre de 2002, para determinar cuando surge la idea de lucro del sujeto que no realiza la contraprestación pactada dice expresamente lo siguiente: *“Claro es que carece el Tribunal de facultades paranormales que le permitan adentrarse en el fuero interno del acusado y conocer sus íntimos pensamientos, pero también lo es que su intención puede inferirse de su comportamiento”.* Así, las relaciones entre el delito de estafa y los llamados “negocios civiles criminalizados”, surgen en aquellos casos en los que se parte de una situación contractual de la que deriva la obligación de realizar unas prestaciones recíprocas entre las partes contratantes (depende del momento en el que surge la decisión de no ejecutar la contraprestación en el negocio civil). Así. La Sentencia del Tribunal

Supremo de 6 de marzo de 2000, en el caso de un contrato de arrendamiento en el que un sujeto aparenta una solvencia inexistente (ocultando su situación de paro y precariedad económica y librando un talón sin fondos) lo que hace que el arrendador arriende la vivienda, sin que luego éste abone las mensualidades; en este caso el negocio civil es un negocio vacío de contenido, es simplemente la escenificación del engaño para producir error en el arrendador que le haga realizar el acto de disposición patrimonial.

En el ámbito del engaño, también habrá que diferenciar entre el dolo de estafa y el dolo civil (artículo 1269 CC). El dolo de estafa exige el conocimiento y la voluntad de crear en el sujeto el error para, con el ánimo de lucro, provocar un acto de disposición patrimonial en perjuicio de otro. El dolo civil no exige ni el ánimo de lucro ni el engaño penal (artículo 1269 CC: *“hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho”*). En la práctica la diferencia va a venir determinada por la gravedad del engaño. Cuando el engaño no es bastante los perjuicios ocasionados por el engaño se relegan al campo civil.

La doctrina es reacia a admitir el engaño bastante por omisión, sin una previa actuación positiva seguida de un silencio que formaría parte de la propia dinámica comisiva (BAJO FERNÁNDEZ, 2004, VIVES ANTÓN, 1996; ANARTE BORRALLO/DOVAL PAIS, 2012). Sin embargo, la jurisprudencia no es tan determinante al respecto. En sentido contrario, respecto de la admisión del engaño bastante por omisión y la consecuente admisión de la comisión por omisión en el delito de estafa, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2010 se ha pronunciado en profundidad. De ella se expone una síntesis:

“...en efecto, como destaca la doctrina más autorizada, tratándose la estafa, de un delito que exige como requisito un acto de disposición, no podrá cometerse dicho delito por omisión simple u omisión propiamente dicha, omisión que se caracteriza precisamente en cuanto al resultado, por consistir éste en el “mantenimiento de su estado”. Asimismo, la norma violada en el delito de estafa es de índole prohibitiva, mientras que el hecho de ser la norma de índole preceptiva constituye una de las características propias de la omisión en sentido estricto.

Por tanto, la forma omisiva en el delito de estafa no podrá ser otra que la comisión por omisión, a tenor de lo dispuesto por el art. 11 CP, siempre que concurren los requisitos siguientes: 1) Que la infracción penal consista en la producción de un resultado, lo que es evidente en el delito de estafa. 2) Que la no evitación del resultado por parte del sujeto activo equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. Es decir, que la pasividad u omisión por parte del agente, en la estafa, sea la causa del principio derivado del acto de disposición. 3) Que la no evitación del resultado vaya acompañada a la infracción de un especial deber jurídico del autor...

En definitiva, la exigencia legal, a efectos de equiparación de la omisión a la acción, la exigencia legal a la existencia de una obligación legal o contractual de actuar, si bien no queda reducida a la existencia de una concreta y bien definida obligación o contrato, tampoco puede extenderse a cualquier obligación o consecuencia contractual de simple naturaleza ética o moral, a no ser que esta

obligación adquiere la condición de precepto jurídico sobre la base de los principios generales informadores del Derecho recogidos en nuestro ordenamiento.

En cuanto a la creación por parte del omitente de una situación de riesgo para el bien jurídico protegido, situación de riesgo que puede tener su origen tanto en un acto positivo o acción como en una omisión, es claro que, siendo atribuible al agente el peligro jurídicamente desaprobado, si dicho agente adopta luego una conducta omisiva permitiendo de este modo la producción del resultado lesivo, será responsable del delito de estafa por comisión por omisión.

En definitiva, desde el punto de vista de la estructura dogmática del delito de comisión por omisión se precisa que el perjuicio pueda ser considerado como el resultado de una omisión “engañosa” como, por ejemplo la de abstenerse de poner en conocimiento del sujeto pasivo determinados hechos, siempre que el sujeto activo, ya sea como consecuencia de una específica obligación legal o contractual o por ser responsable de la creación de la situación de riesgo, ostente la posición de garante (SS 9.5.2002, 27.2.2004...)

Bien entendido además, que conforme señala la doctrina, conviene tener en cuenta que en no pocas ocasiones, la conducta omisiva aparece “insertada” en una actividad más compleja. Así sucede, por ejemplo cuando el sujeto, presentando una relación de bienes aparenta una solvencia suficiente para afrontar una compra y realizar su pago diferido (conducta activa) ocultando asimismo la realidad de las importantes deudas que gravan su patrimonio (conducta omisiva). En tales supuestos toda la actividad constituye en realidad, una maquinación que en su conjunto, debe reputarse como un comportamiento activo.

Así en STS. 954/2010 de 3.11 hemos destacado que la distinción entre comisión activa y comisión por omisión puede plantear diversos problemas, partiendo de que las consecuencias de tal diferenciación en materia de responsabilidad no son siempre evidentes por cuanto si se llega a la conclusión de que, en lugar de una comisión activa, se trata de una omisión constitutiva de comisión por omisión, no habría diferencias de responsabilidad relevantes. Sin embargo, aún reconociendo lo anterior, es obvio que la distinción conlleva importantes repercusiones dogmáticas: así, a diferencia de la comisión activa, la comisión por omisión requiere la preexistencia de una situación de compromiso de protección para la conformación del comportamiento típicamente relevante; el juicio de imputación objetiva se configura de modo distinto en uno u otro caso.

... En realidad, en la mayoría de los casos pueden detectarse las bases tanto de una comisión como de una omisión. Por ello, en estos casos, más que decidir si estamos ante una u otra forma de realización típica, se tratará de decidir cual de ellas prevalece.

Pues bien, para determinar la prevalencia de la comisión o de la omisión eventualmente concurrente deben tenerse en cuenta, además de la existencia de causalidad, los restantes aspectos de la imputación objetiva, subjetiva y personal del hecho antijurídico.

Así cuando en la conducta se aprecian tantos elementos activos como omisivos, si la acción ha precedido a la omisión, ésta prevalecerá sobre aquella cuando el comportamiento activo no haya sido típico porque, al tiempo de ejecutarlo, no concurren dolo ni imprudencia. Si, por el contrario, la acción que precede a la omisión se ejercitó ya con dolo o imprudencia, entonces prevalecerá el comportamiento

(activo o pasivo) más grave, siendo desplazado el de menor entidad; concurriendo ambos –como unidad natural de comportamiento– cuando sean igualmente graves, en el supuesto de que la acción y la omisión obedezcan a títulos de imputación distintos y que los bienes jurídicos lesionados por aquellas sean distintos también, entrará en juego un concurso.

Si la omisión ha precedido a la acción y se manifiesta como ausencia de medidas de seguridad, entonces como aquélla, como tal omisión, es atípica en el sentido de un delito de resultado, el único comportamiento jurídico penalmente relevante de resultado será el activo causante de la lesión típica”.

1.1.2. Error

El error consiste en una representación mental que no se corresponde con la realidad. Si el engaño podía objetivizarse, el error es un elemento del delito de estafa completamente subjetivo. Si no existe la falsa representación de la realidad en la mente del sujeto engañado no es posible hablar de estafa. Por ello no todas las disposiciones patrimoniales en perjuicio de un sujeto son constitutivas de estafa, sino sólo las procedentes del engaño bastante que han provocado el error en sujeto pasivo de la acción típica.

1.1.3. Acto de disposición patrimonial

Se trata de una acción por la que el sujeto traslada un elemento de su patrimonio o de un tercero al del estafador. El sujeto engañado es el que necesariamente tiene que realizar el acto de disposición patrimonial. Aunque el elemento patrimonial dispuesto puede ser suyo o de un tercero

Si el sujeto no tiene conciencia de lo que significa un acto de disposición patrimonial, el hecho no podrá ser calificado como estafa, sino como hurto. El acto de disposición tiene que ser consecuencia del error provocado por el engaño bastante, pero el sujeto también tiene que saber en qué consiste un acto de disposición de un elemento patrimonial.

1.1.4. Relación de causalidad “Engaño, error, acto de disposición”

La relación de causalidad entre el engaño, el error y el acto de disposición aparece expresamente como un elemento definitorio de la estafa. El acto de disposición patrimonial (o el riesgo existente de realizar el acto de disposición patrimonial en caso de tentativa) debe ser la materialización del riesgo creado con el engaño que provoca el error en el sujeto pasivo, atendiendo a criterios de imputación objetiva.

Sin esta relación de causalidad, aún cuando el engaño fuera de consistencia tal que objetivamente hubiera debido considerarse bastante, no hay estafa. Así, por ejemplo, respecto de la situación planteada en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila de 22 de octubre de 1999, ante unos hechos consistentes en que una mujer se lleva el coche del taller en el que ha sido reparado sin abonar

el importe de la reparación; pide entrar en el taller para llamar por teléfono, sale coge el coche y se marcha. Caben dos interpretaciones: 1. (interpretación del Tribunal de instancia) pide entrar en el taller para llamar por teléfono con el objetivo de coger las llaves del coche y el presupuesto y llevarse el coche sin pagar la reparación: se afirma la relación de causalidad engaño-error-acto de disposición: estafa; 2, (interpretación de la Audiencia), el mecánico le da las llaves del coche para probarlo y no vuelve a pagar; no hay relación de causalidad entre el supuesto engaño y el acto de disposición en perjuicio del mecánico: incumplimiento de una relación contractual civil— no estafa). La propia Sentencia dispone lo siguiente: “*Interpretación esta tan dudosa como la de la sentencia recurrida, pero que hace que la sala resuelva a favor del reo (in dubio pro reo)*”. Al respecto, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1999 afirma esta relación de causalidad en la venta de unos automóviles ocultándole a los compradores la reserva de dominio a favor de la financiera; mientras que la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1998, niega el delito de estafa en un caso en el que el acusado pide al tercero que avale un crédito manifestando que es titular de una herencia, vendiendo posteriormente los bienes de la herencia que le fueron adjudicados sin hacer frente a las deudas derivadas del crédito obtenido.

1.1.5. Perjuicio propio o de tercero

El acto de disposición debe suponer una disminución patrimonial del sujeto pasivo o de un tercero. Esto nos obliga a distinguir entre sujeto pasivo de la acción típica (el engañado) y sujeto pasivo del delito (titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro: titular del elemento patrimonial lesionado o puesto en peligro; es posible estafar al poseedor de un bien cuya titularidad es de un tercero). Perjudicado, incluso puede ser otro.

La duda surge si hay que atender al valor global del patrimonio del sujeto o del elemento patrimonial individual afectado. De un lado, el tipo parece proyectarse sobre el valor global del patrimonio del sujeto al exigir un perjuicio patrimonial propio o de tercero (así parece pronunciarse MATA Y MARTÍN, 2011; GONZÁLEZ RUS, 2011). Por otra, al exigir un valor efectivo de lo defraudado superior a los 400 € en el tipo básico, parece estar refiriéndose al elemento patrimonial individual afectado por la conducta delictiva. Ésta última parece la opción acertada, ya que, de lo contrario, el acto de disposición patrimonial que se realice movido por un engaño que provoca un error en la víctima y que no supone una merma del valor patrimonial global del sujeto no sería constitutivo de estafa, aún cuando ha afectado a un valor patrimonial individual valorable económicamente en cuantía superior a los 400 € y ha producido un beneficio en igual cuantía en el sujeto activo. En cualquier caso, queda fuera del tipo la pérdida de simples expectativas de ganancias patrimoniales (QUINTERO OLIVARES, 2011; ANARTE BORRALLO/PAIS DOVALS, 2012).

El valor de lo defraudado en el tipo básico siguen siendo los 400 €. Una cuantía defraudada inferior dará lugar al delito leve de estafa del artículo 249 párrafo

segundo. Debe advertirse que el legislador no se refiere al perjuicio total causado, sino al valor de lo defraudado. En todo caso, cuando el valor de lo defraudado es inferior a 400 €, pero el potencial del artificio defraudatorio habría de conducir necesariamente al un perjuicio por encima de esa cantidad, aunque finalmente no la supere, deberá ser castigado como un delito de estafa del tipo básico en grado de tentativa en concurso ideal con un delito leve de estafa del artículo 248.2 CP) (en este sentido, ANARTE BORRALLO, PAIS DOVAL, 2012).

1.1.6. Ánimo de lucro

El tipo exige un ánimo de enriquecimiento injusto con la entrega del elemento patrimonial. Ese especial ánimo, en el mismo sentido de otros delitos patrimoniales de enriquecimiento, se conforma como un elemento subjetivo del tipo distinto al dolo, lo cual impide la comisión imprudente.

2. Estafas impropias

El artículo 248.2 CP recoge lo que pueden denominarse “estafas impropias” (ALVAREZ GARCÍA, 2011), en tanto se señala que “también se consideran estafas” una serie de conductas fraudulentas que si bien tienen en común con la estafa afectar de forma fraudulenta al patrimonio ajeno, se diferencia de ésta en la dinámica comisiva, en tanto que pierden lo más característico de la estafa que es su aspecto criminológico, que la convierte en un delito de encuentro en el que es imprescindible la participación de una víctima colaboradora. En estas estafas impropias no se produce un encuentro entre sujetos activo y pasivo ni se requiere, por tanto, una víctima colaboradora. En estas estafas impropias se incluyen: a) La estafa cometida mediante manipulación informática; b) Conductas relacionadas con los medios informáticos aptos para cometer estafas, que conformarían más bien actos preparatorios de las estafas cometidas mediante manipulación informática; c) La utilización fraudulenta de tarjetas de crédito o débito o de cheques de viaje.

2.1. Estafas por procedimientos informáticos

El artículo 248.2.a) CP: dispone que también se consideran reos de estafa: “los que con ánimo de lucro y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante, consigan una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro”.

El tipo fue introducido de nuevo cuño por el Código penal de 1995. Con esta “sui generis” modalidad de estafa se vino a colmar una laguna de punibilidad y a hacer frente a determinados ataques contra el patrimonio que, en puridad, no cumplen con todos los elementos de la estafa. En particular, falta el elemento esencial del delito de estafa: el “engaño a otra persona”. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1991, antes de la entrada en vigor del Código penal de 1995, negó la calificación de estafa al supuesto en el que “Un apoderado de

una entidad financiera que mediante alteraciones contables a través del ordenador, consigue la transferencia y ulterior apropiación de determinadas sumas de dinero de los clientes de la entidad” por considerar que no existió el engaño a otra persona exigido en el delito de estafa, en tanto que, en realidad, se actuaba sobre una máquina.

El delito consiste en la introducción de órdenes falsas o ejecutar alteraciones en los programas que gestionan automáticamente transferencias bancarias, ingresos o reconocimiento de créditos a favor de quien realiza la manipulación (eficaz en los fraudes realizados mediante la banca electrónica y otros mecanismos de comercio electrónico).

Con este precepto se trata de criminalizar conductas lesivas para el patrimonio ajeno que aún manteniendo una esencia fraudulenta, quedan al margen de la dinámica comitiva de la estafa propia.

La formulación es análoga a la estafa: cualquier modalidad comitiva (“alguna manipulación informática o artificio semejante”) con un resultado lesivo a un activo patrimonial ajeno en perjuicio de tercero. Al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2006 señalaba lo siguiente: *“Como en la estafa debe existir un ánimo de lucro; debe existir la manipulación informática o artificio semejante que es la modalidad comisiva mediante la que torticeramente se hace que la máquina actúe; y también un acto de disposición económica en perjuicio de tercero que se concreta en una transferencia no consentida. Subsiste la defraudación y el engaño, propio de la relación personal, es sustituido como medio comisivo defraudatorio por la manipulación informática o artificio semejante en el que lo relevante es que la máquina, informática o mecánica, actúe a impulsos de una actuación ilegítima que bien puede consistir en la alteración de los elementos físicos, de aquellos que permite su programación, o por la introducción de datos falsos. Cuando la conducta que desapodera a otro de forma no consentida de su patrimonio se realiza mediante manipulaciones del sistema informático, bien del equipo, bien del programa, se incurre en la tipicidad del art. 248.2 del Código Penal. También cuando se emplea un artificio semejante. Una de las acepciones del término artificio hace que éste signifique artimaña, doblez, enredo o truco”.*

Estas conductas no podían ser consideradas hurtos, por no suponer una sustracción propiamente dicha, no se trata de moneda escritural ni de cambio, realmente es una transferencia virtual de una cuenta a otra (GONZÁLEZ RUS, 2011). Tampoco podían considerarse estafas por no existir engaño a otro. Si se ha dicho que la estafa es una de las modalidades delictivas en las que la relación víctima-victimario es más peculiar, en esta modalidad no existe esta relación, ni hay engaño, ni se crea en otro una falsa representación de la realidad.

Se trata de una transferencia de un activo patrimonial en sentido contable. En eso se asemeja a la estafa, si bien, “virtual”. No obstante, esta “virtualidad” rompe con el propio concepto de estafa al no existir la relación de causalidad engaño-error-acto de disposición.

En realidad en estos casos no existe una auténtica estafa pues no se engaña a una persona para que realice un acto de disposición patrimonial aunque sí existe

un cierto fraude para lograr un enriquecimiento a costa de otro. Constituiría este delito, por ejemplo, la conducta del hacker que se introduce mediante su ordenador en el de un banco y ordena una transferencia a su cuenta o consigue modificar el programa de dicho banco para que se transfieran los decimales de todas las operaciones que se realicen en él a una determinada cuenta a su nombre.

La utilización fraudulenta de la tarjeta de crédito, no obstante, en principio no da lugar a esta modalidad delictiva, en tanto que se ha incorporado como modalidad específica de estafa impropia en el artículo 248.2c) CP, por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

2.2. Conductas relacionadas con los medios informáticos aptos para cometer estafas

La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, incluyó el actual artículo 248.2b) CP, que, con tras la reforma operada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, aparece con la siguiente redacción: También se considerarán reos de estafa *“los que fabricaren, introdujeren, poseyeren o facilitaren programas informáticos específicamente destinados a la comisión de las estafas previstas en este artículo”*.

El legislador, en el afán expansionista de criminalizarlo todo, equipara a la estafa una descripción típica abierta y amplísima, que a diferencia de la estafa propia y la estafa informática, no requiere resultado patrimonial alguno.

En este tipo se castigan conductas relacionadas con programas informáticos concebidos con finalidades exclusivamente defraudatorias (GONZÁLEZ RUS, 2011) elevándose a la categoría de delito autónomo unos simples actos preparatorios de estafas, dirigidos a realizar alguno de los tipos de estafa propia, informática o relativos a las tarjetas de crédito o débito o cheques de viajes, en tanto que se refiere a las *“estafas previstas en este artículo”* 248 CP. Se anticipa el momento de la intervención penal por la preocupación que muestra el legislador en relación con las conductas llevadas a cabo con programas informáticos ya que son un instrumento de gran potencial lesivo tanto por el número de personas que pueden verse afectadas como por el volumen que puede alcanzar la defraudación.

En cuanto a las conductas descritas, abarcan un abanico muy amplio que iría desde simples actos preparatorios de la estafa común del artículo 248.1 CP o de la estafa informática del artículo 248.2.a) CP a conductas de participación (cooperación necesaria o complicidad, dependiendo del grado de participación) en la estafa informática o común de otros; donde también se incluye la incriminación de meras sospechas de futuras estafas (es muy peligroso especialmente el castigo de la simple posesión de este tipo de programas que fueron especialmente diseñados para realizar estafas), o de programas informáticos tendentes a facilitar las conductas fraudulentas llevadas a cabo con tarjetas de crédito del artículo 248.2c) CP. De los trámites parlamentarios del proyecto de Ley que dio lugar a la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, no se extrae ninguna aclaración al no existir enmiendas al respecto.

Por ejemplo, será constitutivo de esta modalidad de estafa impropia la fabricación o posesión de un programa que sirve para la generación aleatoria de números válidos de tarjetas de crédito.

La conducta típica se concreta en la fabricación, introducción, posesión o facilitación de estos programas informáticos destinados específicamente a la comisión de estas estafas. El legislador de 2015 no ha cambiado la fórmula “programas informáticos destinados específicamente a la comisión de estas estafas”, por “programas informáticos concebidos o adaptados principalmente para la comisión de estas estafas”, tal y como ha hecho, por ejemplo, en la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, respecto de los programas informáticos utilizados para causar los daños en los sistemas informáticos en el artículo 264ter.a). En todo caso, la aptitud para producir el perjuicio típico debe residir en el propio programa informático, no en la pericia del sujeto que lo utiliza (QUINTERO OLIVARES, 2011).

2.3. La utilización fraudulenta de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, introdujo en el artículo 248.2.c) CP, por el que también se consideran reos de estafa: *“los que utilizando tarjetas de crédito o débito, o datos obrantes en cualquiera de ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero”*.

Se “consideraba estafa” de este modo, por disposición legal toda utilización fraudulenta de tarjetas ajenas o de los datos obrantes en ellas. Así se recogía en el preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio: *“Entre las estafas descritas en el artículo 248 del Código Penal, cuyo catálogo en su momento ya se había acrecentado con los fraudes informáticos, ha sido preciso incorporar la cada vez más extendida modalidad consistente en defraudar utilizando las tarjetas ajenas o los datos obrantes en ellas, realizando con ello operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero”*.

Hasta la entrada en vigor de este nuevo artículo 248.2.c) CP, estos atentados al patrimonio ajeno no quedaban impunes. Al respecto se solían distinguir varias hipótesis que en la actualidad deben ser consideradas estafas al establecer este precepto “la utilización de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje” directamente, o “los datos obrantes en cualquiera de ellos” (en operaciones por internet, por ejemplo), realizando “operaciones de cualquier clase”, en perjuicio de su titular o de un tercero. Así la Jurisprudencia había realizado el siguiente esquema:

1. Utilización de tarjeta de crédito sustraída o extraviada en cajero: La Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1999 consideraba el hecho robo con fuerza en las cosas en su modalidad de llaves falsas, equiparando el uso de la tarjeta magnética como llave falsa del artículo 239 CP): *“Con relación al nuevo 248.2... hay que entender que dicho fraude informático no contempla la sustracción de dinero a través de la utilización no autorizada de tarjetas magnéticas sobre los denominados <<cajeros automáticos>>, porque la dinámica comitativa no aparece alejada de la clásica de apoderamiento, aunque presenta la peculiaridad de la exigencia del uso de la tarjeta magnética*

para poder acceder al material del delito. Constituye así este supuesto una mera sustracción de dinero mediante la utilización por un tercero del específico medio de acceso del propietario del mismo, pero no alcanza a la conducta igualmente delictiva de transferencia de activos patrimoniales mediante la manipulación informática. No supone por ello el uso de la tarjeta por el no titular la <<manipulación informática>> o artificio semejante que requiere el precepto, al no concurrir en supuestos de utilización de tarjeta legítima, encontrada o sustraída a sus titulares”. No obstante, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1999, consideraba delito de estafa la utilización en un cajero de la tarjeta magnética sustraída a su titular.

2. Utilización de tarjeta de crédito sustraída o extraviada en establecimiento, sin cooperación por parte del empleado del establecimiento: Estafa y falsedad en documento mercantil. Ahora bien, la casuística jurisprudencial diferenciaba si el empleado del establecimiento, víctima del engaño, empleó o no la suficiente diligencia debida. Si la empleó no hay problema en afirmar la estafa. Si el empleado fue poco diligente en la labor de comprobar la identidad del sujeto que presenta la tarjeta y el cotejo de la firma, la jurisprudencia en algunos casos consideraba que el engaño era tan burdo que no permitía la consideración de “bastante” para constituir el tipo de estafa, mientras que en otros casos a pesar de ello, calificó el hecho de estafa y falsedad en documento mercantil (como por ejemplo hacen las Sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 30 de enero de 2002 y de 7 de septiembre de 2001 o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria –sección primera– de 29 de julio de 2013).
3. Utilización de tarjeta de crédito sustraída o extraviada en un establecimiento, con cooperación por parte del empleado del establecimiento. Calificar este caso como estafa era más complejo, pues no existía un sujeto pasivo al que el engaño provocase un error. Aquí el dependiente del establecimiento es un cooperador necesario del sujeto que usa ilegítimamente la tarjeta de crédito (o incluso un coautor). La solución debía estar más cercana a la de la utilización de la tarjeta de crédito en el cajero automático. En este caso “la máquina” a la que se accede no es el cajero, sino el terminal de la entidad bancaria en el establecimiento; de otro lado, el objeto material puede ser el bien adquirido fraudulentamente, o incluso dinero, si el empleado del establecimiento lo que hace es entregar dinero al portador de la tarjeta. Por lo demás la tarjeta lo que hace es facilitar el acceso al objeto material del delito de apoderamiento. No obstante, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2001, también calificaba como falsedad y estafa la conducta de un empleado de una empresa encargada de hacer llegar a sus titulares tarjetas de crédito, que haciendo suya una se dirige al establecimiento mercantil, donde de acuerdo con trabajadores del mismo, utiliza la tarjeta para realizar compras, firmando el recibo de compra, que fue cargado en la cuenta del titular. Considera la sentencia que uti-

lizar de forma ilegítima la tarjeta de crédito y en connivencia con terceros introducir datos en la máquina, para que por tal artificio engañoso obtener fondos de forma no consentida por el perjudicado, es constitutivo de la conducta de valerse de alguna manipulación informática para consentir la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero del artículo 248.2 CP. En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2006, señalando que *“La conducta de quien aparenta ser titular de una tarjeta de crédito cuya posesión detenta de forma ilegítima y actúa en connivencia con quien introduce los datos en una máquina posibilitando que ésta actúe mecánicamente, está empleando un artificio para aparecer como su titular ante el terminal bancario a quien suministra los datos requeridos para la obtención de fondos de forma no consentida por el perjudicado. Y, en consecuencia, se encuentra incurso en la conducta definida en el art. 248.2 del Código Penal”*.

4. Uso de tarjeta de crédito no devuelta a la empresa en la que ha rescindido el contrato. En este caso no hay falsedad, pues el acusado firmaba con su propio nombre. La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1999 consideró que se daban los requisitos del delito de estafa. Sin embargo, es discutible afirmar que aquí se dan los elementos de la estafa (relación de causalidad engaño-error-acto de disposición).
5. Uso fraudulento de la tarjeta de crédito por su propio titular. Sujeto que cambia de entidad bancaria y continúa usando la tarjeta de débito de la anterior entidad, sin saldo. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 1 de octubre de 1998 remitía la cuestión al ámbito del derecho civil o mercantil, señalando que la conducta del acusado no puede conducir al error, sino que esto sólo es posible por un error de la entidad, originado por su propia conducta y ajeno totalmente a la conducta del acusado.

La fórmula utilizada por el legislador de 2010 permitirá en todas las situaciones descritas calificar el hecho como estafa, incluso en la última señalada, en tanto que el tipo remite a “operaciones de cualquier clase”, lo único determinante será el que el hecho se realice utilizando tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje o los datos en ellas incorporados. Así, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas (sección 6ª) de 28 de julio de 2015, dispone lo siguiente: *“En cuanto al delito de estafa, o alternativamente de robo con fuerza en las cosas, recordemos que el art. 248 fue redactado LO 5/2010, de 22 de junio y, por tanto, no estaba en vigor a la fecha de comisión de los hechos (durante la noche del 18 al 19 de mayo de 2010). En tal fecha, los hechos serían constitutivos, como ha calificado el Ministerio Fiscal de forma alternativa y la Acusación Particular de forma principal, de un delito de robo con fuerza en las cosas castigado en el artículo 238.4º en relación con el 239 y 240 del CP. Según la STS 427/99, de 16 de marzo y 666/99 de 29 de abril): “es robo, y no estafa, el apoderamiento dinerario conseguido mediante la introducción en un cajero automático de una tarjeta de crédito, previamente sustraída, y cuyo número secreto se ha llegado a saber de alguna manera, porque se produce un apoderamiento de un bien ajeno sin la voluntad de su dueño y con uso de una llave falsa”*. Así las cosas, la actividad realizada por el acusado Lucas debe

ser calificada como constitutiva de un delito continuado de robo con fuerza en las cosas del artículo 238.4º, por la utilización de llave falsa en su ejecución”.

3. Delito leve de estafa

El artículo 248 CP ni en el concepto de estafa (propia) del apartado primero, ni al definir otras conductas que también considera estafa (impropia) en su apartado segundo, hace referencia al límite mínimo de la cuantía defraudada. Sin embargo, en el párrafo segundo del artículo 249 CP, tras determinar la pena aplicable en el párrafo primero para los delitos de estafa del artículo 248 CP, introduce un delito leve de estafa en atención a la cuantía de lo defraudado. Así, si la cuantía de lo defraudado no excediere de 400 €, como delito leve tras la desaparición de las faltas por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, le corresponderá la pena de multa de uno a tres meses.

En cualquier caso, debe tenerse presente que, de acuerdo con el artículo 74.2 CP relativo al delito continuado, al tratarse de infracciones contra el patrimonio se tiene en cuenta el perjuicio total causado.

Al mismo tiempo debe advertirse que la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, también ha incluido la estafa agravada por multirreincidencia del artículo 250.1.8ª CP, donde se prevé también –como ocurriera en los delitos de apoderamiento– el que el sujeto hubiera sido ejecutoriamente condenado al menos por tres delitos de este capítulo, incluyendo –por tanto– no sólo los delitos leves de estafa, sino también los de administración desleal, los de apropiación indebida y los de defraudaciones de fluido eléctrico o análogas.

4. Tipos agravados

El artículo 150.1 CP recoge una serie de circunstancias que si concurren con los elementos comunes de la estafa dan lugar a unos tipos agravados. En realidad sancionan más gravemente, bien ciertas modalidades de engaño que se estiman especialmente relevantes, o bien la mayor entidad perjuicio ocasionado.

El precepto, tras las reformas operadas en 2003, 2010 y 2015, contiene ocho circunstancias específicas que agravan considerablemente la estafa. En todas ellas deben de concurrir los elementos que configuran la estafa del artículo 248 CP, incluyendo, tanto la estafa propia de su apartado primero, como las estafas impropias del apartado segundo (ÁLVAREZ GARCÍA, 2011).

a. Estafa sobre cosas de primera necesidad, vivienda u otros bienes de reconocida utilidad social

Su fundamento se encuentra una mayor tutela del consumidor frente a ataques fraudulentos a estos bienes esenciales para la supervivencia del individuo. El concepto de cosas de primera necesidad *“debe ser entendido en relación a las necesidades de quienes*

sufren las consecuencias del delito, por lo que debe rechazarse su aplicación cuando no resultan afectadas esas esenciales necesidades, especialmente la salud, por parte de quien sufre las consecuencias del delito” (acuerdo no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2006), incluyendo todas aquellas que resulten imprescindibles para la subsistencia o salud de las personas (Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2006). No son cosas de primera necesidad los artículos de lujo, sí entrarían –sin embargo– los combustibles para uso doméstico. El Tribunal Supremo en Sentencia de 17 de enero de 2007 considera cosas de primera necesidad “*aquellos que se refieren a los documentos necesarios para la lícita permanencia y trabajo de un extranjero inmigrante*”.

Tratándose de alimentos, el tipo abarca tanto el caso en el que el fraude es inocuo para la salud de los consumidores, como cuando se ha producido una alteración en los mismos que suponga un peligro para la salud. Ahora bien, en este último caso, se produciría un concurso de delitos con el delito contra la salud pública correspondiente.

La expresión “*reconocida utilidad social*” deja la puerta abierta a otros bienes o servicios de parecida importancia, tales como los fraudes de academias, guarderías, hospitales, transportes (GONZÁLEZ RUS 2011).

Respecto de la “*vivienda*”, que se equipara en éste artículo 250.1.1ª CP a las cosas de primera necesidad y a otros bienes de reconocida utilidad social, debe entenderse como una cláusula valorativa, que debe ser atendida en relación tanto con el objeto sobre el que recae la estafa, como con la finalidad que pretendía dar al mismo el sujeto pasivo de la estafa (BENITEZ ORTÚZAR, 2013). Esta ubicación sistemática da lugar a una interpretación jurisprudencial que exige para la aplicación de este tipo agravado que el bien inmueble objeto de la estafa sea un inmueble destinado a constituir la vivienda habitual, excluyendo las viviendas dirigidas a la constitución de segunda residencia o de residencia de temporada. Sólo esta vivienda destinada a residencia habitual, se dice, es la equiparable a las “*cosas de primera necesidad o “de utilidad social”*” (GONZÁLEZ RUS, 2011; SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, 2011). Por tanto el objeto de la defraudación, que debe reunir todos y cada uno de los elementos de la estafa genérica del artículo 248.1 CP, habrá de ser además una vivienda entendida en ese sentido tan estricto, no como simple vivienda que puede ser destinada a morada de cualquier persona, sino exclusivamente de aquella que está destinada a ser destinada a primera vivienda, que es la destinada a cubrir las necesidades básicas y permanentes de habitación (PELEGRÍN LÓPEZ, 2007). Entre otras, en este sentido se han pronunciado las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de Febrero de 2015, de 7 de marzo de 2005 o de 10 de marzo de 2006, cuando señalan que “*la especial protección que supone la agravación se justifica por su relación con el artículo 47 de la Constitución, en cuanto reconoce el derecho a una vivienda digna. Por ello sólo será procedente su aplicación cuando la agravación recaiga sobre viviendas que se destinen a su uso propio como lugar de residencia de la persona, donde puede establecer su domicilio, pues son las únicas que pueden ser consideradas bienes de primera necesidad*”. En esta línea se ha situado la jurisprudencia del Tribunal Supremo excluyendo la agravación en casos de estafas que recaen sobre inmuebles destinados a segunda vivienda (Sentencias del

Tribunal Supremo de 7 de enero de 1998, de 19 de junio de 1998, de 4 de abril de 2000, de 2 de junio de 1998 o de 6 de octubre de 1995); en el mismo sentido se pronuncian las más recientes sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén (sección segunda) de 9 de julio de 2015, de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección séptima, de 23 de marzo de 2011; de la Audiencia Provincial de Murcia, sección segunda, de 24 de marzo de 2011 o de la Audiencia Provincial de Madrid, sección sexta, de 3 de diciembre de 2009.

La redacción dada a esta modalidad agravada de estafa genérica (*“cuando recaiga sobre cosas de primera necesidad, vivienda u otros bienes de reconocida utilidad social”*), a diferencia de la recogida en el Código Penal texto refundido de 1973 (que exigía que la estafa se cometiera *“alterando la sustancia, la calidad o cantidad”* de la vivienda), permite su aplicación cuando la conducta falsaria versa sobre una vivienda destinada a primera necesidad que objetivamente no existe o que no ha llegado a culminar su construcción, incluyendo, por ello, tanto las conductas que rigen sobre una vivienda inexistente como aquellas otras constitutivas del llamado *“fraude de anticipos”*, que se dan cuando se van entregando a cuenta unas cantidades anticipadamente en la adquisición del inmueble sin que el vendedor y/o el promotor tenga la intención de construir o/y entregar la vivienda de acuerdo a las estipulaciones pactadas (BENITEZ ORTÚZAR, 2013).

En lo que no entra la Jurisprudencia es en la calificación dogmática que hay que otorgar al *“uso destinado a la vivienda”*, que de ser el de primera vivienda va a determinar la aplicación del tipo agravado del artículo 250.1.1.º CP o, en caso contrario (si la adquisición se realiza con otra finalidad: segunda residencia, inversión...), dará lugar a la aplicación del tipo básico de estafa del artículo 248.1 CP. No queda claro, si se trata de un elemento que debe ser abarcado por el dolo del autor, o si bien, funciona objetivamente atendiendo exclusivamente al uso que pretendía darle a la vivienda el sujeto pasivo de la estafa (que no tiene que ser conocido por el agente ni abarcado por el dolo del sujeto pasivo), conformándose, en este último caso, como una especie de condición objetiva de punibilidad. Debe tenerse en cuenta, que la limitación de la primera vivienda equiparada a las cosas de primera necesidad o de reconocida utilidad social va a depender no sólo de las características del inmueble objeto de la estafa dedicado a vivienda sino del destino cuya finalidad pretendiera darle el sujeto estafado. Al respecto, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2004, afirma que *“la agravación que específicamente establece el legislador se refiere al objeto del delito vivienda, en cuanto a cosa de primera necesidad, o cosa de la que no se puede prescindir, según el Diccionario de la Real Academia y teniendo en cuenta el derecho que el art. 47 de la CE proclama –dentro del capítulo dedicado a los principios rectores de la política social y económica– para todos los españoles disfrutar de una vivienda digna y adecuada, y siempre, en atención a la víctima del delito”*. Así, distintas estafas (que pudieran ser calificadas como un delito continuado de estafa) que recaen sobre distintas viviendas ubicadas en un conjunto residencial en primera línea de playa podrán dar lugar a unos delitos de estafa genérica, atendiendo a la dedicación de segunda residencia que pretendían darle a la vivienda la mayoría de los compradores engañados, mientras que en algún

caso concreto en el que el engaño recae sobre alguna de las viviendas ubicadas en el mismo conjunto residencial (es decir, idéntica conducta sobre idéntico objeto material, que causa idéntico error que lleva al adquirente a realizar el acto de disposición patrimonial típico del delito de estafa), deberá ser calificada como constitutiva del tipo agravado del artículo 250.1.1º CP, si ese concreto adquirente del inmueble engañado sí tenía la intención de habitar el inmueble como primera vivienda para su domicilio habitual.

Así las cosas, aún cuando se objetivase el inmueble sobre el que recae la conducta típica del delito de estafa sobre viviendas como bienes de primera necesidad, sigue sin quedar clara la naturaleza jurídica de la misma y si para su aplicación dicho aspecto debe ser abarcado por el dolo del autor. Como se ha señalado lo determinante del incremento de pena previsto respecto del tipo básico del artículo 248.1 CP (en relación con el artículo 249 C) es la índole del objeto sobre el que recae la estafa, –es decir, el desvalor de resultado–, y no la relevancia de la conducta, –desvalor de acción–, como ocurriría con la redacción anterior, en la que se exigía la alteración de la sustancia, cantidad o calidad de la cosa (BAJO FERNÁNDEZ, 2004). Debe tenerse presente que, por ejemplo, el sujeto que publicita una promoción inmobiliaria inexistente, a través de su actuar falsario, provoca en un tercero un error que le lleva a realizar un acto de disposición patrimonial, en perjuicio propio o de un tercero, sin tener que conocer si el destino que al inmueble le pretendía dar el comprador engañado era para usarlo como primera vivienda, para establecer su domicilio habitual, si lo hacía como inversión o si, por ejemplo, lo que pretendía era adquirir el inmueble para que su hijo estableciera su residencia habitual cuando finalizara sus estudios universitarios dentro de unos años. Sin calificación dogmática de esta circunstancia típica y sin la necesidad específica de que la misma sea alcanzada por el dolo del autor, con la simple prueba objetiva por la acusación de que el inmueble iba a ser dedicado a la residencia habitual derivada del artículo 47 CE por la víctima que viene exigiendo la jurisprudencia (por ejemplo en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2004, en un caso de compra de vivienda por traslado de la ciudad de residencia del estafado), parece convertir la agravación en una especie de condición objetiva de punibilidad, en tanto que la aplicación de la modalidad agravada no va a depender del conocimiento y voluntad del agente sino exclusivamente del destino que al inmueble pretendiera darle la víctima. No obstante, lo dogmáticamente correcto sería considerar que el destino final que pretendía darle el adquirente engañado al inmueble objeto de la estafa (para la aplicación de la modalidad agravada de estafa del artículo 250.1.1º CP) debe ser una circunstancia abarcada por el dolo del autor, aún en su modalidad doloso eventual (BENÍTEZ ORTÚZAR, 2013).

b. Abuso de firma de otro o sustracción o inutilización de expedientes o documentos

El artículo 250.1,2º CP incluye un tipo agravado de estafa cuando “*se perpetre abusando de firma de otro, o sustrayendo, ocultando o inutilizando, en todo o en parte, algún proceso, expediente, protocolo o documento publico u oficial de cualquier clase*”.

Realmente se recogen dos modalidades agravadas distintas. De un lado la estafa cometida con el “abuso de firma de otro”, y, de otro lado, aquella en la que el medio comisivo por el que se materializa el engaño se realiza sustrayendo, ocultando o inutilizando alguno de los documentos típicos.

En el primer caso se refiere a supuestos en los que se utiliza la firma para fines distintos a aquellos para los que se autorizó (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2004). La firma de otro de la que se abusa en la estafa debe ser auténtica, excluyéndose esta modalidad agravada de estafa cuando se utiliza la imitación de la firma de otro (ÁLVAREZ GARCÍA, 2011; Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección primera de 621 de junio de 2006). Igualmente, la autenticidad se requiere del documento firmado en el que se abusa, en tanto que “cuando la firma se obtiene con engaño, creyendo el firmante que está estampando su firma en otro documento, constituye el núcleo esencial de la estafa: su consideración para el subtipo agravado vulneraría el non bis in ídem” (GONZÁLEZ RUS, 2011; Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2008).

Genera dudas la admisión de claves bancarias por internet como firma de otro, con distintas opciones:

- El acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2009, acordaba que a efectos del entonces artículo 250.1.4º CP, “*la utilización de las claves bancarias de otro no es firma*”. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra –sección quinta– de 15 de julio de 2009 dispone lo siguiente: “*La propia dinámica comisiva del presente caso (en que la salida de los bienes del patrimonio ajeno se logró usando de las claves para acceder por banca electrónica a la cuenta en la que se encontraban depositados) hace que ninguno de los supuestos pudieran apreciarse. En todo caso, ha de añadirse que, sin acudir a la analogía (que en contra del reo prohíbe el artículo 4.1 del Código Penal) no cabría integrar el concepto de firma en blanco con el empleo de claves alfanuméricas con las que cada entidad bancaria identifica a aquellos de sus clientes usuarios del servicio de banca electrónica, pues el uso por el Código únicamente del término “firma” obliga a referirlo al nombre y apellido que una persona escribe de su puño y letra en un documento para darle autenticidad o expresar que se aprueba su contenido*”.
- En una línea opuesta, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (sección primera) de 14 de diciembre de 2007, afirma lo siguiente: “*En el presente caso se plantea la cuestión de si la clave de acceso a la cuenta y de validación de operaciones tiene o no la condición de firma y por ello, si su utilización por tercera persona sin que la titular haya hecho constar la realización de operación alguna (es decir, su uso en blanco) constituye la agravante específica establecida en el artículo 250.4º del Código Penal, antes transcrito. La respuesta la encontramos en el contrato de banca a distancia para particulares celebrado... En dicho contrato y en su cláusula tercera se explicita que “el titular reconoce y acepta que la utilización de las claves de acceso y la validación de la operación, sustituirán a su firmamaneuscrita y producirán plenos efectos jurídicos, asumiendo*

do plenamente como propia y respondiendo de dicha operativa frente al Banco sin que éste deba hacer comprobaciones adicionales sobre la identidad del ordenante”. Es decir, la clave suministrada por la entidad bancaria tiene la consideración y efectos de firmamanuscrita de su titular, por lo que procede aplicar la agravante específica reseñada”.

La sustracción, ocultación, inutilización total o parcial de expedientes o documentos públicos u oficiales, se refiere a maquinaciones o ardides que se sirven de estas conductas para impedir el descubrimiento del engaño (GONZÁLEZ RUS, 2011). Al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2008 afirma que *“se exige que la ocultación lo sea de un documento que materialmente existe y se posee, de manera que no se hace llegar al interesado cuando existe el deber de ponerlo a su disposición”.*

c. Estafa sobre bienes que integren el patrimonio artístico, histórico, cultural o científico

El artículo 250.1.3° CP incluye un tipo agravado de estafa cuando *“recaiga sobre bienes que integren el patrimonio artístico, histórico, cultural y científico”.*

Al igual que ocurría con el delito de hurto a cuyo comentario nos remitimos, en el ámbito de la estafa con esta modalidad agravada se trata de unos elementos de valoración cultural que debe ser apreciado por el Juez, según las características de las cosas.

La estafa debe recaer sobre bienes, muebles o inmuebles, que integren el patrimonio artístico, histórico, cultural y científico. De tal modo que cuando se trate de engañar a otro simulando que una cosa que no tiene esos valores los tiene, el hecho podrá ser constitutivo del engaño del tipo básico de estafa, pero no del tipo agravado.

d. Estafa de especial gravedad

En el artículo 250.1.4° CP se recoge una modalidad de estafa agravada, cuando *“revista especial gravedad, atendiendo a la entidad del perjuicio y la situación económica en que deje a la víctima o a su familia”.*

La especial gravedad que abarca esta agravación de la estafa aparece conformada respecto de dos criterios que coinciden a su vez con los utilizados en el tipo básico para la individualización concreta de la pena: “la entidad del perjuicio” y “la situación económica que deje a la víctima o a su familia”, de tal forma que deben aparecer de forma cumulativa (ÁLVAREZ GARCÍA, 2011; Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 2005; en contra, considerando que se trata de dos complementos complementarios, pero distintos, GONZÁLEZ RUS, 2011, PASTOR MUÑOZ, 2015; Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2009).

En relación a la situación económica en que queda la víctima o su familia considera la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2011, es la que da lugar a *“una situación económica muy gravemente empobrecida (“entidad del perjuicio”), incierta e insegura como consecuencia del despojo dinerario”*, tal y como señalara la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2006, señalando que no se requiere una situación de indigencia, sino que basta que quede en una situación patrimonial *“insegura, difícil o preocupante”*.

- e. *Valor de lo defraudado superior a 50.000 o que afecte a un elevado número de personas*

El artículo 250.1.5° CP incluye un tipo agravado de estafa cuando *“el valor de la defraudación supere los 50.000 €, o afecte a un elevado número de personas”*.

La objetivización de la gravedad de la cuantía de la defraudación, en los 50.000€, que fundamenta este tipo agravado del delito de estafa, se introduce por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, con la pretensión de evitar la inseguridad jurídica que dejaba al intérprete la determinación de la cuantía que fundamenta un tipo agravado de estafa en razón de la cuantía defraudada. Por su parte, la referencia a que la estafa afecte a un elevado número de personas ha sido añadida por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo y, al aparecer con la conjunción “o”, permite su aplicación al margen de que la cuantía total a la que asciende la defraudación supere o no los 50.000 €.

El problema puede surgir al aplicar el tipo a un número elevado de sujetos defraudados en una cuantía insignificante. En estos casos, si es posible aplicar la continuidad delictiva del artículo 74 CP sin alcanzar de manera global la cuantía defraudada el umbral que delimita el delito leve de estafa del tipo básico de estafa, no sería aplicable el tipo agravado del artículo 251.5° CP (VIANA BALLESTER, 2015; RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, 2015).

Respecto de la continuidad delictiva y la posible aplicación del delito continuado, con el objeto de no vulnerar el principio de *ne bis in ídem*, el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2007 resolvió la cuestión: *“El delito continuado siempre se sanciona con la mitad superior de la pena. Cuando se trata de delitos patrimoniales la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. La Regla Primera, artículo 74.1 CP queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración”*. De lo cual, se deducen dos situaciones:

- a. Cuando cada una de las estafas por separado no llegan a los 50.000 € de defraudación, pero sí los superan en aplicación de la continuidad delictiva: *“teniendo en cuenta que la reforma operada por LO 5/2010, ha elevado el umbral de la estafa agravada por la cuantía hasta los 50.000 euros (art. 250.1.5°), y que a pesar de las tres presentaciones al descuento de letras falsas (en total, 92.974 euros, sin que ninguna de cada una de las tres citadas letras de cambio superen los meritados 50.000 euros), constituyan otros tantos delitos de*

estafa, para no incurrir en la prohibición de la doble valoración en perjuicio de reo, es necesario calificar todo ese conjunto criminal como un solo delito de estafa agravada, en vez de tres delitos básicos, que obligarían, por sí mismos, a imponer la pena en su mitad superior” (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2010); Así la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, sección segunda, de 9 de julio de 2015: “Ciertamente podríamos pensar que nos encontraríamos igualmente con un delito continuado de estafa en aplicación del art 74.1 del CP pero para ello sería necesario que una sola de las infracciones superase los 50.000 € puesto que en caso contrario se estaría infringiendo el principio de doble valoración de la acumulación de cuantías para la aplicación de la continuidad delictiva y para la aplicación del subtipo agravado referido”.

- b. Cuando cada una de las estafas por separado superan los 50.000 € de defraudación: *“La continuidad delictiva tampoco plantea cuestión ya que el acusado aprovechando idénticas circunstancias realizó diversas operaciones en ejecución de un plan fraudulento preconcebido. Por otra parte, como tiene reiteradamente declarado esta Sala, es compatible la apreciación de la continuidad delictiva y la circunstancia prevista en el número 5º del artículo 250 CP, de especial gravedad, en aquellos supuestos en los que varias de las conductas que integran la continuidad delictiva, individualmente analizadas son, por sí mismas, causantes de un perjuicio que supera la cantidad de 50.000 euros que se requiere para apreciar la circunstancia de especial gravedad. Si varias de las conductas, aisladamente consideradas, determinan un resultado de especial gravedad, el “plus” que supone su reiteración, aprovechando idénticas circunstancias o en ejecución de un plan preconcebido, merece la aplicación de la continuidad delictiva prevista en el artículo 74 del Código Penal” (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 2013).*

La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2014 deja meridiana-mente clara las situación: *“No existe razón alguna de política criminal que justifique la sustracción del delito continuado de naturaleza patrimonial respecto de la regla agravatoria prevista en el artículo 74CP. De ahí la importancia del acuerdo adoptado en el mencionado Pleno, con arreglo al cual, el delito continuado de naturaleza patrimonial también habrá de ser sancionado mediante la imposición de la pena, determinada con arreglo al perjuicio total causado, en su mitad superior. Ello no es sino consecuencia de aplicar al delito patrimonial las razones de política criminal que justifican la norma del artículo 74.1º del CP (STS 284/2008, de 26 de mayo, 199/2008, de 25 de abril, 997/2007, de 21 de noviembre). En segundo lugar, el acuerdo referido obliga a la exclusión del efecto agravatorio del artículo 74 1º en determinados supuestos, para impedir que su aplicación conduzca a la doble incriminación de un mismo hecho. En las ocasiones en que la suma del perjuicio total ocasionado se tome en consideración para aplicar el subtipo agravado de especial gravedad atendiendo al valor de la defraudación, resulta redundante aplicar además el efecto agravatorio de la regla primera del artículo 74 CP. Se trata de evitar la aplicación de la regla general agravatoria, prevista en el artículo 74.1º CP, a aquellos delitos en los que el importe total del perjuicio ha determinado ya un cambio de calificación jurídica y la correlativa agravación, es decir a delitos de estafa o apropiación indebida que, por razón de su importe total, se desplazan*

del tipo básico al subtipo agravado (o de la falta al delito). En estos supuestos, mantener la aplicación incondicional del artículo 74.1º CP, determinaría la vulneración de la prohibición constitucional del “bis in idem”. Esta exclusión no es aplicable cuando alguna de las acciones que integran el delito continuado alcanza una cuantía superior a 50.000 euros, que por sí sola ya determina la aplicación del subtipo agravado por aplicación del número quinto del artículo 250. 1. En consecuencia, no se produce infracción legal alguna por aplicar al delito patrimonial ya agravado por una sola de las acciones enjuiciadas, la mayor penalidad prevista por la regla primera del artículo 74 para los delitos continuados, pues de otro modo quedarían sin sanción las conductas defraudatorias añadidas (STS 997(2007, de 21 de noviembre, y 173/2003, de 28 de febrero, entre otras)”.

Por importe de la defraudación habrá que interpretar la cantidad que ha sido objeto de desplazamiento patrimonial como consecuencia del engaño (así, las Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2013 y de 8 de marzo de 2013).

f. Abuso de las relaciones personales o aprovechándose de la credibilidad empresarial o profesional

En el artículo 250.1.6º CP se recoge una modalidad de estafa agravada, cuando *“Se cometa con abuso de las situaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional”.*

Este supuesto también se formula con una fórmula alternativa (“con abuso de las relaciones personales entre la víctima y el defraudador” o “aprovechando éste su credibilidad empresarial o profesional”) fundamentada en un “abuso de confianza” (GONZÁLEZ RUS, 2011). *“El número 7º del artículo 250 recoge dos especificaciones de un genérico abuso de confianza, caracterizadas por la naturaleza de la fuente que provoca la confianza quebrantada: de una parte la «credibilidad empresarial o profesional», del sujeto activo, que de este modo se aprovecha precisamente de la confianza que a la víctima produce su aparente capacidad y buen hacer como profesional o como empresario; y de otra parte el abuso de las «relaciones personales existentes» entre ambos”* (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2007).

En el primer supuesto se abusa de una relación de confianza preexistente entre la víctima y el victimario y se toma en cuenta el atentado a la buena fe que se presume cuando existe cierta relación personal entre los sujetos. El autor se vale de la confianza o la familiaridad preexistente entre los dos sujetos del delito para realizar la estafa.

En el caso del aprovechamiento de la credibilidad empresarial o profesional, se abusa igualmente de una confianza de quien se pone en manos de un profesional. Ahora bien, en este caso la confianza no deriva de una relación bilateral personal, sino de la actividad profesional o empresarial del sujeto activo del delito, lo que le hace a la víctima más vulnerable a cualquier engaño.

Para no violar el principio de ne bis in ídem, la relación de confianza o la credibilidad empresarial que fundamenta la aplicación del tipo agravado, ha de ser

distinta a la que ha utilizado para construir el engaño, en tanto que esta constituirá el fundamento del tipo básico de estafa. Al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2010, dispone lo siguiente: “*El delito de estafa lleva implícito, en su naturaleza, un abuso de la confianza generada en la víctima por el mecanismo engañoso el cual, se sitúa sobre una realidad fáctica que permite su efectividad*”. La jurisprudencia ha señalado que la agravación prevista en el artículo 250.1.7º del Código Penal precisa de la existencia de una especial relación entre la víctima engañada y el autor que supere esa situación previa que ha facilitado la eficacia del engaño. Como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2009, la Jurisprudencia ha entendido que “... *la aplicación del subtipo agravado por el abuso de relaciones personales del núm. 7 del artículo 250 del Código Penal, quedaba reservada para aquellos supuestos en los que además de quebrantar una confianza genérica, subyacente en todo hecho típico de esta naturaleza, se realice la acción típica desde una situación de mayor confianza o de mayor credibilidad que caracteriza determinadas relaciones previas y ajenas a la relación subyacente, en definitiva un plus que hace de mayor gravedad el quebrantamiento de confianza implícito en delitos de este tipo, pues en caso contrario, tal quebrantamiento se encuentra ordinariamente inserto en todo comportamiento delictivo calificable como estafa*”. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla –sección primera– de 8 de noviembre de 2010, excluye el tipo agravado: “*No otra cosa es lo que acontece en el presente supuesto, en el que no se ha probado que existieron unas relaciones previas, de orden personal, empresarial o profesional entre el encausado y las víctimas, ajenas a los hechos en cuyo ámbito se produjeron las defraudaciones. No hubo ese plus a añadir a los referidos actos punibles que pudiera justificar esta cualificación delictiva del núm. 7º del artículo 250.1 CP*”.

g. Estafa procesal

El artículo 250.1.5º CP incluye un tipo agravado de estafa cuando “*se cometa estafa procesal. Incurren en la misma los que, en un procedimiento judicial de cualquier clase, manipularen las pruebas en que pretendieran fundar sus alegaciones o emplearen otro fraude procesal análogo, provocando error en el Juez o tribunal y llevándole a dictar una resolución que perjudique los intereses económicos de la otra parte o de un tercero*”.

Esta modalidad agravada fue incluida por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. En ella el engaño consiste en la manipulación de las pruebas o el empleo de cualquier otro fraude procesal análogo.

Se trata de una estafa en triángulo (PASTOR MUÑOZ, 2015) en la que el engañado y perjudicado no coinciden. El engañado debe ser necesariamente el Juez con competencia para dictar la resolución de la que se deriva el perjuicio patrimonial, y no así el fiscal o las otras partes del pleito (GONZÁLEZ RUS, 2011).

Tras la reforma de esta norma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, no es necesario un positivo acto de disposición con desplazamiento patrimonial, bastando una resolución judicial que perjudique ilegítimamente los intereses de una parte o un tercero, como es el caso que nos ocupa (SSTS de 26 de enero de 2015 o de 16 de julio de 2013).

El perjudicado con la sentencia puede ser un tercero ajeno al pleito, de modo que puede ocurrir que las partes se concierten para obtener del Juez una resolución que perjudique a un tercero (por ejemplo, un acuerdo entre dos partes para perjudicar a una compañía de seguros).

h. Multirreincidencia en las defraudaciones

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, tal y como hace en el artículo 235.7 CP, respecto del delito de hurto, incluye una modalidad agravada de estafa en el artículo 250.1.8° CP, cuando “*al delinquir el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en éste capítulo. No se tendrán en cuenta antecedentes cancelados o que debieran serlo*”.

Al respecto, el preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, disponía que “*el catálogo de supuestos agravados de estafa regulado en el artículo 250 del Código Penal es revisado para incorporar, al igual que el hurto, una referencia a los supuestos de multirreincidencia*”. No obstante existen diferencias importantes:

- a. El artículo 235.1.7° CP, respecto del hurto, se refería expresamente a “tres delitos comprendidos en éste Título, siempre que sean de la misma naturaleza”; mientras que el artículo 250.1.8° CP, respecto de la estafa, se refiere a “tres delitos comprendidos en éste capítulo”.

Ello obliga a interpretar de forma restrictiva la referencia a los delitos comprendidos en el Título XIII, siempre que sean de la misma naturaleza del artículo 235.1.7° CP restringiéndolos a los delitos de apoderamiento, excluyendo otros delitos de enriquecimiento, tales como las defraudaciones. Respecto de la referencia a los delitos 250.1.8° CP, a los delitos “comprendidos en éste capítulo”, resulta claro que se refiere exclusivamente a los delitos del capítulo VI, incluyendo, los delitos de estafa, administración desleal, apropiación indebida y defraudaciones de fluido eléctrico o análogas.

- b. El artículo 234.2 CP, excluye del delito leve de hurto expresamente cuando se dan las circunstancias del artículo 235 CP, aún cuando la cuantía sustraída sea inferior a 400 €. Exclusión que no aparece respecto del delito leve de estafa del artículo 249 CP, párrafo segundo, continuando siendo leve la estafa cuando la cuantía es inferior a 400 €.

Esta circunstancia permite plantear la exclusión del tipo agravado de estafa por multirreincidencia, de los delitos leves de estafa, con una interpretación inicialmente “voluntarista” sistemática acorde con la agravante genérica de reincidencia del artículo 22.8ª CP, que expresamente la excluye para delitos leves (VIANA BALLESTER, 2015; en contra, “por ser contrario al principio de legalidad”, RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, 2015). Podría llegarse a la situación completamente desproporcionada, en la que a un sujeto ejecutoriamente condenado por tres delitos leves

de estafa por cuantía de cien euros cada uno de ellos, le correspondería una pena de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses, mientras que, sin haber sido condenados previamente, y que permiten el enjuiciamiento simultáneo aplicando las reglas del delito continuado, atendiendo a que la suma de lo defraudado es inferior a los 400 €, habría que condenarlo por un delito leve continuado de estafa, correspondiéndole una pena de uno a tres meses de multa.

- c. La pena del delito de estafa agravada del artículo 250.1 CP (“prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses”) es muy superior a la pena correspondiente al hurto agravado del artículo 235.1 CP, (“prisión de uno a tres años”); estando más cercano a la pena del delito de robo con fuerza en las cosas agravado del artículo 240.2 CP (“prisión de dos a cinco años”), o incluso con las penas previstas para el robo con violencia o intimidación en las personas, del artículo 242 CP (que, incluso en los casos más graves mantiene el límite máximo de los cinco años de prisión”). Lo cual supone una distorsión penológica que conculca el principio de proporcionalidad (VIANA BALLESTER, 2015).

5. Tipos hiperagravados

El artículo 250.2 CP, tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, queda como sigue: *“Si concurrieran las circunstancias incluidas en los numerales 4º, 5º, 6º o 7º con la del numeral 1º, del apartado anterior, se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses. La misma pena se impondrá cuando el valor de la defraudación supere los 250.000 euros”*.

De dicha redacción se extraen dos tipos hiperagravados:

a. Concurrencia de circunstancias

El legislador considera de especial gravedad el hecho de que en la estafa sobre cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social (artículo 250.1.1º CP), concorra, además, alguna o algunas de estas circunstancias: a) Que revista especial gravedad atendiendo a la entidad del perjuicio y a la situación económica que deje a la víctima o a su familia (artículo 250.1.4º CP); b) Que el valor de lo defraudado supere los 50.000 €, o afecte a un elevado número de personas (artículo 250.1.5º CP); c) Que se cometa con abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aprovechándose éste de su credibilidad empresarial o profesional (artículo 250.1.6º CP); d) Que se cometa estafa procesal. Incurren en la misma los que, en un procedimiento judicial de cualquier clase, manipularan las pruebas en que pretendieran fundar sus alegaciones o emplearen otro fraude procesal análogo, provocando error en el Juez o tribunal y llevándole a dictar una resolución que perjudique los intereses económicos de la otra parte o de un tercero (artículo 250.1.7º CP).

En esta línea, la Sentencia de la Audiencia provincial de Jaén (sección segunda) de 9 de julio de 2015, afirma que *“la concurrencia de la circunstancia agravante del nº 1 (vivienda habitual) con la del nº 6 (especial gravedad cuantitativa) conlleva la agravación penológica prevista en el art 250.2 del CP”*

b. Valor de la defraudación superior a 250.000

La ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, en la línea iniciada por la LO 5/2010, de 22 de junio, respecto de la inclusión del tipo agravado del apartado 5º del artículo 250.1 CP, en atención a la cuantía defraudada (50.000 €), incluye una modalidad hiperagravada, cuando la cuantía defraudada (la cantidad total que ha sido objeto de desplazamiento patrimonial como consecuencia del engaño) sea superior a 250.000 €. Lo expuesto respecto de la aplicabilidad de las reglas del delito continuado del artículo 74 CP para el tipo agravado del artículo 250.1.5º CP son extensibles a esta modalidad hiperagravada del artículo 250.2 CP.

6. Tipos Cualificados

6.1. Supuestos de estafas especiales en la adquisición de muebles o inmuebles

El artículo 251 CP regula en sus dos primeros apartados unas modalidades específicas de fraudes que, pudiendo recaer sobre bienes muebles o inmuebles, normalmente recaen sobre inmuebles. Al respecto prevé la imposición de una pena de prisión de uno a cuatro años a: 1º *“quien, atribuyéndose falsamente sobre una cosa mueble o inmueble facultad de disposición e la que carece, bien por no haberla tenido nunca, bien haberla ya ejercitado, la enajenare, gravare o arrendare a otro, en perjuicio de éste o de un tercero”*; 2º. *“El que dispusiere de una cosa mueble o inmueble ocultando la existencia de cualquier carga sobre la misma, o el que habiéndola enajenado como libre, la gravare o enajenare nuevamente antes de la definitiva transmisión al adquirente, en perjuicio de éste o de un tercero”*.

Respecto de estos dos apartados del artículo 251 CP, se discute la necesidad de su tipificación específica como “estafas impropias”, en tanto que un sector doctrinal considera que son supuestos de estafas propias que sin ningún esfuerzo interpretativo serían incluibles en el artículo 248.1 CP (GONZÁLEZ RUS, 2011; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, 2007; BAJO FERNÁNDEZ, 2004; MAGALDI PATERNOSTRO, 2004; BENITEZ ORTÚZAR, 2013; LORCA MARTÍNEZ, 2006, QUINTERO OLIVARES, 2011; ANARTE BORRALLO/DOVAL PAÍS, 2012; DOVAL PAIS, 2005).

En cualquier caso, la determinación de modalidades fraudulentas como estafas genéricas o como figuras específicas, en el ámbito de la compraventa de bienes inmuebles, va a tener más trascendencia de la aparente, sobre todo en aquellos supuestos en los que pudieran ser aplicables las agravaciones del artículo 250 CP en casos que recaen sobre vivienda habitual. En este sentido debe advertirse que; si bien la estafa genérica del artículo 248.1 CP establece un intervalo punitivo de entre seis meses y tres años de prisión y las estafas específicas sobre bienes in-

muebles (también sobre bienes muebles) del artículo 151 CP están castigadas con una pena de prisión de uno a cuatro años, en lo que respecta a la adquisición de inmuebles, la estafa genérica del artículo 248.1 CP puede verse agravada cuando recae sobre viviendas destinadas a residencia habitual (artículo 250.1.1ª CP) o, sin ser el inmueble destinado a vivienda habitual, atendiendo al valor de lo defraudado (fácilmente superior a los 50.000 € establecidos como modalidad agravada en el artículo 250.1.5º CP; o atendiendo a la entidad el perjuicio y a la situación económica que deje a la víctima o a su familia de acuerdo al artículo 250.1.4ª CP), en cuyo caso la pena prevista para la estafa genérica es de uno a seis años de prisión y multa de seis a doce meses; pudiendo concurrir además ambas circunstancias, en cuyo caso la pena prevista en el artículo 150.2 CP se incrementa la pena hasta los cuatro a ocho años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses.

Tras la introducción del último inciso del artículo 250.2 CP, por Ley Orgánica 1/2005, de 30 de marzo, con la modalidad hiperagravada de estafa común, atendiendo a que el valor de lo defraudado supere los 250.000 €, el problema se incrementa; en tanto que no es difícil que una vivienda supere la cantidad marcada de forma objetiva para definir el nuevo tipo fraudulento hiperagravado.

Esta situación obliga a adentrarse en la naturaleza jurídica de las estafas especiales del artículo 151 CP, especialmente respecto a las dos modalidades tipificadas en sus apartados primero y segundo, que son los que suelen afectar a determinados fraudes en la adquisición de inmuebles. Si se determina que se trata de modalidades fraudulentas autónomas respecto del delito de la estafa genérica del artículo 248.1 CP, (es decir, considerándolas como “estafas impropias”), aún cuando en un gran número de supuestos concurren secuencialmente todos los requisitos de la estafa genérica, en caso de concurrir además alguna o algunas de las circunstancias agravantes del artículo 150 CP, el supuesto debería resolverse atendiendo a las normas establecidas en el artículo 8 CP, de tal modo que, por el principio de especialidad (artículo 8.1 CP) sería aplicable el tipo del artículo 151 CP, aún cuando el resultado punitivo sea más leve que si se aplicara el tipo de estafa genérica con sus agravantes específicas (SOLAZ SOLAZ, 2007; VALLE MUÑIZ/QUINTERO OLIVARES, 2009; QUERALT JIMÉNEZ, 2015; MANZANARES SAMANIEGO, 1998; DOVAL PAÍS, 2005). De otro lado, si se consideran estafas genéricas agravadas, las modalidades defraudatorias del artículo 251 CP que secuencialmente recogen todos los elementos de la estafa genérica, podrían considerarse tipos agravados dependientes del tipo básico conformado por el artículo 248.1 CP, de tal modo que en caso de la concurrencia de las agravaciones del artículo 150 CP, sería aplicable esta modalidad hiperagravada como consecuencia de la aplicación del principio de alternatividad del artículo 8.4 CP, en tanto que siendo ambos tipos agravados (los del artículo 250 CP y los del artículo 251 CP) especiales respecto del tipo básico del artículo 248.1 CP, no sería aplicable el principio de especialidad del artículo 8.1 CP, debiendo aplicar el precepto más grave que excluirá al que castigue el hecho con pena menor (CONDE PUMPIDO FERREIRO, 1997; CHOCLAN MONTALVO, 2009; PELEGRÍN LÓPEZ, 2007; BENITEZ ORTÚZAR, 2013).

En el ámbito jurisprudencial, la cuestión acerca de la autonomía de estas estafas especiales tampoco está completamente resuelta. Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2010 señala que con el artículo 251.1 CP se plantea un concurso de normas que tiene que resolverse en favor del tipo del artículo 250.1.1ª CP. No obstante esta solución no es la que ha seguido unánimemente el Tribunal Supremo. Así, por ejemplo, en sentido contrario se pronunciaba la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2007, afirmando lo siguiente: *“Por aplicación pues del principio de especialidad (art. 8.1 del Código Penal) debe acudir a la modalidad pretendida por el recurrente, cuyo recurso, en este particular ha de estimarse. Y sin que, por ello, sea de aplicación la agravación del art. 250.1.6ª cuyo ámbito se circunscribe a las estafas genéricas”*. En la misma línea la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2005, afirmando expresamente que al artículo 251.2 *“no le son aplicables las agravaciones del art. 250, que están circunscritas a la estafa genérica del art. 249”*, o más contundentemente las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2000 y de 28 de febrero de 2006, afirmando que *“se trata de delitos específicos con un contenido autónomo y con penalidad diferente. Ya no hay remisión a las penas de la estafa ordinaria, ni puede aplicarse la agravación aunque concurra alguna de las circunstancias recogidas en el art. 250”*. Al respecto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 14 de febrero de 2001 disponía, respecto a la no aplicabilidad de las agravaciones punitivas del artículo 250 CP a las estafas especiales del artículo 251 CP, lo siguiente: *“a nuestro juicio impecable desde el punto de vista de la hermenéutica, aunque sorprenda semejante previsión del legislador que castiga más levemente las hipótesis de venta de un bien por el no propietario, incluso a pesar de que pudiera tratarse de una vivienda y su valor sea muy elevado, que a los autores de una estafa genérica de los artículos 248 y 249”*.

- a. Enajenación, gravamen o arriendo de bienes, atribuyéndose una facultad de disposición de la que carece (artículo 251.1 CP)

La conducta típica consiste en enajenar, gravar o arrendar a otro, en perjuicio de éste o de un tercero, una cosa mueble o inmueble careciendo de la capacidad para hacerlo, bien por no haberla tenido nunca, bien por haberla ya ejercitado. Los requisitos exigidos por el tipo son, por tanto, los siguientes: a) Que el sujeto activo carezca de facultad de disposición; b) Que pese a ello enajenare, gravare o arrendare bienes muebles o inmuebles; y c) Que ocasione un perjuicio para el sujeto pasivo del delito o para un tercero.

Las modalidades de conducta aquí recogidas podrían ser reconducidas a las estafas genéricas el artículo 248.1 CP y, en su caso, les serían de aplicación las agravantes específicas del 250.1.1ª CP, en tanto que en ellas aparecen secuencialmente todos los elementos constitutivos del delito de estafa: engaño bastante, error, acto de disposición patrimonial y perjuicio del sujeto pasivo o de tercero. La especialidad de esta modalidad de estafa radica en que tanto el engaño como el acto de disposición quedan limitados a las formas específicas que señala el tipo (SOLAZ SOLAZ, 2007; DOVAL PAÍS, 2005; CHOCLAN MONTALVO, 2009; BENITEZ ORTÚZAR, 2013). El único requisito que no viene expresamente plasmado en

la descripción típica, pero que es inherente a la conducta descrita, es el ánimo del lucro del sujeto activo. Realmente lo que el legislador pretende, al describir específicamente esta figura delictiva, es tipificar una modalidad concreta de engaño, consistente en aparentar frente al sujeto pasivo una capacidad de disposición sobre el bien, para enajenarlo, gravarlo o arrendarlo, de la que carece (BENITEZ ORTÚZAR, 2013), “bien por no haberla tenido nunca, bien por haberla ya ejercitado” incluyendo en el tipo aquellos casos en los que el sujeto activo se atribuye falsamente la capacidad de disposición de una cosa inexistente, en tanto que la expresión “atribuyéndose falsamente” una capacidad de disposición de la que carece, apunta necesariamente a que esa sea la causa por la que el sujeto pasivo realiza el negocio jurídico en perjuicio propio o de tercero (DOVAL PAIS, 2015).

Respecto de la capacidad de disposición, la tiene quien está legalmente habilitado para transmitir la propiedad, para gravar o para arrendar la cosa a otro. Enajenar es transmitir la propiedad de los bienes y gravar el bien es imponerle una carga legal que limita los derechos del propietario, disminuyendo el valor de la cosa (GONZÁLEZ RUS, 2011). De tal modo que para la realización del tipo se exige una actuación engañosa consistente en atribuirse falsamente una capacidad de disposición del bien de la que en ese momento carece, bien por no haberla tenido nunca, bien por haberla ejercitado con anterioridad (BENITEZ ORTÚZAR, 2013).

En cuanto a la fórmula utilizada por el legislador “*atribuyéndose falsamente capacidad de disposición de la que carece*” debe afirmarse que se amplía el ámbito de posibles autores del delito, en tanto que el sujeto activo no se limita al dueño del bien, sino a todo aquel que por que se atribuye falsamente una capacidad de disposición del bien, cualquiera que sea la institución jurídico civil que le autorice disponer del mismo (el derecho de propiedad, el derecho de usufructo, etc) (CHOCLÁN MONTALVO, 2009; Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2007).

Atendiendo a lo dispuesto en el apartado segundo de este artículo 251 CP, referente a la doble venta o a la imposición de un gravamen sobre una cosa previamente enajenada como libre, con anterioridad a la definitiva transmisión al adquirente, en este apartado primero debe considerarse que sólo se incluyen aquellos casos en los que el sujeto ya ejecutó una enajenación anterior, con la definitiva transmisión de la cosa, por lo que perdió la capacidad de disposición.

Ahora bien, en todo caso, el mueble o inmueble que se enajena, grava o arrienda sin tener la facultad de disposición por parte del sujeto activo debe existir realmente, puesto que de no existir dicho inmueble, la conducta sería típica de la estafa genérica del artículo 248.1 CP, y en su caso del artículo 250 CP, no siendo aplicable esta modalidad específica del artículo 251.1 CP (SOLAZ SOLAZ, 2007).

Respecto del gravamen, debe admitirse correcta una concepción extensiva por la que se materializará esta modalidad de estafa con la imposición de cualquier carga legal que limite los derechos del propietario, bien de naturaleza real, bien de naturaleza personal (hipoteca, prenda, anticresis, prohibiciones de enaje-

nar, arrendamiento, embargo...) (GONZALEZ RUS, 2011; BENITEZ ORTÚZAR 2013; Sentencia del tribunal Supremo de 23 de febrero de 2004).

Respecto del arrendamiento por quien no tiene capacidad para ello, el engaño se producirá cuando alguien finge la facultad de disposición del inmueble para su arrendamiento, pudiendo ser éste incluso el nudo propietario en caso de que la cosa esté sometida a usufructo.

- b. Disposición del bien con ocultación de carga sobre el mismo o gravándolo o enajenándolo de nuevo antes de la definitiva transmisión al adquirente (artículo 251.2 CP)

Realmente, en este apartado se recogen hasta tres modalidades de conducta diferentes: a) Disposición ocultando las cargas; b) Enajenación de la cosa como libre estableciendo un gravamen posterior a la misma, pero anterior a la transmisión definitiva al adquirente; c) Segunda enajenación de la cosa con anterioridad a la transmisión definitiva al adquirente.

En los tres supuestos, a diferencia de los tipificados en el apartado primero del mismo artículo 251 CP, la falacia típica se materializa en los casos que poseyendo aún la capacidad de disposición sobre el inmueble, la utiliza mal, en tanto que, en un caso, oculta o silencia la restricción que representa la carga existente sobre el bien, y, en otros casos, la ejerce fraudulentamente (gravándola o enajenándola de nuevo) antes de la definitiva transmisión al adquirente

En el primer caso, se trata de un supuesto de estafa en el que cabe tanto la conducta activa, tendente a ocultar ante el adquirente de buena fe la carga que pesa sobre el bien, aparentando estar libre de cargas, como la omisiva, en aquellos casos en los que el vendedor –teniendo la obligación legal de comunicar al comprador el estado real de la cosa– silencia la existencia de la carga (DOVAL PAIS, 2005; BAJO FERNÁNDEZ, 2004). En definitiva, lo importante es que el sujeto oculte la existencia de un gravamen o carga preexistente sobre la cosa que afecta al valor de la misma, ocasionando así un perjuicio al sujeto pasivo o a un tercero. Requisitos de esta modalidad comisiva son que el autor conozca la existencia del gravamen o carga que recae sobre la cosa y que lo oculte, elemento de engaño consustancial a toda estafa. La ocultación puede consistir, por ello, tanto en simular la no existencia de la carga (acción) como en simplemente silenciarla cuando se tiene el deber de comunicarla al comprador (omisión), incluyendo igualmente aquellos casos en los que sin ocultar la existencia de la carga, lo que se hace es ocultar las magnitudes reales de la misma (Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2004). Por otra parte, con la fórmula típica referida a la ocultación de la existencia de cualquier carga sobre la cosa, el legislador ha optado por una interpretación amplia de carga, que junto a las “cargas reales”, abarque cualquier otra obligación, incluso personal que recae sobre la cosa, incluyendo, por tanto, cualquier convenio que sujeta la cosa al cumplimiento de una obligación (VALLE MUNIZ/QUINTERO OLIVARES, 2009; BENITEZ ORTÚZAR, 2013; CONDE PUNDIDO FERREIRO, 1997). No obstante, deben distinguirse, en cualquier

caso, las cargas o gravámenes de los vicios de la cosa vendida, que deberán resolverse por vía civil (así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 febrero 2004).

En el segundo y tercer caso, la modalidad típica se asemeja a la del apartado primero del artículo 251 CP, en tanto que el sujeto habiendo ya enajenado la cosa como libre, ejerce la capacidad de disposición sobre la misma gravándola o enajenándola de nuevo, de tal forma que la transmisión de la propiedad que fue enajenada como libre se realiza sobre la cosa gravada (en un caso) o no llega a realizarse volviendo a ser enajenada a un segundo comprador (en otro caso). Respecto de los bienes inmuebles la diferencia entre ambos supuestos radica en que el tipo del artículo 251.1° CP será aplicable cuando el sujeto en la primera enajenación ya ha realizado la traditio del inmueble, mientras que será de aplicación el tipo del artículo 252.2° CP en aquellos casos en los que la traditio aún no se haya materializado mediante escritura pública, puesto que hasta este momento el sujeto que decide gravar el inmueble o volver a enajenarlo aún no ha perdido su capacidad de disposición. El sujeto, sin embargo, se aprovecha de una situación de transitoriedad para obtener un beneficio en perjuicio del adquirente o de un tercero. En estos casos el dolo defraudatorio no tiene porqué aparecer desde el momento de la primera enajenación, rompiendo con la estructura típica de la estafa genérica (al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2009).

En los casos de doble venta sin haberse materializado la traditio de la primera venta, es decir, si materializar la entrega de la propiedad, el sujeto no ha perdido la capacidad de disposición de la propiedad, de tal modo que no finge una capacidad de la que carece, puesto que sí dispone de dicha capacidad de disposición, de tal forma que esta actuación fraudulenta se separa del *modus operandi* de las estafas genéricas, pues no existe en el acto dispositivo del sujeto activo, al menos formalmente, una conducta falsaria, puesto que actúa con la capacidad que aún le reconoce el Código civil.

Pero en estos casos de doble venta sin la materialización de la transmisión de la propiedad en la primera enajenación, las situaciones que pueden plantearse son variadas: a) Es posible, de un lado que el sujeto ya hubiese maquinado antes de la primera enajenación la segunda (que el sujeto tenga ya la intención de perfeccionar la compraventa y entregar la cosa al segundo comprador), con objeto de llevar a error al primer comprador que realiza un acto de disposición patrimonial en concepto de pago total o parcial del inmueble, sin que en ningún caso pueda adquirir la propiedad del mismo, por la maquinación del sujeto activo que va a enajenarlo al segundo comprador. Se trata de un caso que tiene cabida perfecta en el tipo genérico de estafa del 248.1 CP (CONDE PUMPIDO FERREIRO, 1997; BENITEZ ORTÚZAR, 2013) y en el del artículo 251.2 CP; b) De otro lado, es posible que el vendedor actúe con un dolo antecedente respecto del segundo comprador, sabiendo que va a entregar el inmueble al primer comprador. En este segundo caso se dan también todos los elementos del delito de estafa del artículo 248.1 CP, respecto del segundo comprador y del artículo 251.2 CP.

Los dos casos anteriores son perfectamente subsumibles en el tipo genérico de estafa del artículo 248.1 CP. En un caso el acto de disposición patrimonial

movido por el error ocasionado por el engaño lo realiza el primer comprador, en otro caso, lo realiza el segundo. En ambos casos hay un dolo antecedente de engañar a un tercero para crear en él un error que le lleva a realizar un acto de disposición patrimonial en perjuicio propio o de un tercero, dando lugar a un enriquecimiento ilícito en el sujeto activo. Sin embargo, es posible plantear, como se ha referido anteriormente, una situación en la que el vendedor realiza el contrato de compraventa con el primer comprador sin intención defraudatoria, pero que antes de la trasmisión definitiva del inmueble recibe una mejor oferta de un segundo comprador y materializa la trasmisión, elevando a escritura pública la propiedad del inmueble respecto del segundo comprador. En este caso, el perjuicio causado en el primer comprador deriva de un acto de disposición patrimonial realizado que no es provocado por un engaño antecedente del vendedor, en tanto que la intención defraudatoria respecto del mismo surge con posterioridad a la materialización del acto de disposición patrimonial del primer comprador que es el que resulta perjudicado. Respecto del segundo comprador no hay ni engaño, ni error, ni perjuicio económico alguno. Estas actividades fraudulentas que no son incluíbles en el tipo del delito de estafa genérico del artículo 248.1 CP, sí tienen cabida en el artículo 251.2 CP en tanto que en su redacción literal expresamente define la conducta de quien *“habiéndola enajenado como libre la gravare o enajenare nuevamente antes de la definitiva transmisión al adquirente, en perjuicio de éste o de un tercero”* (en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1983).

Pero cabe plantear otra posibilidad, en el caso en el que el vendedor una vez obtenido el beneficio económico por la primera venta, antes de la definitiva trasmisión de la propiedad, con el fin de perjudicar al primer comprador acuerda con un tercero materializar una nueva venta y elevarla directamente a escritura pública, con la trasmisión de la propiedad. En este caso pueden plantearse, de nuevo, distintas posibilidades atendiendo al momento en que aparece el dolo defraudatorio. Si la conducta consiste en la materialización del plan concertado entre el vendedor y el segundo comprador con anterioridad a la primera venta ficticia que da lugar al acto de disposición patrimonial del primer comprador, deberá considerarse la aplicación del tipo genérico de estafa del artículo 248.1 CP (con sus eventuales agravaciones del artículo 150.1 CP, por tratarse de inmuebles destinados a vivienda habitual o por la cantidad defraudada), siendo responsables en concepto de coautores de la estafa tanto el vendedor como el segundo comprador, en tanto que no será aplicable ni el tipo del artículo 251.1 CP ni el del artículo 251.2 CP, puesto que el sujeto finge la venta teniendo la facultad de disposición del inmueble (MANZANARES SAMANIEGO, 1997; BAJO FERNÁNDEZ, 2004); ahora bien, puede plantearse la situación en la que el dolo defraudatorio surge al vendedor ante la oferta que le hace el segundo comprador tras la primera venta sin traditio de la propiedad. En este segundo caso no sería aplicable el tipo genérico de la estafa del artículo 248.1 CP, en tanto que el acto de disposición patrimonial realizado por el primer comprador no mantiene una relación de causalidad con un error provocado por el engaño bastante antecedente. El engaño

es subsiguiente al acto de disposición patrimonial. En este caso, no obstante si podría plantearse la aplicación del tipo del artículo 251.2 CP respecto a la doble venta antes de la traditio en la primera venta, siendo el vendedor responsable en concepto de autor, pudiendo considerarse al segundo comprador cooperador necesario del delito si actúa en connivencia con la conducta fraudulenta del vendedor (BENITEZ ORTÚZAR 2013). En estos casos la conducta típica se aleja de la estafa del artículo 248.1 CP, por lo que tampoco podrían aplicársele las agravaciones recogidas en el artículo 250 CP (BENITEZ ORTÚZAR 2013).

Resumidamente, los requisitos exigidos para aplicar el tipo penal de doble venta del inmueble sin que se haya materializado la traditio del mismo en la primera enajenación, vienen sucintamente establecidos en las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2000 y de 15 de julio de 2009: a.) Que haya existido una primera enajenación; b) Que sobre la misma cosa antes enajenada haya existido una segunda enajenación “antes de la definitiva transmisión al adquirente”, es decir, antes de que el primer adquirente se encuentre con relación a la cosa adquirida en una posición jurídica tal que el anterior titular ya no esté capacitado para realizar un acto de disposición a favor de otra persona; c) Perjuicio de otro, que puede ser el primer adquirente o el segundo, según quien sea el que en definitiva se quede con la titularidad de la cosa doblemente enajenada, para lo cual hay que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 1473 del Código civil; d) Además ha de concurrir el dolo como en todos los delitos dolosos, consistente en este caso en actuar con conocimiento de los tres requisitos expuestos: la existencia de esas dos enajenaciones sucesivas sobre la misma cosa y del mencionado perjuicio.

En cuanto a la constitución de un gravamen sobre el inmueble una vez vendido en contrato privado con anterioridad a la elevación de la compra-venta a escritura pública, el razonamiento es similar, debiendo considerar gravamen en un sentido extensivo tanto los gravámenes reales como los gravámenes personales que recaigan sobre la cosa. Al respecto, las SSTs de 30 de abril de 2001 y de 27 de enero de 2009, expresamente señala lo siguiente: “*Qué duda cabe que el titular de la propiedad comprometida en venta y no transmitida todavía definitivamente mantiene el derecho de propiedad. Sin embargo tiene prohibido gravar el inmueble con hipotecas defraudando de esta manera a los futuros propietarios. Tal prohibición se encontraba en el art. 531 del CP de 1973 y sigue vigente en el actual art. 251.2º del CP. Ello demuestra que el ejercicio del derecho de propiedad no opera sin más como una causa de justificación y que, por regla general, no tendrá nunca los efectos de una causa de justificación cuando produce daños a terceros. En esta materia rigen los principios generales de las causas de justificación, según los cuales el ejercicio de los derechos que ellas confieren no justifican las lesiones a los derechos de personas ajenas a la situación en la que tales derechos se reconocen*”.

6.2. Contrato simulado en perjuicio de otro

Por su parte, el artículo 251.3º CP castiga con penas de uno a cuatro años, “*el que otorgue en perjuicio de otro un contrato simulado*”.

Se tipifica aquí una auténtica estafa impropia (GONZÁLEZ RUS, 2011) Realmente, puede ser cualquier cosa (un alzamiento de bienes, una falsedad en documento privado, etc.) diferente a una estafa en sentido propio (ÁLVAREZ GARCÍA, 2011). No requiere, en este sentido, que concurran todos los elementos de la estafa propia del artículo 248.1 CP (en contra, BAJO FERNÁNDEZ, 2004).

La realización del tipo exige una pluralidad de personas distintas al perjudicado. El tipo exige simular (es decir, hacer parecer como ajustado a la realidad lo que no es) un acuerdo de voluntades entre dos o mas personas, en perjuicio de un tercero.

Se discute si para la consumación del tipo se exige la materialización del perjuicio (GONZÁLEZ RUS, 2011; ÁLVAREZ GARCÍA, 2011; SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAILLO, 2011) o si basta la simple puesta en peligro del mismo con la materialización del contrato simulado, con la simulación contractual idónea para menoscabar los intereses patrimoniales de otro (PASTOR MUÑOZ, 2015).

Al respecto, la STS de 1 de junio de 2009 señala lo siguiente: *“A tal efecto, nos dicen las SSTs de 30-1-1995 y de 18-2-1991 que «el delito de estafa ejecutado a través de un contrato simulado, tipificado en el art. 532.2º del Código Penal de 1973 denominado por la doctrina, falsedad defraudatoria, estafa documental y también simulación de fraude, exige para poderse apreciar los siguientes condicionamientos: a) en cuanto a la acción, el hecho de otorgar un contrato como sinónimo de extender un documento público o privado y a través del que se pone de relieve un negocio jurídico sin existencia real alguna (simulación absoluta) o con ocultación del contrato verdadero (simulación relativa); b) desde la óptica de la antijuridicidad, que el resultado de la simulación tenga una valoración perjudicial de carácter patrimonial, conforme a la normativa jurídica que regula el tráfico de bienes; y c) en cuanto a la culpabilidad, que se tenga conciencia y voluntad libre de la simulación realizada, de la que debe derivarse, con toda claridad, la existencia de un ánimo tendencial dirigido a causar el perjuicio patrimonial que ha de redundar en beneficio de los sujetos activos de la acción»”.*

7. Penalidad

El artículo 248 CP, párrafo primero establece que *“los reos de estafa serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años”*. A continuación aporta al Juez unas pautas para individualizar la pena al caso concreto: *“Para la fijación de la pena se tendrá en cuenta el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre éste y el defraudador, los medios empleados por éste y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción”*.

Respecto del delito leve de estafa, el párrafo segundo del artículo 248 CP prevé una pena de multa de uno a tres meses, en la línea de otros delitos patrimoniales leves sin violencia ni intimidación en las personas, ni fuerza en las cosas, como el ocurre con el delito leve de hurto.

El artículo 250.1 CP prevé una pena de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses, para los tipos agravados de estafa.

El artículo 250.2 CP prevé una pena de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses, para los tipos hiperagravados de estafa.

El artículo 251 CP prevé una pena de prisión de uno a cuatro años para las estafas especiales.

Y el artículo 251 bis CP, cuando de acuerdo con lo previsto en el artículo 31bis CP una persona jurídica sea responsable de los delitos de estafa se le impondrán las penas: a) De multa del triple al quíntuplo de la cantidad defraudada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años; b) De multa del doble al cuádruple de la cantidad defraudada en los demás casos. Pudiendo además, atendiendo a las reglas establecidas en el artículo 66 bis imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del artículo 33 CP.

BIBLIOGRAFÍA

- ALMELA VICH, “El delito de estafa y el de apropiación indebida”, en AP, 1998; ANTON ONECA, «Las estafas y otros engaños», en NEJ, IX, 1957; ARROYO DE LAS ERAS, *Los delitos de estafa y falsedad documental*, Barcelona, 2006; BAEZ, “Estafa Procesal”, RPDPCr 2012; BENITEZ ORTÚZAR, “Aspectos jurídico-penales relativos a la adquisición de inmuebles. Los fraudes inmobiliarios”, *La protección del consumidor de inmuebles*, Madrid, 2013; BENÍTEZ ORTÚZAR, “El juego del <<trile>> en la Audiencia Provincial de Barcelona. A propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección segunda, de 26 de febrero de 2009, Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento, Pamplona 2009; BAJO FERNÁNDEZ, Los delitos de estafa en el Código penal, Madrid, 2004; BACIGALUPO, Falsedad documental, Falsedad documental, estafa Y administración desleal, Madrid, 2007; BOIX REIG, *Estafas y falsedades (Análisis jurisprudencial)*, Madrid, 2005; CANESE, “Estafa con documentos”, RDPCr, 2014; CARMONA SALGADO, “Algunas reflexiones sobre la nueva regulación de ciertas estafas inmobiliarias en el CP95”, en *Revista de Ciencias Penales*, 2000, n.º 3. CHOCLÁN MONTALVO, “Engaño bastante y deberes de autoprotección. Una visión de la estafa orientada al fin de protección de la norma”, en *Actualidad Aranzadi*, 1999, n.º 398; *El delito de estafa*, Barcelona, 2009; CONDEPUMPIDO TOURON, *Estafas*, Valencia, 1997; DE VICENTE REMESAL, «Alzamiento de bienes, otorgamiento de contrato simulado y falsedad en documento», en *La Ley*, 1990; DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Estafas y otros fraudes en el ámbito inmobiliario”, *Derecho penal de la construcción. Aspectos urbanísticos, inmobiliarios y de seguridad en el trabajo*, Granada, 2006; FERNÁNDEZ TERUELO, “Los créditos bancarios y el Derecho penal”, en *La Ley*, 2000; “Respuesta penal frente a fraudes cometidos en Internet: estafa, estafa informática y los nudos de la red” en RDPC, 2007; *Ciberdelitos. Los delitos cometidos a través de Internet*, Oviedo, 2007. GALÁN MUÑOZ, “El nuevo delito del art. 248.3 CP: ¿un adelantamiento desmedido de las barreras de protección penal del patrimonio?”, *La Ley*, 2004; GALLEGO SOLER, “Fundamento y límites de los deberes de autoprotección de

la víctima en la estafa”, *ADPCP*, 2005; GARCÍA MOSQUERA, *La estafa de seguro*, Madrid, 2006; GARCÍA NOGUERA, “La reforma penal de la falsificación, tráfico y uso ilícito de tarjetas bancarias”, en *IDP* (<http://idp.uoc.edu>), abril 2007; GÓMEZ INIESTA, “Estafa y blanqueo de dinero a través de internet”, *La Ley penal*, 2013; GONZALEZ RUS, *Los intereses económicos de los consumidores (Protección penal)*, Madrid, 1986; GONZALEZ RUS, «Aproximación al tratamiento penal de los ilícitos patrimoniales relacionados con medios o procedimientos informáticos», en *RFDUCM*, XII, 1986; GONZALEZ RUS, «Protección penal de sistemas, elementos, datos, informaciones, documentos y programas informáticos», en *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología*, 1999 (<http://www.recpc.com>); GONZALEZ RUS, “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (V), Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial, Madrid, 2011; LORCA MARTÍNEZ, *Las estafas del art. 251 del Código Penal de 1995*, Madrid, 1997. MATA Y MARTÍN, *Estafa convencional, estafa informática y robo en el ámbito de los medios electrónicos de pago. El uso fraudulento de tarjetas y otros medios de pago*, Pamplona, 2007; MIRA BENAVENT, “El delito de estafa en el proyecto de Ley de reforma del Código penal de 2007”, *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea*, Valencia, 2009; MIRÓ LLINARES, “Respuesta penal al cibercrimen”, *RECPCr*, 2013; MORÓN LERMA, *Internet y Derecho penal: Hacking y otras conductas ilícitas en la Red*, Pamplona, 1999; MUÑOZ CONDE, “La llamada estafa de crédito”, *RGDP*, 2008; NUÑEZ CASTAÑO, *La estafa de crédito*, Valencia, 1998; OCAÑA RODRÍGUEZ, *Transmisiones de bienes fraudulentas. Aspectos civiles y penales de la estafa impropia*, Madrid, 1998. OLIVA GARCIA, *La estafa procesal*, Madrid, 1974; PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en la estafa*, Madrid, 2003; PÉREZ DEL VALLE, «El engaño omisivo en la estafa», en *CPC*, 1996; REY HUIDORO, “Estafa informática”, *La Ley Penal*, 2013; SERRANO GOMEZ, «La duda de la víctima como forma de error en el delito de estafa», en *CPC*, 1993; RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, “Defraudaciones”, *Estudios sobre el Código penal reformado*, Madrid 2015; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, “Delitos contra intereses económicos de los consumidores y estafa”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 2011; SERRANO PIEDECASAS, *La estafa en el contrato de seguro*, Barcelona, 1991; SOTO NIETO, “Estafa procesal y sus características”, *La Ley*, 2003. TORIO LOPEZ, «Acción y resultado típico en la estafa procesal», en *Libro Homenaje al Prof. Antón Oneca*, Salamanca, 1982, VALLE MUNIZ, «Tipicidad y atipicidad de las conductas omisivas en el delito de estafa», en *ADPCP*, 1986; VALLE MUÑIZ, *El delito de estafa*, Barcelona, 1987; VIANA BALLESTER, “Los delitos de Estafa”: arts. 249 y 250 CP”, *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Valencia 2015.

UNIDAD 5

DELITOS CONTRA LA CONFIANZA Y LA BUENA FE EN LOS NEGOCIOS

Competencias

- Analizar las principales características de los delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios, especialmente de los delitos de insolvencia que atentan contra el sistema crediticio.

PRIMERA LECTURA

García Salguero, N. (2022). Delitos de insolvencia y concursales, en sentido amplio. En Del Rosal Blasco, B. (Coord.). Derecho Penal de Sociedades Mercantiles (pp. 408-428). Navarra, España. Thomson Reuters Aranzadi.

La presente lectura desarrolla los delitos bajo la rúbrica de “frustración de la ejecución”, para ello se indican cuestiones comunes a los delitos como el bien jurídico protegido y el concepto de insolvencia, para luego proceder a analizar el alzamiento de bienes en todas sus modalidades, y especialmente la figura delictiva de ocultación de bienes en un procedimiento judicial o administrativo de ejecución, incorporada mediante la reforma de 2015.

Derecho Penal de Sociedades Mercantiles

BERNARDO DEL ROSAL BLASCO
(COORDINADOR)

BERNARDO DEL ROSAL BLASCO
FERNANDO ADAME GARCÍA
ÍÑIGO SEGRELLES DE ARENAZA
NATALIA GARCÍA SALGUERO
FRANCISCO MENA VELA
MARÍA PÉREZ CALVO
JOSÉ IGNACIO GOMARA DÍEZ
ANDRÉS FALCETO RODAL

INCLUYE LIBRO
ELECTRÓNICO
THOMSON REUTEI
PROVIEW™

THOMSON REUTERS

ARANZADI

BERNARDO DEL ROSAL BLASCO

*Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Alicante
Abogado-Socio de Del Rosal, Adame & Segrelles Abogados
(Coordinador)*

DERECHO PENAL DE SOCIEDADES MERCANTILES

AUTORES

BERNARDO DEL ROSAL BLASCO NATALIA GARCÍA SALGUERO
*Catedrático de Derecho Penal Abogada en Del Rosal,
Universidad de Alicante Adame & Segrelles Abogados
Abogado-Socio de Del Rosal,*

Adame & Segrelles Abogados FRANCISCO MENA VELA
*Abogado en Del Rosal,
Adame & Segrelles Abogados*

FERNANDO ADAME GARCÍA MARÍA PÉREZ CALVO
*Abogado-Socio de Del Rosal, Abogada en Del Rosal,
Adame & Segrelles Abogados* *Adame & Segrelles Abogados*

ÍÑIGO SEGRELLES DE ARENAZA JOSÉ IGNACIO GOMARA DÍEZ
*Profesor Titular de Derecho Penal Abogado en Del Rosal,
Universidad Complutense de Madrid Adame & Segrelles Abogados*

ANDRÉS FALCETO RODAL
Abogado en Del Rosal, Adame & Segrelles Abogados

THOMSON REUTERS

ARANZADI

Primera edición, 2022



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

© 2022 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Bernardo del Rosal Blasco (Coord.) y otros]

© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

Editorial Aranzadi, S.A.U.

Camino de Galar, 15

31190 Cizur Menor (Navarra)

ISBN: 978-84-1390-820-5

DL NA 141-2022

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

violencia o intimidación, o abuso de la vulnerabilidad de la víctima, sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad;

2. Esta disposición no es aplicable a los extraños que participaren en delito”.

El precepto que ahora nos ocupa tiene trascendencia no sólo entre personas físicas, en concreto, entre familiares, donde la aplicación es sencilla, si en empresas familiares constituidas como sociedades, porque en estos casos conforme a la letra de la ley, no es aplicable la excusa absolutoria cuando quien ejerce la acusación es la persona jurídica. Por ejemplo, en una sociedad participada por los padres y los hijos, podría ocurrir, como de hecho plantea en la práctica, que la propia sociedad ejerciera una acción penal y apropiación indebida contra el administrador, que es uno de ellos, por haber sustraído dinero o bienes. Aunque el Tribunal Supremo sostiene que si la acción la ejerce la persona jurídica, o el Ministerio Fiscal, no se puede aplicar la excusa absolutoria, en los casos concretos se trata de cónyuges en proceso de separación, o concurre un pariente que no cumple las restricciones de : 268 CP (Véanse, SSTS n.º 719/2014, de 5 de noviembre; 933/2010 de 22 octubre; ATS n.º 1316/2016, de 14 de julio. La SAP Valencia n.º 237/2017, 7 de abril, levanta el velo *in bonam parte* y aplica la excusa absolutoria). Se debe tener en cuenta también el art. 103, 2.º, LECrim⁷³².

IV. DELITOS DE INSOLVENCIA Y CONCURSALES, EN SENTIDO AMPLIO

1. LA FRUSTRACIÓN DE LA EJECUCIÓN*

1.1. Introducción

Los delitos bajo la rúbrica de “frustración de la ejecución” se ubican en art. 257 a 258 ter CP, en un específico capítulo, el VII, y se introdujeron a través de la LO 1/2015, que acometió una revisión técnica de los delitos de insolvencia punible. La justificación de la reforma, según el Preámbulo de la LO fue la “necesidad de establecer una clara separación entre las conductas de obstaculización o frustración de la ejecución, a las que tradicionalmente se le ha entendido referido el delito de alzamiento de bienes, y los delitos de insolvencia o bancarrota”. Como resultado, los delitos incluidos en el citado Capítulo VII (“Frustración de la ejecución”) tienen, como característica común, el estar dirigidos a frustrar u obstaculizar un procedimiento ejecutivo y los delitos de insolvencia o bancarrota, que se mudan al nuevo Capítulo VII bis, manteniendo la denominación “insolvencias punibles”.

⁷³². Que dice: “Los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza, por la adopción o por afinidad, a no ser por delito o falta cometidos por los unos contra las personas de los otros”.

* A cargo de **Natalia García Salguero**.

La separación sistemática de ambos grupos de delitos de insolvencia en dos capítulos ha recibido multitud de críticas por parte de la doctrina, al considerar que confunde, pues se podría pensar que la insolvencia es, únicamente, un requisito de los tipos del Capítulo VII bis (“insolvencias punibles”), cuando realmente, las figuras delictivas definidas en el Capítulo VII también exigen como presupuesto imprescindible la situación de insolvencia, por lo que habría sido más acertado mantener una única rúbrica⁷³³. La nueva denominación, “frustración de la ejecución”, también ha sido foco de múltiples críticas, incluyendo al CGPJ⁷³⁴, que, en su informe al Anteproyecto de 16 de enero de 2013, señaló que la denominación elegida no resultaba precisa, dado que la consumación de ciertas modalidades delictivas incluidas bajo dicha denominación no requieren, si quiera, el inicio de un procedimiento de ejecución⁷³⁵. El CGPJ llegó a proponer una rúbrica alternativa, “Delitos contra el derecho de crédito”, que habría sido más acertada, por cuanto habría abarcado todos los supuestos regulados, ya que, como señala SOUTO GARCÍA⁷³⁶, es posible hablar de “una única familia delictiva”, siendo el elemento de unión la protección del derecho de crédito que, según el tipo que se analice, puede manifestarse de formas diversas.

En cualquier caso, bajo este Capítulo VII estamos ante el tradicional delito de alzamiento de bienes, al que la reforma de 2015 ha añadido dos nuevas figuras delictivas llamadas a completar la tutela penal de los procedimientos de ejecución y, con ello, del crédito: de un lado, la ocultación de bienes en un procedimiento judicial o administrativo de ejecución (art. 258 CP) y, de otro, la utilización no autorizada por el depositario de bienes embargados por la autoridad (art. 258 bis CP).

1.2. Cuestiones comunes

A) Bien jurídico protegido

En cuanto al bien jurídico protegido, no se puede negar que, con independencia de ciertos matices en función del delito concreto, su análisis será válido para los delitos de insolvencia contenidos en los Capítulos VII y VII bis. La fijación del bien jurídico en los delitos de insolvencia ha generado gran controversia en la doctrina, convergiendo en dos posturas enfrentadas.

733. En este sentido; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Parte especial, op. cit.*, pág. 53; SOUTO GARCÍA, E. M.: “Frustración de la ejecución e insolvencias punibles (arts. 257 y ss.)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.): *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, 2.ª ed., Valencia, 2015, pág. 788.

734. Informe del CGPJ al Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995 de 23 de noviembre del CP, de 16 de enero de 2013, págs. 204 y ss.

735. En idéntico sentido, BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., en MORILLAS CUEVAS, L. (Dir.): *Sistema...*, *op. cit.*, pág. 628.

736. SOUTO GARCÍA, E. M.: *Los delitos de alzamiento de bienes en el Código Penal de 1995*, Valencia, 2009, pág. 84.

De un lado, la doctrina mayoritaria⁷³⁷ atribuye a estos delitos naturaleza patrimonial, considerando que el bien jurídico se concreta en el derecho que tiene el acreedor de satisfacer su crédito con el patrimonio del deudor por las obligaciones incumplidas. No se castiga el mero incumplimiento, sino aquellas conductas fraudulentas por las que el deudor frustra el derecho que los acreedores tienen a satisfacerse en el patrimonio del deudor, que surge de lo estipulado en el art. 1.911 del CC: “Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros”. De otro lado, una doctrina minoritaria⁷³⁸ que defiende que también se vería afectado el orden socioeconómico, por lo que también resulta objeto de protección el correcto funcionamiento del sistema crediticio.

Así las cosas, la reforma de 2015 no implica cambios de relevancia en relación con el bien jurídico protegido en los delitos de frustración de la ejecución, con lo que no se pone fin a la tradicional controversia⁷³⁹. Por su parte, acertadamente razona MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ⁷⁴⁰ que “no hay duda de que de *lege data* la regulación del CP español se orienta en la línea apuntada por el sector doctrinal mayoritario, y que, por tanto, el único bien jurídico directamente protegido (bien jurídico en sentido técnico) viene representado por el aludido derecho de crédito. Cuestión distinta es que, sentada esta afirmación básica, se agregue que, con la incriminación de los delitos de insolvencia, el legislador persigue tutelar indirectamente la economía crediticia como pieza fundamental del sistema socioeconómico”⁷⁴¹.

Por su parte, la jurisprudencia⁷⁴² señala que constituye un tipo pluriofensivo, que tutela, de un lado, el derecho de los acreedores a que no se defraude la responsabilidad universal, y de otro, el interés colectivo con el buen funcionamiento del sistema económico crediticio.

En cuanto a la protección del derecho de crédito de los acreedores, desde la introducción del apartado 3 del art. 257 CP, que señala que “lo dispuesto en el presente artículo será de aplicación (...), y con independencia de que el acreedor sea un particular o cualquier persona jurídica, pública o privada”, no cabe duda de que esa protección se extiende al Estado.

737. En entre otros; BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho penal...*, *op. cit.*, págs. 423 y ss.; MUÑOZ CONDE, F.: *Parte especial*, 2021, *op. cit.*, pág. 442.

738. Entre otros; QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho penal...*, *op. cit.*, págs. 791 y ss.; MESTRE DELGADO, E., en LAMARCA PÉREZ, C. (coord.): *Delitos...*, *op. cit.*, págs. 401 y ss.

739. Así lo indican, entre otros: SOUTO GARCÍA, E. M.: “Frustración ...”, en *op. cit.*, págs. 789 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Parte especial*, *op. cit.*, págs. 54 y ss.

740. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Parte especial*, *op. cit.*, pág. 55.

741. En el mismo sentido, SOUTO GARCÍA (*Los delitos...*, *op. cit.*, págs. 117 y ss.) al considerar los delitos de insolvencia como delitos socioeconómicos en sentido amplio o impropio.

742. Por todas, la STS n.º 51/2017, de 3 de febrero, recogiendo la doctrina de las SSTs n.º 138/2011, de 17 de marzo de 2011, n.º 362/2012, de 3 de mayo y n.º 867/2013, de 28 de noviembre.

Por otra parte, tras la introducción, en la LO 1/2015, de los dos nuevos tipos penales, los incluidos en los arts. 258 y 258 bis., algunos autores como MUÑOZ CONDE⁷⁴³ señalan que ya no se puede decir que el bien jurídico común a todas las figuras delictivas recogidas en el Capítulo VII (“frustración de la ejecución”) sea el derecho de crédito del acreedor, ya que los delitos recogidos en dichos preceptos protegen, directamente, la efectividad del proceso de ejecución o embargo, constituyendo, por lo tanto, más bien un delito contra la Administración Pública, y, en concreto, sobre el correcto funcionamiento y la efectividad de los procedimientos de ejecución judicial o administrativo.

B) Concepto de insolvencia

El elemento común que comparten los diferentes ilícitos penales recogidos en los Capítulos VII y VII bis es la situación de insolvencia del deudor, sujeto activo del delito, frente a su acreedor, sujeto pasivo. Como ya indicó BAJO FERNANDEZ⁷⁴⁴, “la insolvencia se presenta como un estado de hecho y, por tanto, como una realidad previa al Derecho, desprovista de toda valoración jurídica. Pues bien, la insolvencia como tal situación fáctica la entendemos como un estado de desequilibrio patrimonial entre los valores realizables y las prestaciones, de modo que el acreedor no encuentra medios a su alcance para poder satisfacer su crédito en el patrimonio del deudor”.

Ahora bien, la insolvencia por sí sola no constituye delito alguno, ni la fortuita ni la imprudente⁷⁴⁵. Tal y como señala el TS en su Sentencia de 13 de febrero de 1992: “El concepto de insolvencia debe referirse siempre a los casos en los que la ocultación de elementos del activo del deudor produce un impedimento u obstáculo importante para una posible actividad de ejecución de la deuda, de modo tal que sea razonable prever un fracaso en la eventual vía de apremio”. Por tanto, la criminalización de la insolvencia se produce cuando concurre una conducta fraudulenta por parte del deudor sobre su patrimonio, a fin de provocar un perjuicio económico a las personas con las que éste se encuentra unido por una relación crediticia⁷⁴⁶. La insolvencia no debe confundirse con la falta de liquidez, ya que la primera supone una situación de incapacidad definitiva para afrontar el cumplimiento de las obligaciones, mientras que la segunda, únicamente supone una incapacidad provisional. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que no es necesario que el deudor cese en sus pagos para encontrarse en un estado de insolvencia, puesto que no existe una relación absoluta entre

743. MUÑOZ CONDE, F.: *Parte especial, op. cit.*, pág. 448 y ss.

744. BAJO FERNÁNDEZ, M., en BAJO FERNANDEZ, M., SUÁREZ GONZÁLEZ, C. y PÉREZ MANZANO, M.: *Manual de Derecho pena. Parte especial. Delitos patrimoniales y económicos*, 2.ª ed., Madrid, 1993, págs. 212 y ss.

745. BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F.: “Frustración en la ejecución e insolvencias punibles”, en MORILLAS CUEVAS, L. (Dir.): *Estudios sobre el Código penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, 1.ª ed., Madrid, 2015, págs. 569 y ss.

746. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Parte especial, op. cit.*, pág. 48 y ss.

el incumplimiento de las obligaciones y el estado de insolvencia. Puede darse esta última situación y estar el deudor al corriente en el pago de sus obligaciones vencidas, cuando, pese a su incapacidad, salda sus deudas obteniendo los medios económicos de modo fraudulento, o consiguiendo créditos o anticipaciones sobre valores inexistentes o irrealizables. Y puede ser solvente el deudor incumpliendo las obligaciones vencidas, bien porque simplemente no quiere pagar o bien por error o negligencia⁷⁴⁷.

En cuanto a las características que debe presentar la situación de insolvencia del deudor, superada la discusión doctrinal, DEL ROSAL BLASCO⁷⁴⁸ mantiene que la insolvencia es “un concepto que no cabe sino definir en términos absolutos, sin posibilidad de graduación”. EL TS habla de insolvencia total o parcial, real o ficticia, porque no es necesario en cada caso hacerle la cuenta al deudor para ver si tiene o no más activo que pasivo, lo cual no sería posible en muchos casos precisamente por la actitud de ocultación que adopta, si bien, la jurisprudencia ha negado la existencia de alzamiento de bienes cuando, a pesar de haberse ocultado bienes para no satisfacer a un acreedor, quedan aún bienes suficientes en el patrimonio del deudor que permitan atender las obligaciones⁷⁴⁹.

1.3. Alzamiento de bienes

Tras la reforma de la LO 1/2015, que culminó las modificaciones introducidas previamente por la LO 5/2010, el art. 257 CP queda redactado del siguiente modo:

“1. Será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses: 1.º El que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores. 2.º Quien con el mismo fin realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación.

2. Con la misma pena será castigado quien realizare actos de disposición, contrajere obligaciones que disminuyan su patrimonio u oculte por cualquier medio elementos de su patrimonio sobre los que la ejecución podría hacerse efectiva, con la finalidad de eludir el pago de responsabilidades civiles derivadas de un delito que hubiere cometido o del que debiera responder.

747. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (coord.): *Memento práctico Francis Lefebvre penal*, Madrid, 2020.

748. DEL ROSAL BLASCO, B., “Las insolvencias punibles a través del análisis del delito de alzamiento de bienes”, en *ADPCP*, tomo XL, fasc. 2, 1994, pág. 11.

749. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (coord.): *Memento...*, Madrid, 2020.

3. Lo dispuesto en el presente artículo será de aplicación cualquiera que sea la naturaleza u origen de la obligación o deuda cuya satisfacción o pago se intente eludir, incluidos los derechos económicos de los trabajadores, y con independencia de que el acreedor sea un particular o cualquier persona jurídica, pública o privada.

No obstante, lo anterior, en el caso de que la deuda u obligación que se trate de eludir sea de Derecho público y la acreedora sea una persona jurídico-pública, o se trate de obligaciones pecuniarias derivadas de la comisión de un delito contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social, la pena a imponer será de prisión de uno a seis años y multa de doce a veinticuatro meses.

4. Las penas previstas en el presente artículo se impondrán en su mitad superior en los supuestos previstos en los numerales 5.º o 6.º del apartado 1 del artículo 250.

5. Este delito será perseguido aun cuando tras su comisión se iniciara un procedimiento concursal”.

De esta manera quedan unificadas⁷⁵⁰, en un único precepto, el tipo básico del alzamiento y las otras dos modalidades. Con ocasión de la figura clásica del alzamiento de bienes (257, n.º 1, 1.º, CP), analizaremos elementos comunes con las otras dos modalidades, de modo que su estudio será extensible a las mismas, entre ellos, el contenido del injusto, el sujeto pasivo, el objeto material del delito, la existencia previa de crédito, el tipo subjetivo y la autoría y participación.

A) Tipo básico

En el apartado 1, 1.º, se regula el delito básico del alzamiento de bienes, cuyo contenido se mantiene invariable desde el CP de 1973⁷⁵¹: “1. Será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses: 1.º El que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores. (...)”.

a) Tipo objetivo

El delito de alzamiento de bienes incluye, en su descripción, el término “en perjuicio”, cuyas diferentes interpretaciones ha dado lugar a dos posturas diferentes sobre el contenido del injusto del delito, que afectaría, principalmente, al momento consumativo del delito, que más adelante abordaremos. Por un lado, la postura mayoritaria, que defiende el delito de alzamiento de bienes como un delito de peligro y, por otro, la minoritaria, que defiende que se

750. El art. 258 CP (anterior a la reforma LO 1/2015) pasa al 257, n.º 2, CP.

751. Art. 519 CP de 1973: “El que se alzare con sus bienes en perjuicio de sus acreedores”.

trata de un delito de lesión. Entre la doctrina mayoritaria, señala DEL ROSAL BLASCO⁷⁵² que “lo que exige el tipo es la insolvencia y no necesariamente el perjuicio” y, en el mismo sentido, MAGRO SERVET⁷⁵³ indica que “nadie discute que el alzamiento de bienes es un delito de mera actividad que se perfecciona con la puesta en marcha de cualquiera de los artificios encaminados a procurar la ineffectividad de los derechos de los acreedores”.

Sin embargo, lo cierto es que la reforma del 2015 no ha llegado a aclarar el contenido del injusto, por lo que se mantiene la postura minoritaria en contra, al considerar que el delito requiere la producción de un perjuicio económicamente evaluable. Así, por ejemplo, NAVAS MONDACA⁷⁵⁴ ha señalado que “no basta con la existencia de unas maniobras de ocultación de bienes para dar por consumado el delito. Por muchas maniobras fraudulentas que realice el deudor si mantiene bienes en su patrimonio con los que hacer frente a las consecuencias de su incumplimiento, no puede afirmarse que el acreedor sufra perjuicio alguno. El comportamiento del deudor ha de tener como consecuencia una lesión efectiva en el derecho de crédito”.

La calificación, por parte de la jurisprudencia, como delito de peligro, queda constada en numerosas sentencias, entre las que destaca la STS de n.º 51/2017, de 3 de febrero, que señala que el delito de alzamiento de bienes es un delito de mera actividad o de riesgo, que se consuma desde que se produce una situación de insolvencia, aún parcial, de un deudor, provocada con el propósito en el sujeto agente, de frustrar legítimas esperanzas de cobro de sus acreedores, depositadas en los bienes inmuebles o muebles o derechos de contenido económico del deudor.

Es un delito especial propio, cuyo círculo de sujetos activos está reservado a los deudores⁷⁵⁵, si bien, tal y como señala, entre otros, SOUTO GARCIA⁷⁵⁶, el concepto de deudor no se ha de limitar al sujeto obligado al cumplimiento de la obligación, sino, también, a aquellos obligados subsidiariamente, como, por ejemplo, los fiadores⁷⁵⁷, los avalistas⁷⁵⁸ y el responsable civil subsidiario del delito. Igualmente, en virtud de lo dispuesto en el art. 31 CP, también se hace extensivo al administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica o al representante de una persona natural. Se introducen matices en función de la modalidad de alzamiento que se trate, tal y como expondremos

752. “Las insolvencias punibles...”, en *op. cit.*, págs. 21 y ss.

753. MAGRO SERVET, V.: “La insuficiencia del resto de bienes del deudor para la satisfacción del crédito en el delito de alzamiento de bienes” en *La ley penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, n.º 107, 2014, pág. 10.

754. NAVAS MONDACA, I. P.: *Insolvencias punibles. Fundamentos y límites*, Madrid, 2015, pág. 87.

755. SSTS de 20 de mayo de 1990 y 12 de marzo de 1993.

756. SOUTO GARCÍA, E. M.: *Los delitos de alzamiento...*, *op. cit.*, pág. 289.

757. STS de 27 de octubre de 1988.

758. STS de 19 de enero de 1991.

con ocasión sus respectivos análisis. En cualquier caso, en el supuesto de que el fiador de una deuda sea solvente, de conformidad con lo expuesto por el TS⁷⁵⁹, no habría delito, pues, aunque el deudor oculte parte de sus bienes, si la deuda se puede resarcir con los bienes del fiador, no existiría situación de insolvencia, dado que la fianza forma parte de los elementos patrimoniales del deudor.

Por otra parte, sujeto pasivo del alzamiento de bienes necesariamente ha de ser el titular del derecho de crédito. De conformidad con el art. 257, n.º 3, si el crédito es de naturaleza pública, sujeto pasivo será el correspondiente ente público como titular del derecho que se trate y, por tanto, en algunos casos lo será el Estado⁷⁶⁰. El hecho de que el CP en el art. 257.1.1.º diga *sus acreedores*, ha provocado la duda sobre la posibilidad de castigar la conducta cuando afecta a un solo acreedor, la cual debe resolverse en sentido afirmativo, porque otra solución carecería de sentido, siendo admisible el alzamiento frente a un solo acreedor. Al propio tiempo, dicho término empleado por el legislador, *sus acreedores*, evita el concurso de delitos cuando por el alzamiento se pone en peligro el patrimonio de varios acreedores.

Objeto material del delito lo constituyen los bienes pertenecientes al patrimonio del deudor (sujeto activo), pudiendo recaer la conducta sobre cosas, muebles o inmuebles o, incluso, derechos. Se excluyen aquellos bienes y derechos inembargables, como, por ejemplo, una parte del salario⁷⁶¹ o los libros e instrumentos para el ejercicio de la profesión, arte y oficio⁷⁶², de modo que su destrucción u ocultación, no serían constitutivos de delito, al igual que se excluyen las simples expectativas.

Sentado lo anterior, la STS n.º 606/2019, de 10 de diciembre examina, con cita de numerosos precedentes, los elementos propios del delito de alzamiento de bienes, que son; (i) la existencia de una previa relación jurídico-obligacional, (ii) un elemento dinámico, consistente en una conducta fraudulenta –según la modalidad–, y (iii) un resultado (de riesgo) de insolvencia.

759. STS n.º 622/2003, de 30 de abril.

760. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Parte especial, op. cit.*, págs. 65 y ss.

761. Art. 607 de la LEC: “Es inembargable el salario, sueldo, pensión, retribución o su equivalente, que no exceda de la cuantía señalada para el salario mínimo interprofesional”.

762. Art. 606 de la LEC: “1.º El mobiliario y el menaje de la casa, así como las ropas del ejecutado y de su familia, en lo que no pueda considerarse superfluo. En general, aquellos bienes como alimentos, combustible y otros que, a juicio del tribunal, resulten imprescindibles para que el ejecutado y las personas de él dependientes puedan atender con razonable dignidad a su subsistencia. 2.º Los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que se dedique el ejecutado, cuando su valor no guarde proporción con la cuantía de la deuda reclamada. 3.º Los bienes sacros y los dedicados al culto de las religiones legalmente registradas. 4.º Las cantidades expresamente declaradas inembargables por Ley. 5.º Los bienes y cantidades declarados inembargables por Tratados ratificados por España”.

La existencia previa de un crédito contra el sujeto activo del delito significa que la de una relación jurídico obligacional de contenido económico, que puede tener origen en una relación jurídico-privada o pública⁷⁶³. La exigencia de que la obligación nazca con anterioridad al alzamiento no es objeto de discusión en la doctrina, como, indica, por ejemplo, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ⁷⁶⁴, al señalar que “es indiscutible que del tenor literal del art. 257 CP se desprende que el presupuesto para la ejecución del delito de alzamiento reside simplemente en la previa existencia de una obligación crediticia, cuyo mero nacimiento es el que confiere ya las condiciones subjetivas de acreedor y deudor; consecuentemente, todos los actos de ocultación de bienes provocadores de insolvencia que se realicen a partir de dicho nacimiento, tendrán la consideración de actos ejecutivos”.

Cuestión distinta es la exigencia de que la deuda sea líquida, exigible y que esté o no vencida. Un sector mayoritario de la doctrina, considera que no es necesario que dicha relación jurídica obligacional esté vencida. Así, FARALDO CABANA⁷⁶⁵, señala que “la obligación no tiene que ser vencida y exigible, pues igualmente se pone en peligro el patrimonio del acreedor cuando antes del vencimiento de la obligación ya nacida el deudor oculta los bienes” adicionando que “de no ser así, se privilegiaría al deudor inteligente y previsor que no espera a que la obligación esté vencida y sea exigible para alzarse con los bienes”. Por su parte, la postura minoritaria⁷⁶⁶ sostiene que únicamente se puede constatar el perjuicio al acreedor tras el vencimiento de la deuda.

Los tribunales vienen estableciendo que “*la existencia de una o varias obligaciones previas al ocultamiento de los bienes deberá apreciarse, no sólo cuando dichas obligaciones sean ya vencidas y exigibles, sino cuando los hechos de los que dimanen tales obligaciones sean previos al alzamiento*”⁷⁶⁷. En efecto, es muy frecuente que el defraudador se adelante en conseguir una situación de insolvencia, ante la conocida inminencia de que los créditos lleguen a su vencimiento, liquidez o exigibilidad, por lo que nada impide que, ante la perspectiva de una deuda,

763. Tradicionalmente el delito de alzamiento solo incluía obligaciones derivadas de una relación jurídico-privada, excluyéndose las obligaciones nacidas de la relación entre el Estado y sus administrados, de modo que el incumplimiento de obligaciones fiscales, tasas o cualquier otro impago a un organismo público se sancionaba en nuestro ordenamiento con medidas administrativas, y en algunos casos con medidas penales como, por ejemplo, a través del art. 305 CP. Desde la introducción del art. 257, n.º 3, CP, también la relación jurídico-pública puede dar lugar al delito de alzamiento de bienes, siempre que se cumplan los elementos del tipo, de modo que se abre una problemática concursal.

764. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Parte especial, op. cit.*, págs. 66 y ss.

765. FARALDO CABANA, P.: “Los delitos de alzamiento de bienes en el Proyecto de reforma del Código penal de 2013”, en *RAD*, n.º 6, 2014 pág. 4.

766. En este sentido; SOUTO GARCÍA, E. M.: *Los delitos...*, *op. cit.*, págs. 265 y ss.

767. STS de n.º 684/2009, de 12 de abril.

ya nacida pero todavía no ejercitable, alguien realice un verdadero y propio alzamiento de bienes⁷⁶⁸.

El tipo tiene un elemento dinámico, que consiste en una destrucción u ocultación, real o ficticia, de sus activos por el acreedor. Nos referimos aquí, por tanto, a la conducta típica, que, tanto para la jurisprudencia como para la mayor parte de la doctrina, defienden que el tipo penal es de estructura abierta, sin que se imponga ningún tipo de comportamiento, por lo que podemos afirmar que el *modus operandi* es ilimitado. Por todo ello, el comportamiento alzarse, debe entenderse en el sentido de provocar la insolvencia, a través de cualquier medio de carácter material (ocultamiento de los bienes) o jurídico (donaciones, compraventas, reconocimiento de deudas, es decir, tanto de disminución del activo, como de aumento del pasivo).

Las modalidades de comisión más frecuentes son las de creación de hipotecas, traspasos, donaciones o enajenaciones ficticias que imposibilitan la realización del crédito, pero también caben operaciones no jurídicas, sino materiales, como la ocultación o destrucción de bienes. Por tanto, lo único realmente importante es que, a consecuencia de ese acto, el deudor se muestre insolvente ante la obligación de cumplimiento de sus obligaciones económicas, cumplimiento del que precisamente respondía con aquellos bienes. En definitiva, el deudor, para “insolventarse”, perjudicando el crédito de sus acreedores, puede utilizar cualquier medio a su alcance, si bien estos se verán reducidos a dos: (i) la ocultación material o física de los bienes y (ii) la ocultación jurídica. En cualquier caso, el componente decisivo a la hora de valorar el hecho típico del alzamiento de bienes no lo es tanto la ocultación de los bienes, sino la *frustración* de la ejecución de las pretensiones de los acreedores fundadas en las obligaciones asumidas por el que se alza con los bienes.

Consecuencia de la anterior actividad, es que el deudor se provoca su insolvencia, total o parcialmente, real o aparente, en perjuicio del acreedor, de tal manera que imposibilita o dificulta a los acreedores el cobro de lo que les es debido. En este sentido, la STS n.º 1253/2002, de 5 de julio, recuerda que uno de los elementos del delito es la producción de “*un resultado, no de lesión sino de riesgo, pues es preciso que el deudor, como consecuencia de las maniobras descritas, se coloque en situación de insolvencia total o parcial o, lo que es igual, que experimente una sensible disminución, aunque sea ficticia, de su activo patrimonial, imposibilitando a los acreedores el cobro de sus créditos o dificultándolo en grado sumo*”⁷⁶⁹.

b) Tipo subjetivo

Como venimos señalando, la jurisprudencia exige una previa relación jurídica crediticia que otorga las condiciones de acreedor y deudor, siendo que

768. STS de n.º 425/2002, de 11 de marzo.

769. En idéntico sentido la STS de n.º 129/2003, de 31 de enero.

este último oculta bienes al primero, provocándose en una situación de insolvencia en perjuicio del acreedor y, en definitiva, con la finalidad de eludir el cumplimiento de las responsabilidades civiles a las que está obligado como consecuencia de la previa relación jurídica crediticia.

En cuanto a la expresión “en perjuicio de sus acreedores”, el TS viene entendiendo que ha de interpretarse como la exigencia de un ánimo específico de defraudar las legítimas expectativas de los acreedores⁷⁷⁰, ánimo específico que, en algunas resoluciones, es conceptualizado jurisprudencialmente como un elemento subjetivo del injusto⁷⁷¹, si bien en otras sentencias se argumenta que el tipo penal no exige una intención específica de producir perjuicio, pues el conocimiento del peligro concreto de la realización del mismo, es decir el dolo del riesgo generado ilícitamente, por sí mismo implica ya el conocimiento del perjuicio que se causa⁷⁷². Ello supone necesariamente que el autor debe conocer el peligro concreto que genera su acción para perjudicar a sus acreedores.

La exigencia de un dolo específico o de un elemento subjetivo del injusto, al margen de su posible cuestionamiento dogmático, viene a complicar probatoriamente el elemento subjetivo del tipo, pues si es difícil verificar en muchos casos el dolo básico, más lo es todavía discernir en términos empíricos entre dos niveles de dolo en el delito de alzamiento de bienes, atendiendo a la intensidad anímica del acusado. La jurisprudencia establece que, aunque el dolo no pueda ser acreditado de modo directo y objetivo, se puede inferir racionalmente de datos como por ejemplo⁷⁷³, la inmediatez con que se procede a la realización del acto de disposición a partir del hecho que la vivienda transferida constituía el único bien inmueble que figuraba en el patrimonio del acusado.

c) Otras cuestiones

Antes de abordar las diferentes modalidades del delito de alzamiento de bienes, conviene realizar unas precisiones conceptuales que además serán de aplicación, con alguna pequeña variación, a las mismas.

Para determinar el momento consumativo del delito, se deberá tener en cuenta las diferentes posiciones doctrinales que venimos exponiendo, puesto que en función de si se considera que el alzamiento de bienes es un tipo penal de peligro o de lesión, su momento consumativo será uno u otro. La

770. En esta línea, SSTS n.º n.º 63/2015, de 18 febrero, 1716/2003 de 17 de diciembre, 7/2005, de 17 de enero, 1522/2005, de 20 de diciembre, 1117/2007, de 28 de noviembre, o 557/2009, de 8 de abril.

771. En este sentido, STS n.º 667/2002, de 15 de abril y 974/2002 de 27 de mayo.

772. Entre otras, STS n.º 2170/2002, de 30 de diciembre, 161/2003, de 6 de febrero, 944/2004, de 23 de julio, 234/2005, de 24 de febrero.

773. STS de 6 de junio de 1999.

jurisprudencia, viene manteniendo el criterio de la doctrina mayoritaria, al entender como ya hemos explicado, que nos encontramos ante un delito de peligro y, por tanto, no se exige un perjuicio económicamente evaluable para el patrimonio del acreedor, por lo que será “suficiente para que se consuma el delito que el conjunto de bienes alzado por el deudor sea suficiente para que el o los acreedores no puedan ver satisfechos sus derechos de crédito”⁷⁷⁴. Por tanto, basta para su comisión que el deudor oculte de su patrimonio, uno o varios bienes, poniendo el peligro la efectividad del derecho de crédito de los acreedores y que lo haga con esa finalidad. En consecuencia, en caso de que, adicionalmente, se produzca un perjuicio patrimonial para el acreedor, en ningún caso formaría parte de la fase de consumación sino de la fase de agotamiento.

Ahora bien, tal y como se viene declarando por el TS⁷⁷⁵, no existe el delito de alzamiento de bienes cuando se realiza un reconocimiento de deudas y se ofrece, en garantía de su cobro, un bien de titularidad ajena, puesto que se trata de un bien que está fuera de la garantía general del art. 1.911 del CC⁷⁷⁶ y no se burla la garantía general que protege a los acreedores o, por ejemplo si, a pesar de que el deudor realice conductas de ocultamiento de sus bienes, su patrimonio restante aun es suficiente para afrontar las obligaciones crediticias.

En cuanto a la autoría y participación, cabe señalar, de conformidad con lo expuesto hasta el momento, que, inicialmente, podrá ser autor del delito de alzamiento de bienes aquel que ostente la cualidad de deudor en una relación jurídica obligacional previa. Sin embargo, no hay obstáculo para aceptar la intervención de terceras personas, bien a título de autor, si se dan los requisitos del art. 31, n.º 1, CP, o de partícipe, de conformidad con lo establecido en el art. 65, n.º 3, CP, a quien actuando en nombre del deudor, en su calidad de administrador de hecho o de derecho o de representante de una persona natural, realice directamente la acción o tome parte en su ejecución.

Finalmente, y por lo que se refiere a la responsabilidad civil derivada del delito, jurisprudencia⁷⁷⁷ y doctrina niegan que la responsabilidad civil se corresponda y alcance el importe de la deuda, puesto que la deuda no nace de este delito, pues para su consumación no es exigible la existencia de lesión o perjuicio patrimonial, sino que la responsabilidad civil consistiría en la anulación de los negocios jurídicos fraudulentos que provocaron la situación de insolvencia, reintegrando al patrimonio del deudor los bienes indebidamente ocultados, con el objetivo de que ahora sí, el deudor, pueda responder de las

774. BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., en MORILLAS CUEVAS, L. (Dir.): *Sistema...*, *op. cit.*, pág. 575.

775. STS n.º 638/2019, de 19 de diciembre.

776. Art. 1.911 del CC.: “Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros”.

777. Por todas, STS n.º 680/2020, de 23 de enero.

obligaciones crediticias preexistentes⁷⁷⁸. Por tanto, se declararía la nulidad de, por ejemplo, las escrituras públicas de compraventa, así como la consiguiente cancelación de la inscripción registral.

B) Tipos específicos

Dos son las otras modalidades de alzamiento de bienes: el alzamiento para eludir la eficacia de un embargo, de una medida cautelar o de un procedimiento ejecutivo o de apremio y el alzamiento para eludir el pago de la responsabilidad civil derivada del delito.

- a) El alzamiento para eludir la eficacia de un embargo, de una medida cautelar o de un procedimiento ejecutivo o de apremio

El CP del 1995 introdujo esta modalidad de alzamiento de bienes (art. 257, n.º 1, 2.ª, CP), sin que las reformas llevadas a cabo en los años 2010 y 2015 introdujeran cambios en su redacción que, en concreto, castiga a quien, con el fin de perjudicar a sus acreedores, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación.

La introducción de esta modalidad ha sido objeto de multitud de críticas, al entender buena parte de la doctrina que su introducción era innecesaria, ya que la conducta que tipifica encajaba perfectamente en el tipo básico, por lo que su incorporación únicamente dificultaría la incardinación de una conducta en uno u otro tipo penal. Ahora bien, una vez introducida por el legislador, debemos analizar sus peculiaridades respecto de la figura genérica.

En primer lugar, la aplicación del tipo penal queda limitada al presupuesto de la existencia o la previsible iniciación de un embargo, un procedimiento ejecutivo o de apremio. Entiende la jurisprudencia que, en definitiva, se han adelantado las barreras de protección en materia de los derechos de crédito, puesto que, explícitamente, se incluye en el injusto aquellas conductas que se ejecuten con anterioridad al inicio de un procedimiento y, por tanto, cuando la actividad judicial aún no se ha puesto en marcha. Lo cierto es que, si se requiere la previsibilidad del inicio de un procedimiento judicial, nos podría llevar a pensar que se requerirá que la deuda se encuentre vencida y sea exigible, pues en caso contrario, no sería previsible la iniciación de un procedimiento de ejecución, como sostiene parte de la doctrina. Sin embargo, la jurisprudencia (por todas, la STS n.º 287/2015, de 19 de mayo) no exige la nota de ejecutividad del crédito, porque el tipo ni siquiera exige su iniciación, bastando que sea de "previsible iniciación", lo que está en total sintonía con que los defraudadores, ante la inminencia del vencimiento de un crédito

778. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Parte especial, op. cit.*, págs. 95 y ss.

futuro, se anticipen en sus maquinaciones defraudatorias, frustrando las legítimas expectativas del acreedor. En cualquier caso, el término “previsible” deberá interpretarse de manera restrictiva⁷⁷⁹.

En segundo lugar, la acción típica consiste en “realizar cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones”. La figura básica de alzamiento de bienes abarca cualquier comportamiento que suponga una ocultación de los bienes, ya sea mediante actos jurídicos o materiales, por lo que la acción típica es coincidente. De igual forma que para el alzamiento básico, se exige un acto que, además, debe buscar el efecto de “dilatar, dificultar o impedir” la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio.

En suma, la diferencia con el alzamiento de bienes básico es el presupuesto para su aplicación, requiriéndose por igual el resto de los elementos para su subsunción en el tipo del 257, n.º 1, 2.ª, CP. Por ello, es acertada la reflexión de MUÑOZ CONDE⁷⁸⁰, al afirmar que “la acción debe realizarse para impedir la eficacia de un embargo o procedimiento similar ya iniciado o de previsible iniciación, pero esto no quiere decir que las insolvencias realizadas antes de este momento sean impunes, ya que en todo caso puede aplicarse el número 1.º del mismo apartado”.

b) El alzamiento para eludir el pago de la responsabilidad civil derivada del delito

Esta modalidad de alzamiento de bienes supuso una novedad en el CP del 1995, sin que, hasta la fecha, haya sido objeto de profundas reformas, exceptuando su ubicación, que ha pasado, como consecuencia de la LO 1/2015, del art. 258 al 257, n.º 2, CP, extremo que tendrá una importancia en cuanto a la afectación de los supuestos agravados (art. 257, n.º 4).

En síntesis, se trata de abordar la casuística derivada de la insolvencia generada con la finalidad de eludir las responsabilidades civiles nacidas de la comisión de un hecho delictivo anterior, con el correspondiente ánimo de defraudar la efectiva realización del derecho de crédito por parte del acreedor. Sin embargo, el hecho de que el derecho de crédito, cuya eficacia pretende impedirse mediante la insolvencia., sea consecuencia de un hecho delictivo, ha planteado una discusión doctrinal que hoy en día se encuentra lejos de resolverse, pudiendo destacarse dos posiciones al respecto.

De un lado, una posición mayoritaria que considera que la responsabilidad civil del delito existe con independencia de la decisión judicial que

779. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (coord.): *Memento práctico Francis Lefebvre penal*, Madrid, 2020, señala como ejemplo disfuncional, en caso de interpretación extensiva, un supuesto en el que un sujeto solicita un crédito a un banco que garantiza con un inmueble de su propiedad y, vende dos años antes del vencimiento del crédito el inmueble a su hermana.

780. MUÑOZ CONDE, F.: *Parte especial*, 2021, *op. cit.*, pág. 445.

posteriormente se dicte sobre el mismo, de forma que la realización de actos de disposición patrimonial tendentes a contraer obligaciones para dificultar, impedir u ocultar, la satisfacción del derecho de crédito derivado del delito cometido, sería suficiente para considerar consumado el mismo, sin necesidad de aguardar a la sentencia dictada en el procedimiento penal correspondiente. El fundamento de dicha posición se corresponde con la consideración del delito de alzamiento de bienes como un delito de riesgo, de modo que no resulta necesaria la producción de un efectivo perjuicio en el acreedor para entender consumado el delito.

De otro lado, un sector minoritario considera que la consumación del delito se produce cuando la insolvencia generada provoca el efectivo perjuicio para el acreedor de la responsabilidad civil derivada de la condena, de modo que sería imperativo la existencia de una sentencia condenatoria que reconociera la existencia y exigibilidad de ese derecho de crédito, lo que precisa necesariamente la existencia de una sentencia penal que reconozca el mismo. Dicho planteamiento es defendido por aquéllos que consideran el delito analizado como un delito de resultado, que requiere la efectiva lesión del derecho de crédito del acreedor para considerar consumado el delito de alzamiento de bienes, lo que únicamente puede ocurrir tras el dictado de la correspondiente sentencia condenatoria en el orden penal que reconozca la deuda de la víctima del delito.

Lo cierto es que la resolución de la anterior discusión no resulta sencilla en absoluto, ya que parece obligar a aquellos que consideran necesaria la existencia de una sentencia condenatoria para la aplicación del delito, a adoptar la posición de que se trata de un delito de resultado, con las consecuencias inherentes que conlleva, al mismo tiempo que aquellos que defienden la concepción del presente tipo como un delito de riesgo, consideran que cualquier acto de disposición patrimonial tendente a provocar una insolvencia tras la comisión de un acto delictivo, resultaría por sí misma punible, incluso, aunque la posterior sentencia dictada en el orden penal resultara absolutoria, y ello por entender que se habría puesto en riesgo el derecho de crédito de la víctima, el cual nace desde el momento de la comisión del delito, y no desde que se dicta la sentencia condenatoria.

C) Tipos agravados

La LO 5/2010 introdujo tipos cualificados al delito de alzamiento de bienes genérico y a sus modalidades recogidas en el precepto 257 CP. Con posterioridad, la LO 1/2015 añadió algunas modificaciones en los tipos cualificados que analizaremos a continuación.

El párrafo segundo del tercer apartado del art. 257 establece que “en el caso de que la deuda u obligación que se trate de eludir sea de Derecho público y la acreedora sea una persona jurídico-pública, o se trate de

obligaciones pecuniarias derivadas de la comisión de un delito contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social, la pena a imponer será de prisión de uno a seis años y multa de doce a veinticuatro meses”. Las obligaciones afectadas al tipo penal pueden ser privadas o públicas. La diferencia radica en el mayor desvalor de acción cuando lo que se trate de eludir sea una obligación crediticia de naturaleza pública, estableciendo por ello una mayor penalidad, pasando de un máximo de cuatro años a un máximo de seis años lo que en virtud de lo estipulado en el art. 131 CP la prescripción pasa de los cinco años a los diez.

Como era de esperar, la introducción de esta agravante ha sido objeto de múltiples críticas doctrinales, por cuanto ninguna razón político-criminal puede sustentar la necesidad de proteger con mayor intensidad al que, por su propia naturaleza, goza de mayores mecanismos para la obtención del cobro de una deuda que un particular que, por sus características, sí que requiere que el Estado le proporcione seguridad y mecanismos adecuados para satisfacer la eficacia de sus derechos. En definitiva, no existe justificación alguna que permita sostener un mayor desvalor por el mero hecho de que la víctima del delito sea el Estado, cuando es precisamente éste el que cuenta con innumerables prerrogativas y poderes para satisfacer sus derechos de crédito, incluso unilateralmente.

Por su parte, el apartado cuarto del art. 257 CP impone la pena en su mitad superior cuando concurren “los supuestos previstos en los numerales 5.º o 6.º del apartado 1 del artículo 250”. Antes de la reforma de la LO 1/2015, se aplicaba a los ordinales 1.º, 4.º y 5.º del art. 250 CP. Dicha circunstancia agravante será de aplicación, tanto al alzamiento de bienes genérico, como a las diferentes modalidades, al formar parte ahora del propio art. 257 CP.

El art. 250, n.º 1, 5.ª, CP establece una especial gravedad cuando “el valor de la defraudación supere los 50.000 euros, o afecte a un elevado número de personas” lo que, aplicado al delito de alzamiento de bienes, deberá de interpretarse como la cuantía de la obligación crediticia o que afecte a un elevado número de acreedores.

El art. 250, n.º 1, 6.ª, CP establece una especial gravedad cuando “se cometa con abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional” que, tal y como señala MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ⁷⁸¹ “si se tiene en cuenta la práctica forense, la regla será la aplicación de este subtipo agravado, y, la excepción, la aplicación del tipo básico, con los que se produce un considerable incremento de la represión punitiva en este ámbito”.

781. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Parte especial, op. cit.*, págs. 112 y ss.

1.4. Ocultación de bienes en un procedimiento judicial o administrativo de ejecución

La reforma de 2015 incluye, en el art. 258 CP, dos figuras delictivas nuevas:

“1. Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a dieciocho meses quien, en un procedimiento de ejecución judicial o administrativo, presente a la autoridad o funcionario encargados de la ejecución una relación de bienes o patrimonio incompleta o mendaz, y con ello dilate, dificulte o impida la satisfacción del acreedor.

La relación de bienes o patrimonio se considerará incompleta cuando el deudor ejecutado utilice o disfrute de bienes de titularidad de terceros y no aporte justificación suficiente del derecho que ampara dicho disfrute y de las condiciones a que está sujeto.

2. La misma pena se impondrá cuando el deudor, requerido para ello, deje de facilitar la relación de bienes o patrimonio a que se refiere el apartado anterior.

3. Los delitos a que se refiere este artículo no serán perseguibles si el autor, antes de que la autoridad o funcionario hubieran descubierto el carácter mendaz o incompleto de la declaración presentada, compareciera ante ellos y presentara una declaración de bienes o patrimonio veraz y completa”.

Se trata de unas figuras delictivas novedosas en nuestro ordenamiento penal, pero que se encuentran presentes en el Derecho comparado, en concreto, en Alemania y Austria, aunque no se conciben como delitos propios de la frustración de la ejecución o derechos de crédito, sino que se presentan como delitos contra la Administración de justicia, dando prevalencia a la mendacidad de una declaración ante un juez frente al derecho de crédito de un acreedor.

En el párrafo 1.º de apartado 1 del art. 258 se tipifica una conducta de presentación de datos falsos, relativos a los bienes del deudor en un procedimiento de ejecución judicial o administrativo, ya que el añadido de “incompleta” es aclarado acto seguido por el propio legislador mediante una interpretación auténtica, estableciendo literalmente que “la relación de bienes o patrimonio se considerará incompleta cuando el deudor ejecutado utilice o disfrute de bienes de titularidad de terceros y no aporte justificación suficiente que ampara dicho disfrute y de las condiciones a que está sujeto”.

Como puede comprobarse, son distinguibles, por tanto, dos tipologías de conductas: la presentación de relación incompleta o veraz y la omisión de la presentación de la relación bienes. La lectura del precepto evidencia que respecto de la primera clase de conductas es necesario *ex lege* que, fruto de la

presentación incompleta o mendaz, se dilate, dificulte o impida la satisfacción del acreedor, exigencia no contemplada expresamente para los supuestos de omisión de presentación de la relación de bienes.

Ello ha dado lugar a que parte de la doctrina defiende abiertamente la exigencia en todo caso de que dicha declaración mendaz o incompleta de bienes sea adecuada para dilatar o dificultar la satisfacción del acreedor, siendo un buen ejemplo de ello BENÍTEZ ORTÚZAR⁷⁸², que añade además que “si la relación de bienes o patrimonio presentada, a pesar de ser incompleta, no se muestra insuficiente para cubrir la cuantía de la ejecución, al no dilatar el procedimiento, ni impedir ni dificultar la satisfacción del acreedor, no será penalmente relevante”.

Por tanto, se trataría de una modalidad de desobediencia que superaría los problemas de aplicación del art. 556 CP en este contexto, lo que viene corroborado por el hecho de que ambos delitos tienen la misma pena.

Esta posición doctrinal a la hora de interpretar el precepto ha venido acompañada de los siguientes razonamientos.

En primer lugar, porque una interpretación sistemática y teleológica, atendiendo a la finalidad última de salvaguardar los derechos de los acreedores, exige que realmente se dilate, dificulte o impida la satisfacción del crédito, puesto que, de lo contrario, el tipo carecería de sentido y sería simplemente formal, lo que resultaría contradictorio con la naturaleza de este tipo de delitos que, son delitos de peligro para la efectividad del proceso ejecutivo, y de resultado cortado, que en estos casos consiste en una obstaculización del cobro por parte del acreedor.

Y, en segundo lugar, una interpretación lógica de las normas sancionadoras exige apreciar un escalamiento de menor a mayor, esto es, que se comience con la multa coercitiva que contempla el art. 589 de la LEC y se concluya con el delito. Así lo exigiría, además, una interpretación del Derecho penal congruente con su específica naturaleza subsidiaria y fragmentaria, dentro del Ordenamiento jurídico, que sólo faculta acudir a la sanción penal, cuando no haya otros medios menos lesivos para la consecución del fin pretendido.

Sin embargo, y pese a la escasez de resoluciones sobre el particular, lo cierto es que la jurisprudencia no parece decantarse por dicho particular, en concreto la SAP de Barcelona n.º 208/2019 de 25 de marzo, basando sus argumentos en las siguientes razones:

Primero, la apuesta político criminal del legislador democrático ha sido clara: destacar el valor de las resoluciones judiciales y reforzar la efectividad de los procesos de ejecución, sancionando las maniobras del deudor ejecutado

782. BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., en MORILLAS CUEVAS, L. (Dir.): *Sistema...*, *op. cit.*, pág. 581.

directamente encaminadas a la dilación o entorpecimiento del proceso. Se ha introducido, por ello, una modalidad específica del delito de desobediencia con idéntica penalidad, para superar las controversias jurisprudenciales y dogmáticas sobre este precepto, que, al exigir, en ocasiones, la “contumacia” al cumplimiento, convalidaban modos de actuación abusivos o fraudulentos. Por ello, si exigiéramos un elemento adicional que el tipo no contempla frustraríamos el propósito perseguido por el legislador. Otra interpretación haría incomprensible la introducción de un precepto que añadiera mayores cargas acreditativas respecto del tipo de desobediencia sancionando la conducta con la misma pena.

Segundo, la LO 1/2015 ha reformado en profundidad los delitos de insolvencia punible distinguiendo las conductas de obstaculización o frustración de la ejecución (a las que tradicionalmente se ha entendido referido el delito de alzamiento de bienes) y los delitos de insolvencia punible. Dentro de los delitos de frustración de la ejecución, a su vez, se incluyen, junto al clásico alzamiento de bienes, dos nuevas figuras delictivas que están llamadas a completar la tutela penal de los procedimientos de ejecución y, con ello, del crédito, y una de ellas, tipifica la ocultación de bienes en un procedimiento judicial o administrativo de ejecución. Desde este punto de vista, carecería de sentido introducir una nueva figura privilegiada (sancionada con menor pena que el alzamiento de bienes) para dar un mejor trato a los supuestos en los que la ausencia de declaración fuera en sí misma una maniobra de ocultamiento.

Tercero, mientras que en los alzamientos de bienes esos créditos son el objeto de protección, en la norma que nos ocupa se garantiza el proceso ejecutivo, como cauce ineludible para conseguir realizarlos. Y es evidente que tal cauce se verá siempre afectado y prolongando innecesariamente por el silencio del ejecutado pues, con él, habrá de procederse inevitablemente a la investigación de su patrimonio.

Para finalizar, el legislador ha introducido una causa de anulación o desistimiento de la pena derivada de un arrepentimiento activo, que en palabras de BENÍTEZ ORTÚZAR⁷⁸³, considera que es una especie de excusa absolutoria.

1.5. Utilización no autorizada por el depositario de bienes embargados por la autoridad

El art. 258 bis CP, se introdujo como novedad por la LO 1/2015, cuyo tenor literal establece que: “Serán castigados con una pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a veinticuatro meses, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, quienes hagan uso de bienes embargados por autoridad pública que hubieran sido constituidos

783. BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., en MORILLAS CUEVAS, L. (Dir.): *Sistema...*, *op. cit.*, pág. 583.

en depósito sin estar autorizados para ello”. En esencia, consiste en el uso o empleo no autorizado de bienes embargados y que se encontraran constituidos en depósito.

Se trata de un delito de mera actividad y de peligro, ya que no requiere de específicas facultades de disposición del bien, bastando para su consumación con la realización de cualquier uso ilícito, incluso aunque no suponga una disposición de naturaleza dominical, ni conlleve que el bien objeto de depósito pierda valor, ya que el perjuicio no es exigido como requisito típico.

Aunque la norma no lo deja claro, parece que el sujeto activo únicamente puede ser el depositario de los bienes embargados, aunque no se descarta con claridad si otros usuarios distintos al depositario pueden ser sujetos activos del delito, por lo que habría que aceptar dicha posibilidad.

Para finalizar, conviene dejar sentado que la jurisprudencia, por todas, la STS n.º 489/2021, de 3 de junio, vienen insistiendo en que no basta la formal y expresa aceptación del cargo de depositario por parte de una persona para posibilitar la aplicación del art. 258 bis CP, ya que ésta *“debe estar precedida de una instrucción suficiente sobre las obligaciones y responsabilidades que contrae, puesto que, en caso contrario, el eventual incumplimiento de los deberes del depositario no podrá integrar por sí solo el tipo en cuestión, la existencia de cuyo elemento subjetivo no puede ser supuesta o presumida”*.

1.6. La responsabilidad penal de las personas jurídicas

En la actualidad, la responsabilidad penal de las personas jurídicas en este tipo de delitos viene regulada expresamente en el art. 258 ter CP, cuyo tenor literal establece que:

“Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este Capítulo, se le impondrán las siguientes penas:

- a) Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.
- b) Multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el inciso anterior.
- c) Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b a g del apartado 7 del artículo 33”.

En realidad, se trata exactamente del mismo contenido que venía reflejado en el art. 261 bis CP anterior a la reforma de 2015, y es consecuencia directa de

la división en dos capítulos distintos de las insolvencias, esto es, del añadido de un nuevo capítulo de frustración de la ejecución. En consecuencia, se trata de una disposición normativa reiterativa y que habría sido del todo punto innecesaria en el supuesto de que se hubiera mantenido un solo capítulo para la totalidad de los delitos cuyo denominador común es la insolvencia.

2. LOS DELITOS DE INSOLVENCIA PUNIBLE (DELITOS CONCURSALES)*

2.1. Introducción

Desde la reforma de 2015 se excluyó de la tradicional rúbrica de “Las insolvencias punibles” el delito de alzamiento de bienes, en sus diversas modalidades, quedando reservada para delitos relativos a situaciones concursales, los delitos concursales en sentido amplio. Como dice el Preámbulo de la LO 1/2015: “Se lleva a cabo una revisión técnica de los delitos de insolvencia punible que parte de la necesidad de establecer una clara separación entre las conductas de obstaculización o frustración de la ejecución, a las que tradicionalmente se ha entendido referido el delito de alzamiento de bienes, y los delitos de insolvencia o bancarrota. Estos grupos de delitos pasan a estar regulados en capítulos diferenciados”.

A partir de aquí, en el Capítulo VII Bis “De las insolvencias punibles”, del Título XIII del Libro II del CP, se regulan el delito de concurso –en sentido estricto– o de bancarrota (arts. 259 y 259 bis CP), el delito de favorecimiento de acreedores (art. 260, n.º 1, CP), el delito de preterición de acreedores (art. 260, n.º 2, CP), el delito de falso concurso (art. 261 CP) y, finalmente, la responsabilidad penal de las personas jurídicas por todos ellos (art. 261 bis CP).

2.2. El delito de concurso o de insolvencia

Si bien se puede hablar de delitos concursales en sentido amplio para referirse a todos los incluidos en este capítulo de las “insolvencias punibles”, la tendencia es denominar “delito concursal”, “delito de concurso punible” (Preámbulo LO 1/2015), “delito de bancarrota” o, como aquí se hace, “delito de concurso” o “delito de insolvencia”, al delito del art. 259 del CP, porque su objeto es precisamente castigar la causación o agravación de la insolvencia que da lugar al concurso. En efecto, la configuración típica se hace diferenciando dos modalidades. En primer lugar, la agravación de la situación de insolvencia, en sentido amplio o general (art. 259, n.º 1, CP)⁷⁸⁴, que consiste en la

* A cargo de **Íñigo Segrelles de Arenaza**.

784. Como veremos más adelante no todas las conductas de este precepto agravan la insolvencia, pero con el fin de facilitar la exposición, utilizaremos la expresión “agravación de la insolvencia” para nombrar, en su globalidad, la modalidad típica del art. 259, n.º 1, CP. Con relación a este precepto, la STS n.º 220/2016, de 15 de marzo, considera

SEGUNDA LECTURA

Benítez Ortúzar, I. (2015). Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VII). “Frustración de la ejecución”. “De las insolvencias punibles”. En Morillas Cueva, L. (Dir.). Sistema de Derecho Penal Parte Especial (2ª ed.). Madrid, España. Dykinson, pp. 563-565/578-592.

Con la reforma introducida al Código Penal mediante la Ley Orgánica 1/2015, el anterior capítulo VII titulado “de las insolvencias punibles” se dividió en dos capítulos diferenciados: un capítulo rubricado “frustración de la ejecución” y otro con distinto contenido con la denominación “de las insolvencias punibles”. No obstante, no debe concluirse apresuradamente que las conductas relativas a la frustración de la ejecución no requieren la insolvencia del sujeto. Esta lectura profundiza en ello.

SISTEMA
de
DERECHO PENAL
Parte Especial

2ª edición

Lorenzo Morillas Cueva
(Dirección)

Ignacio F. Benítez Ortúzar

Bernardo Del Rosal Blasco

Lorenzo Morillas Cueva

Miguel Olmedo Cardenete

Jaime Peris Riera

● **José E Sáinz-Cantero Caparrós**

Dykinson, S.L.

Lorenzo Morillas Cueva

Dirección

**SISTEMA
DE
DERECHO PENAL**

Parte especial

IGNACIO F. BENÍTEZ ORTÚZAR

BERNARDO DEL ROSAL BLASCO

LORENZO MORILLAS CUEVA

MIGUEL OLMEDO CARDENETE

JAIME PERIS RIERA

JOSÉ E SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS

*2ª edición, revisada y puesta al día
conforme a las leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015*

Dykinson, S.L.

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico. 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 47)

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial
Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes_somos

© Copyright by
Los autores
Madrid

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-9085-707-6
Depósito Legal: M-6048-2016

Preimpresión por:
Besing Servicios Gráficos S.L.
e-mail: besingsg@gmail.com

Capítulo 25

DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y EL ORDEN SOCIOECONÓMICO (VII).

“FRUSTRACIÓN DE LA EJECUCIÓN”.

“DE LAS INSOLVENCIAS PUNIBLES”

IGNACIO F. BENÍTEZ ORTÚZAR

Sumario: I. Introducción.- II. Frustración de la ejecución: 1. Alzamiento de bienes. 2. Presentación incompleta de bienes en un procedimiento de ejecución. 3. Utilización no autorizada de bienes embargados. 4. Responsabilidad de la persona jurídica.- III. Insolvencias punibles: 1. Concurso punible o “bancarrotas”. 2. Causación de la insolvencia que da lugar al concurso punible. 3. Insolvencia imprudente. 4. Condición objetiva de perseguibilidad. 5. Cuestiones procedimentales. 6. Modalidades agravadas. 7. Favorecimiento a determinados acreedores por quien se halla en concurso o en situación de insolvencia actual o inminente. 8. Falseamiento del estado contable para obtener la declaración de insolvencia. 9. Responsabilidad de la persona jurídica.- Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

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, tal y como expone en su preámbulo, *“lleva a cabo una revisión técnica de los delitos de insolvencia punible que parte de la necesidad de establecer una clara separación entre las conductas de obstaculización o frustración en la ejecución, a las que tradicionalmente se ha referido el alzamiento de bienes, y los delitos de insolvencia o bancarrotas”*. Consecuencia de ello es la división del anterior capítulo VII, del Libro segundo del Código Penal, *“de las insolvencias punibles”*, en dos capítulos diferenciados: Un capítulo VII, rubricado *“frustración de la ejecución”* y un capítulo VII Bis, que, con distinto contenido, mantiene la denominación *“de las insolvencias punibles”*.

Por una parte, el capítulo VII, que pasa ahora a rubricarse con el nomen iuris de *“frustración de la ejecución”*, incluye, junto al tradicional delito de *“alzamiento de bienes”*, con sus agravaciones (artículo 257 CP), *“dos nuevas figuras delictivas que están llamadas a completar la tutela penal de los procedimientos de ejecución y, con ello, del crédito”*: *“la ocultación de bienes en un procedimiento judicial o administrativo de ejecución”*

(artículo 258 CP) y “*la utilización no autorizada por el depositario de bienes embargados por la autoridad*” (artículo 258 bis CP).

De otro lado, el nuevo Capítulo VII bis, aún cuando introduce la mayor parte de las reformas, mantiene la rúbrica del anterior capítulo VII, “*de las insolvencias punibles*”, con la pretensión –según dispone el preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo–, de conjugar “*una doble necesidad: la de facilitar una respuesta penal adecuada a los supuestos de realización de actuaciones contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos que se producen en el contexto de una situación de crisis económica del sujeto o empresa y que pone en peligro los intereses de los acreedores y el orden socioeconómico, o son directamente causales de la situación de concurso; y la de ofrecer suficiente certeza y seguridad en la determinación de las conductas punibles, es decir, aquellas contrarias al deber de diligencia en la gestión de los asuntos económicos que constituyen un riesgo no permitido*”. En este nuevo capítulo, junto al delito de “concurso punible” o “bancarrota” (que tipifica en el artículo 259.1 CP “*un conjunto de acciones contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos mediante las cuales se reduce indebidamente el patrimonio que es garantía de cumplimiento de las obligaciones, o se debilita o imposibilita el conocimiento por el acreedor de la verdadera situación económica del deudor*”), se incluye: la tipificación expresa de la causación de la situación de insolvencia por el deudor, (artículo 259.2 CP); la tipificación del favorecimiento a determinados acreedores, diferenciando las llevadas a cabo antes de la declaración del concurso, pero cuando el deudor se encontraba ya en situación de insolvencia actual o inminente (artículo 260.1 CP), de las que se ejecutan tras la admisión a trámite del procedimiento concursal (artículo 260.2 C); y el falseamiento del estado contable para obtener la declaración de insolvencia (artículo 261 CP).

Se ha afirmado, al respecto, que “*la realidad de la aplicación de estos delitos venía poniendo de manifiesto la insuficiencia de su regulación, impidiendo la persecución eficaz de aquellas conductas de vaciamiento patrimonial ilícito llevadas a cabo por los deudores en situación de insolvencia, o por los deudores que causaban ésta con su actuación*” (ALCALÁ PEREZ-FLORES/JAÉN VALLEJO/MARTINEZ ARRIETA MARQUEZ-PRADO/PERRINO PÉREZ, 2015).

Hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, todas estas figuras se agrupaban bajo la rúbrica del Capítulo VII, de “*las insolvencias punibles*”, lo que resaltaba adecuadamente el contenido último de las figuras delictivas que daban contenido al mismo: “*la situación de insolvencia del sujeto, que constituye el elemento común a todas ellas*” (GONZÁLEZ RUS, 2011; GONZÁLEZ CUSSAC, 2015).

Con la división del anterior capítulo VII, separando, de un lado, los delitos relativos a la frustración de la ejecución del crédito y, de otro lado, las insolvencias punibles, unido a que en el nuevo capítulo VII, “*frustración de la ejecución*” no se hace referencia expresa ni una sola vez a la situación de insolvencia del deudor, pudiera llegarse a una conclusión apresurada y errónea que permitiera afirmar –de un lado– que las conductas relativas a la frustración de la ejecución no requie-

ren la situación de hecho de insolvencia del sujeto, o bien –de otro lado–, que en el nuevo capítulo VII Bis, “de las insolvencias punibles” el legislador ha decidido castigar la insolvencia en cuanto tal y no como una situación de hecho preexistente a cualquier situación jurídica, requisito común a las distintas conductas delictivas. De lo contrario, si los delitos que ahora aparecen rubricados bajo el título de la frustración de la ejecución no exigieran una situación de hecho previa, consistente en la existencia de un deudor con un desequilibrio patrimonial que le impide afrontar con regularidad sus responsabilidades, de tal modo que el patrimonio resulta insuficiente para satisfacer las obligaciones contraídas con sus acreedores, estos delitos quedarían en meros ilícitos formales. El alzamiento de bienes, la presentación mendaz o incompleta de bienes en un procedimiento ejecutivo (o la no presentación de la misma) adquiere relevancia penal en tanto que con esa actuación se lesiona o, al menos, se pone en peligro el derecho de crédito de los acreedores. De tal modo que el que vacía de contenido su patrimonio sin perjuicio del derecho de crédito de sus acreedores o quien presenta una declaración de bienes o patrimonio incompleta o mendaz, pero suficiente para hacer frente a las deudas contraídas, no realizan el tipo por no afectar al bien jurídico protegido, en tanto, que con dichas conductas el sujeto no se sitúa en una situación de hecho prejurídica de insolvencia, ni real ni simulada. Lo que penalmente se sanciona es la conducta del deudor que incumple sus obligaciones mediante la ocultación de sus bienes (alzamiento) o provocando o agravando la situación de insolvencia mediante actuaciones subrepticias o fraudulentas (GONZALEZ RUS, 2011).

II. FRUSTRACIÓN DE LA EJECUCIÓN

En este Capítulo VII, “frustración de la ejecución”, se incluyen:

- a. Unas conductas que tradicionalmente aparecen en los textos punitivos bajo la denominación de “*alzamiento de bienes*” y que tienen en común la causación del vaciamiento patrimonial del deudor con el objeto de no hacer frente a las obligaciones de pago actuales o futuras contraídas con sus acreedores, provocando con ello una situación de insolvencia real o simulada que impide la ejecución del derecho de crédito por el acreedor, causando de este modo un perjuicio patrimonial en los acreedores con los propios bienes del deudor;
- b. Junto a otros tipos –de nuevo cuño– tales como la presentación de una relación de bienes incompleta o mendaz en un procedimiento de ejecución o la utilización de bienes embargados sin autorización.

Las diferentes modalidades de sustracción de los bienes propios con el objeto de hacer ineficaz el ejercicio del derecho que los acreedores tienen para la satisfacción de los créditos que tienen contraídos con el deudor, han girado en torno a la figura delictiva del alzamiento de bienes. Por este motivo, existía una identificación entre insolvencia y alzamiento (alzarse con sus bienes es tanto como “insolventarse”), de tal modo que –como ocurre desde el Código penal de 1848–,

te la realización de cualquier uso ilícito, incluso los de carácter no dominical, sin que tampoco se exija la causación de un perjuicio patrimonial a los acreedores.

4. Responsabilidad de la persona jurídica

Tras la división de las tradicionales “insolvencias punibles” en dos capítulos diferenciados, el capítulo VII dedicado a la “frustración en la ejecución” y, el Capítulo VII bis, bajo la rúbrica de “las insolvencias punibles”, a los “concurso punibles” o “banca rota”, la previsión de responsabilidad penal de la persona jurídica introducida en el artículo 261bis CP, por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, queda limitada a las insolvencias punibles de los artículos 259 y siguientes del CP, de tal modo, que para su virtualidad en los delitos que han quedado ubicados en el capítulo VII, es decir, para los delitos de alzamiento de bienes y otras figuras delictivas que obstaculizan o frustran la ejecución provocando la insatisfacción del derecho de crédito de los acreedores, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo incluye un nuevo artículo 258ter CP, con idéntico contenido que el artículo 261bis CP, en el que establece el sistema de penas previsto para cuando, de acuerdo a lo establecido en el artículo 31 bis CP una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este Capítulo VII, del Título XIII, del Libro segundo, del Código penal. Las penas para la persona jurídica previstas son las de multa, dependiendo de la pena prevista para la persona física. Así, la multa será de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años; y multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene previsto una pena de prisión de más de dos años y menos de cinco años; y multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos.

III. INSOLVENCIAS PUNIBLES

Históricamente, desde su inclusión en los artículos 758 y siguientes del Código penal de 1822, los diferentes Códigos penales han tipificado como delito la quiebra que con arreglo al código o las leyes de comercio fuere declarada fraudulenta, de un lado, y la quiebra culposa o por desidia o temeridad, de otro lado, con una dependencia de los procesos civiles y una accesoriedad a la legislación mercantil. La situación, no obstante, comienza a cambiar con la aprobación y entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, que trata de dotar de una difícil autonomía a estos delitos, con la fórmula recogida en su artículo 260 CP (trasladado al artículo 259 CP y reformado en profundidad por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo), que (salvo la adaptación a la nomenclatura de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre) permaneció inalterable hasta su reciente reforma operada por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

El tipo de “concurso punible” o “bancarrota” que finalmente tipifica la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se construye con una formulación típica muy

particular. Por una parte, se tipifica con la estructura del delito de peligro, describiendo una serie de conductas que son realizadas en una situación de insolvencia actual o inminente, previa a la declaración del concurso (artículo 259.1 CP) o, incluso, en aquellos casos en los que dichas conductas de disposición patrimonial poco diligentes respecto de las legítimas expectativas de los acreedores, son las que provocan la situación de insolvencia del deudor (artículo 259.2 CP); castigando incluso la comisión imprudente (artículo 259.3 CP). Por otra parte, a pesar de su configuración dogmática como delito de peligro, sin embargo, para la persecución del delito el legislador incluye una condición objetiva de perseguibilidad, consistente en la exigencia de que el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o haya sido declarado su concurso (artículo 259.4 CP), no exigiéndose –no obstante– la conclusión del procedimiento concursal (artículo 259.5 CP), ni vinculando la calificación de la insolvencia en el procedimiento concursal a la jurisdicción penal (artículo 259.6 CP).

1. Concurso punible o “bancarrota”

El artículo 259.1 CP, tipifica el concurso punible o “banca rota”, como sigue: *“Será castigado con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de ocho a veinticuatro meses quien, encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente, realice alguna de las siguientes conductas: 1.ª Oculte, cause daños o destruya los bienes o elementos patrimoniales que estén incluidos, o que habrían estado incluidos, en la masa del concurso en el momento de su apertura; 2.ª Realice actos de disposición mediante la entrega o transferencia de dinero u otros activos patrimoniales, o mediante la asunción de deudas, que no guarden proporción con la situación patrimonial del deudor, ni con sus ingresos, y que carezcan de justificación económica o empresarial; 3.ª Realice operaciones de venta o prestaciones de servicio por precio inferior a su coste de adquisición o producción, y que en las circunstancias del caso carezcan de justificación económica; 4.ª Simule créditos de terceros o proceda al reconocimiento de créditos ficticios; 5.ª Participe en negocios especulativos, cuando ello carezca de justificación económica y resulte, en las circunstancias del caso y a la vista de la actividad económica desarrollada, contrario al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos; 6.ª Incumpla el deber legal de llevar contabilidad, lleve doble contabilidad, o cometa en su llevanza irregularidades que sean relevantes para la comprensión de su situación patrimonial o financiera. También será punible la destrucción o alteración de los libros contables, cuando de este modo se dificulte o impida de forma relevante la comprensión de su situación patrimonial o financiera; 7.ª Oculte, destruya o altere la documentación que el empresario está obligado a conservar antes del transcurso del plazo al que se extiende este deber legal, cuando de este modo se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real del deudor; 8.ª Formule las cuentas anuales o los libros contables de un modo contrario a la normativa reguladora de la contabilidad mercantil, de forma que se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real del deudor, o incumpla el deber de formular el balance o el inventario dentro de plazo; 9.ª Realice cualquier otra conducta activa u omisiva que constituya una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y a la que sea imputable una disminución del patrimonio del deudor o por medio de la cual se oculte la situación económica real del deudor o su actividad empresarial”*.

El nuevo delito de concurso punible o bancarrota se configura como un delito de peligro, si bien vinculado a la situación de crisis (la insolvencia actual o inminente del deudor) y perseguible únicamente cuando se declara efectivamente el concurso o se produce un sobreseimiento de pagos (preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo).

En cuanto al sujeto activo del delito, a pesar del nomen iuris con el que se identifica en el preámbulo de la Ley, “concurso punible” o “bancarrota”, que pudiera atisbar la idea de que se construye como un delito especial, respecto del empresario, en la redacción de su articulado aparece inicialmente como un delito común, en el que el sujeto activo puede ser cualquiera (empresario o simple particular); si bien, no obstante, la mayoría de las conductas que minuciosamente describe el artículo 259.1 CP, consisten en infracciones del deber de diligencia en la gestión de los asuntos económicos propios del empresario (BENÍTEZ ORTÚZAR, 2015). La situación, de otro lado, se ve agravada por la similitud de algunas conductas tipificadas expresamente en el artículo 259.1 CP que pudieran –a su vez– ser constitutivas del delito común de alzamiento de bienes, tales como la ocultación de bienes o la simulación de créditos, que darían lugar a la situación de insolvencia, que realmente son auténticos alzamientos, en los que *“la frustración del crédito del acreedor se corresponde con un enriquecimiento patrimonial ilícito del deudor”* (SÁNCHEZ DAFAUCE, 2013), mientras que el delito de quiebra punible o bancarrota el ilícito se dirige más a una descapitalización del patrimonio por una gestión económica irregular (SÁNCHEZ DAFAUCE, 2013). Al respecto, se ha afirmado con razón que *“el incumplimiento del deber de gestión de una situación de insolvencia sólo debe llegar al Derecho penal respecto de personas cuya actividad profesional comprenda la protección del crédito. Para los particulares quedan, dados sus requisitos, los alzamientos de bienes”* (SÁNCHEZ DAFAUCE, 2013).

Sujeto pasivo, al igual que ocurría con el alzamiento de bienes, será el acreedor o acreedores que con la conducta del deudor verán insatisfecho su derecho de crédito (BENÍTEZ ORTÚZAR, 2015).

El artículo 259 CP contempla una serie de conductas realizadas por el deudor en una situación de insolvencia actual o inminente, tales como: ocultar, destruir, causar daños o realizar cualquier otra actuación no ajustada al deber de diligencia en la gestión de los asuntos económicos; realizar determinados actos de disposición; realizar operaciones de venta o prestaciones de servicio por precio inferior a su costa de adquisición o producción; simular créditos de terceros o reconocimiento de créditos ficticios; participar en negocios especulativos; incumplir el deber legal de llevar contabilidad o llevar doble contabilidad; etc. (ALCALÁ PEREZ-FLORES./JAÉN VALLEJO/MARTINEZ ARRIETA MARQUEZ-PRADO/PERRINO PÉREZ, 2015; BENÍTEZ ORTÚZAR, 2015).

Un conjunto de conductas que, si bien dispone el propio legislador consisten en *“un conjunto de acciones contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos mediante las cuales se reduce indebidamente el patrimonio que es garantía del cumplimiento de las obligaciones, o se dificulta o imposibilita el conocimiento por el acreedor de*

la verdadera situación económica del deudor” (preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo); lo que en realidad hacen es adelantar y ampliar la intervención penal en el ámbito de las insolvencias punibles, con cláusulas valorativas impropias de la norma penal, retrotrayendo la conducta típica a momentos anteriores a la declaración de concurso que realmente forman parte del delito de alzamiento de bienes e incluyendo una serie de conductas falsarias relativas a la contabilidad que ya tienen cabida entre los delitos de falsedad (SOUTO GARCÍA, 2015; BENÍTEZ ORTÚZAR, 2015).

Presupuesto de partida de estos delitos es la situación de insolvencia del sujeto activo. La insolvencia debe ser actual o inminente, por lo que si las conductas recogidas en el artículo 259.1 CP se llevan a cabo para provocar la insolvencia (real o simulada) el tipo aplicable será el del artículo 259.2 CP, o –en algún caso, si la insolvencia se busca con el objetivo de no afrontar las deudas y provocar un perjuicio a los acreedores, podría ser relevante el tipo de alzamiento de bienes. El porqué el sujeto ha llegado a la situación de insolvencia es irrelevante. El estado de insolvencia en el deudor aparece como un estado de hecho, desprovisto de una valoración jurídica. Lo que castiga este artículo 259.1 CP son una serie de conductas llevadas a cabo en un estado de insolvencia actual o inminente del deudor (BENÍTEZ ORTÚZAR, 2015).

Al respecto, de acuerdo con el artículo 2.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, está en situación de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. La insolvencia será inminente en el momento que se prevea que el deudor no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones exigibles (SÁNCHEZ DAFAUCE, 2013).

Las conductas que dan lugar a la comisión del delito, ejecutadas por el deudor en situación de insolvencia, son las siguientes:

1. “Oculte, cause daños o destruya los bienes o elementos patrimoniales que estén incluidos, o que habrían estado incluidos, en la masa del concurso en el momento de su apertura”. Realmente se tipifica una modalidad de alzamiento, en tanto que con su conducta el sujeto se alza con sus bienes en perjuicio de los acreedores concursales. En cualquier caso esta modalidad delictiva puede dar lugar a situaciones paradójicas, sobre todo en su modalidad de ocultación de bienes o elementos patrimoniales, pues la diferencia entre el alzamiento y esta modalidad de “insolvencia punible”, se centra únicamente en que en el delito del artículo 257 CP, la conducta se realiza para insolventarse, y –como regla general a todas las conductas recogidas en el artículo 259.1 CP– la situación de insolvencia actual o inminente es preexistente al ocultamiento de bienes u otros elementos patrimoniales. El problema no obstante, aparece con difícil solución si la conducta se realiza para provocar la situación de insolvencia, atendiendo a la redacción final del artículo 259.2 CP, que castiga con la misma pena a quien con alguna de las conductas del artículo 259.1 CP cause la situación de insolvencia. Identidad de conductas entre el artículo

257 CP y el artículo 259.2 CP –en relación con el artículo 259.1.1ª CP–, de difícil solución, atendiendo a la similitud punitiva entre ambos: pena de prisión de uno a cuatro años y multa de 12 a 24 meses en el caso del alzamiento de bienes y pena de prisión de uno a cuatro años y multa de ocho a veinticuatro meses en el caso de la insolvencia punible.

2. *“Realice actos de disposición mediante la entrega o transferencia de dinero u otros activos patrimoniales, o mediante la asunción de deudas que no guarden proporción con la situación patrimonial del deudor, ni con sus ingresos, y que carezca de justificación económica o empresarial”*. En esta modalidad, se entra el deber de diligencia de los asuntos económicos del deudor respecto de las obligaciones contraídas con sus acreedores, si bien, al final queda limitado a aquellos actos de disposición o asunción de deudas que carezca de justificación económica o empresarial, lo que parece que limita el tipo al empresario, excluyendo al particular. En cualquier caso, el particular estaría realizando el delito de alzamiento de bienes, en tanto que, la entrega de dinero supone disminuir el activo del deudor y asumir deudas supone aumentar el pasivo del deudor, produciéndose la misma situación que en el caso anterior.
3. *“Realice operaciones de venta o prestaciones de servicio por precio inferior a su coste de adquisición o producción, y que en las circunstancias del caso carezca de justificación económica”*. De igual modo que el apartado anterior, se tipifica expresamente una actividad económica por debajo de coste que debe ser analizada de acuerdo con las circunstancias económicas del caso concreto, es decir, una violación del deber de diligencia económica. Parece, igualmente, dedicado exclusivamente al empresario, al titular de una actividad económica profesional. La conducta también supone una disminución del activo del deudor insolvente, coincidiendo de nuevo con la conducta del alzamiento de bienes.
4. *“Simule créditos de terceros o proceda al reconocimiento de créditos ficticios”*. Conducta que, en sí misma, sería constitutiva del delito de alzamiento de bienes del artículo 257.1.1ª CP, aumentando ficticiamente el pasivo del deudor para simular una situación de insolvencia o de agravarla.
5. *“Participe en negocios especulativos, cuando ello carezca de justificación económica y resulte, en las circunstancias del caso y a la vista de la actividad económica desarrollada, contrario al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos”*. Conducta que, con un excesivo intervencionismo punitivo, se centra en la violación del deber de diligencia en la gestión de recursos económicos, limitando la participación del sujeto en “negocios especulativos”, lo que deberá ser atendido de acuerdo a las circunstancias del caso y a la vista de la actividad económica desarrollada, por lo que también parece quedar limitado al empresario titular de una actividad económica.
6. *“Incumpla el deber legal de llevar contabilidad, lleve doble contabilidad, o cometa en su llevanza irregularidades que sean relevantes para la comprensión de*

su situación patrimonial o financiera. También será punible la destrucción o alteración de los libros contables, cuando de este modo se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real del deudor". Conducta también limitada al empresario, al sujeto titular de una actividad económica obligado a seguir la formalidad en la contabilidad, de acuerdo a la legislación mercantil y que, con su conducta, dificulta la comprensión de la situación económica real del deudor. Se trata lógicamente de una conducta dirigida por el deudor a simular una situación de solvencia que no tiene. Obviamente no se trata de una conducta meramente formal, sino con la finalidad de ocultar la situación financiera o patrimonial del empresario, en situación de insolvencia, aparentando una solvencia que no tiene. Además se producirán situaciones concursales con los delitos de falsedad en documentos mercantil de los artículos 390 CP y siguientes.

7. *"Oculte, destruya o altere la documentación que el empresario está obligado a conservar antes del transcurso del plazo al que se extiende este deber legal, cuando de este modo dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real del deudor"*. En esta modalidad conductual el legislador expresamente exige la cualidad de empresario al sujeto activo. Para su consumación se exige que la documentación que revela el estado de insolvencia actual o inminente existió, pero se oculta, destruye o altera, antes del plazo legalmente establecido, con el propósito de dificultar o impedir conocer la situación económica del deudor. Además se producirán situaciones concursales con los delitos de falsedad en documentos mercantil de los artículos 390 CP y siguientes.
8. *"Formule las cuentas anuales o los libros contables de un modo contrario a la normativa reguladora de la contabilidad mercantil, de forma que se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real del deudor, o incumpla el deber de formular el balance o inventario dentro de plazo"*. Esta modalidad queda limitada también al deudor empresario, en tanto que supone unos incumplimientos de las formalidades contables exigidos a los titulares de actividades económicas y empresariales, que dificulten o impidan conocer la situación económica real del deudor, sin necesidad que los datos económicos allí incorporados se hayan falseado.
9. *"Realice cualquier otra conducta activa u omisiva que constituya una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de los recursos económicos y a la que sea imputable una disminución del patrimonio del deudor o por medio de la cual se oculte la situación económica real del deudor o su actividad empresarial"*. Incluye aquí el legislador una fórmula de recogida, dirigida al empresario poco diligente con sus deberes profesionales, relativa a cualquier otra acción u omisión por parte del deudor que, constituya una violación grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos que de lugar a una disminución del patrimonio del deudor u oculte la situación real económica o empresarial.

2. Causación de la insolvencia que da lugar al concurso punible

El artículo 259.2 dispone que: *“La misma pena se impondrá a quien, mediante alguna de las conductas a que se refiere el apartado anterior, cause su situación de insolvencia”*

En este apartado se hacen extensibles las penas a los sujetos que con las conductas del apartado primero lo que hacen es provocar la situación de insolvencia o agravarla. El tipo del artículo 259.2 CP pierde su relevancia en la tramitación parlamentaria de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, en tanto que hasta la tramitación en el Senado se mantenía como una modalidad agravada, con penas de prisión de dos a seis años, cuando con alguna de las conductas del apartado primero del artículo 259 CP se causaba o agravaba la situación de insolvencia. Finalmente la pena es la misma que la prevista en el artículo 259.1 CP y la interpretación que cabe hacer, por tanto, es distinta. El tipo del artículo 259.1 CP exige necesariamente la situación de insolvencia actual o inminente, de tal modo que este apartado segundo permitiría las conductas que llevan a la situación de insolvencia del deudor, obviamente en perjuicio de sus acreedores, para lo que ya está no obstante, el tipo del alzamiento de bienes del artículo 257.1 CP. Por otra parte, se da la circunstancia de que todas las conductas del apartado primero del artículo 259 CP –que parten de la situación de insolvencia actual o inminente– suponen o un agravamiento de la situación de insolvencia actual, o la aceleración de la declaración cuando la insolvencia era inminente.

3. Insolvencia imprudente

El artículo 259.3 CP, respecto de la insolvencia imprudente dispone que: *“Cuando los hechos se hubieran cometido por imprudencia, se impondrá una pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses”*.

La opción del legislador de tipificar expresamente la comisión imprudente es criticable, por tratarse, en la mayoría de las conductas incluidas en el artículo 259.1 CP, de delitos de peligro, que además están constituidos sobre la actuación poco diligente en la gestión de los asuntos económicos.

A diferencia de las conductas incluidas en el capítulo VII, *“de la frustración en la ejecución”*, que no contemplan la causación imprudente, incluyendo expresamente la finalidad de alzarse con los bienes en perjuicio de los acreedores, es decir, con una fuerte carga subjetiva en el tipo, en este artículo 259.3 CP el legislador incluye una discutida cláusula relativa a la “los hechos” cometidos por imprudencia. Además, se refiere genéricamente a la imprudencia, sin exigir que la misma sea grave.

Lo anómalo de la admisión de la imprudencia respecto a las conductas del artículo 259.1 CP, por otra parte, es su procedencia. Las conductas “falsarias” de los apartados 6º a 8º del artículo 259.1 CP son muy difíciles de concebir por imprudencia, y las modalidades de los apartados 1º a 5º, que se han identificado con las conductas de alzamiento de bienes, adquieren relevancia penal en tanto

que se realizan con la finalidad de eludir el derecho de crédito de los acreedores del deudor. Por otra parte, el límite que se plantea en el delito doloso, establecido la infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos, es tan liviano que la única posibilidad de integrar la modalidad imprudente sería con la infracción no considerada grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos, y ello supera con mucho el principio de intervención mínima del Derecho penal. La Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, ya recoge sanciones para el concurso culposo, siendo innecesaria la expresa incriminación de una bancarrota imprudente (QUINTERO OLIVARES, 2013; BENÍTEZ ORTÚZAR, 2015).

4. Condición objetiva de perseguibilidad

El artículo 259.4 CP recoge un requisito de perseguibilidad: *“Este delito solamente será perseguible cuando el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o haya sido declarado su concurso”*.

El legislador penal de 2015 ha optado por una interpretación sui géneris de la situación de insolvencia como presupuesto necesario para la comisión de estos tipos, pues, de un lado exige la situación de insolvencia actual o inminente, siendo la insolvencia, como se ha dicho, en la Ley 22/2003, de 9 de julio, la situación por la que el deudor no puede cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles, y la insolvencia inminente aquella en la que se prevé que no podrá seguir cumpliéndolas. Así, al incluir en el apartado cuarto la necesidad de que el sujeto haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o haya sido declarado el concurso, la conducta de un sujeto en situación de insolvencia inminente que no ha faltado regularmente a sus obligaciones pero se prevé que podrá hacerlo, sólo responderá si deja de responder o es declarado el concurso. En este sentido, aún cuando el delito se consuma en bastantes de las modalidades de conducta recogidas en el artículo 259.1 CP con anterioridad a la declaración concursal y sin necesidad de que el sujeto deje de cumplir regularmente con sus obligaciones, incluye esta cláusula de perseguibilidad. Sólo así puede interpretarse la doble dirección que parecía haber cogido el legislador español. De un lado la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, va dirigida a la continuidad de la empresa sometida a concurso, mientras que la Ley Orgánica 1/20115, de 30 de marzo, en el ámbito penal incrementa la intervención punitiva y adelanta los momentos de relevancia penal, de forma que sólo con esta cláusula parece armonizar la dirección de la normativa penal con la mercantil en materia de concursos. De este modo solventa el cambio legislativo producido en el concurso punible con la reforma de 2015, que –a diferencia de lo que hacía el artículo 260 CP, anterior– no exige la declaración del concurso para la comisión del delito. Ahora, se invierten las normas y una vez consumado el delito, no se perseguirá si el deudor continúa respondiendo con sus obligaciones con regularidad, sin que se haya declarado el concurso, o se llegue a declarar el concurso (BENÍTEZ ORTÚZAR, 2015).

5. Cuestiones procedimentales

Los apartados 5 y 6 del artículo 259 CP, disponen lo siguiente:

“5. Este delito y los delitos singulares relacionados con él, cometidos por el deudor o persona que haya actuado en su nombre, podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del concurso y sin perjuicio de la continuación de este. El importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos deberá incorporarse, en su caso, a la masa.

6. En ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso concursal vinculará a la jurisdicción penal”.

Los apartados 5 y 6 del artículo 259 CP, tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, coinciden con los anteriores apartados 3 y 4 del anterior artículo 260 CP. Tienen el objeto de garantizar un procedimiento penal propio al margen del procedimiento concursal. Así, de un lado, para proceder por el delito no será necesaria la conclusión el procedimiento concursal, sin necesidad de esperar la sentencia civil declarando y calificando el concurso, pudiendo los procesos correr de forma paralela. No se trata de un caso de prejudicialidad penal (BENÍTEZ ORTÚZAR, 2015).

Asimismo, se desvincula la declaración de insolvencia en el proceso civil concursal del resultado final del proceso penal. Se reafirma que la calificación de un concurso punible en un proceso penal es competencia exclusiva de la jurisdicción penal (BENÍTEZ ORTÚZAR, 2015).

6. Modalidades agravadas

El artículo 259bis CP dispone lo siguiente: *“Los hechos a que se refiere el artículo anterior serán castigados con una pena de prisión de dos a seis años y multa de ocho a veinticuatro meses, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: 1.ª Cuando se produzca o pueda producirse perjuicio patrimonial en una generalidad de personas o pueda ponerlas en una grave situación económica; 2.ª Cuando se causare a alguno de los acreedores un perjuicio económico superior a 600.000 euros; 3.ª Cuando al menos la mitad del importe de los créditos concursales tenga como titulares a la Hacienda Pública, sea esta estatal, autonómica, local o foral y a la Seguridad Social”.*

En el artículo 259bis CP se recogen unas modalidades agravadas del delito de concurso punible o bancarrota, cuando la mayor parte del crédito defraudado corresponde a deudas frente a la Hacienda Pública y la Seguridad Social, así como en aquellos casos en los que se produzca o pueda producirse un perjuicio patrimonial en una generalidad de personas o pueda ponerlas en una grave situación económica o cuando se cause a alguno de los acreedores un perjuicio superior a 600.000 €. El texto finalmente publicado en el Boletín Oficial del Estado de 31 de marzo de 2015 establece que *“los hechos a los que se refiere el artículo anterior”* serán castigados con una pena de prisión de dos a seis años y multa de ocho a veinticuatro meses, cuando concurra alguna de las circunstancias señaladas. Aún cuando

no dice nada, por sentido común debe entenderse el tipo construido sobre la modalidad dolosa de los apartados 1 y 2 del artículo 259 CP, excluyendo la modalidad imprudente del apartado 3. De tal modo que, si por imprudencia se realizan los hechos y, se dan alguna de las circunstancias recogidas en este artículo 259 bis CP, el tipo aplicable será exclusivamente el delito imprudente del artículo 259.3 CP (BENITEZ ORTÚZAR, 2015).

La primera agravación se refiere a que “*se produzca o pueda producirse*” perjuicio patrimonial en una generalidad de personas o pueda ponerlas en una grave situación económica. Se describe con una imprecisión impropia del legislador penal. De un lado se equipara la causación de un resultado de perjuicio a una generalidad de personas a aquellos casos en los que el perjuicio no se ha materializado. Es decir, equipara la conducta de causación del perjuicio con la creación de un peligro a de intereses de una gran cantidad de acreedores. No se determina, de otro lado, ni la cantidad de personas que a las que debe producirse (o haber podido producirse) el perjuicio patrimonial, ni qué se considera gran grave situación económica, para poder aplicar la agravación (BENITEZ ORTÚZAR, 2015).

En la segunda agravación, sin embargo, si se determina con exactitud la cuantía del perjuicio exigido para los casos en los que el mismo se produzca en un solo acreedor. Se exige el resultado concreto de causación a uno solo de los acreedores de un perjuicio superior a los 600.000 €.

Llama la atención al respecto la diferente tipificación de las agravaciones relativas a las deudas a la Hacienda Pública o a la Seguridad Social que se tipifican en el delito de concurso punible del artículo 259bis 3ª CP, en relación al recogido para los casos de alzamiento de bienes en sus distintas modalidades del artículo 257.3 CP. En el caso del delito de bancarrota basta con que la mitad de los créditos concursales tengan como titulares a la Hacienda Pública, sea estatal, autonómica, local o foral y a la Seguridad Social, mientras que la modalidad agravada del delito de alzamiento de bienes del artículo 257.3 CP exige, al respecto, que con su actividad el deudor intente eludir una deuda u obligación derivada de la comisión de un delito contra la Hacienda Pública o contra la Seguridad Social (BENITEZ ORTÚZAR, 2015).

Cuando concurre más de una circunstancia de las recogidas en el artículo 259 bis CP se aplicará la misma pena (BENITEZ ORTÚZAR, 2015).

7. Favorecimiento a determinados acreedores por quien se halla en concurso o en situación de insolvencia actual o inminente

En el artículo 260 CP la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, incluye dos figuras delictivas relativas a actuaciones del deudor en beneficio de alguno de los acreedores, de ahí que sea denominado delito de favorecimiento de acreedores:

“1. Será castigado con la pena de seis meses a tres años de prisión o multa de ocho a veinticuatro meses, el deudor que, encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente, favorezca a alguno de los acreedores realizando un acto de

disposición patrimonial o generador de obligaciones destinado a pagar un crédito no exigible o a facilitarle una garantía a la que no tenía derecho, cuando se trate de una operación que carezca de justificación económica o empresarial.

2. Será castigado con la pena de uno a cuatro años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses el deudor que, una vez admitida a trámite la solicitud de concurso, sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por los administradores concursales, y fuera de los casos permitidos por la ley, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinado a pagar a uno o varios acreedores, privilegiados o no, con posposición del resto”.

El artículo 260 CP tiene su origen en el artículo 259 CP en su redacción previa a la reforma de 2015, relativo al favorecimiento de acreedores tras la admisión a trámite del concurso; si bien el legislador, con el incremento del intervencionismo punitivo en la actividad económica y empresarial que inspira esta reforma, amplía el espectro de incriminación al favorecimiento de acreedores por el deudor insolvente en momentos incluso anteriores a la admisión a trámite de la solicitud del concurso.

Así, el artículo 260.2 CP se corresponde con el anterior artículo 259 CP, castigando con penas “*de uno a cuatro años de prisión y multas de ocho a veinticuatro meses, al deudor que, una vez admitida a trámite la solicitud de concurso, sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por los administradores concursales, y fuera de los casos permitidos por la Ley, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinado a pagar uno o varios acreedores, privilegiados o no, con posposición del resto”.*

Por su parte, como novedad, en el artículo 260.1 CP se incriminan conductas, realizadas por el deudor en estado de insolvencia actual o inminente con anterioridad a la admisión a trámite del concurso. Al respecto, este precepto castiga con pena de seis meses a tres años de prisión o multa de ocho a veinticuatro meses, al “*deudor que, encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente, favorezca a alguno de los acreedores realizando un acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones destinado a pagar un crédito no exigible o facilitarle una garantía a la que no tenía derecho, cuando se trate de una operación que carezca de justificación económica o empresarial”.*

Ambos tipos tienen en común el realizar cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones destinado a pagar a uno o varios acreedores reales con posposición de los otros. La diferencia radica en el momento en el que se realiza la conducta, antes o después de la admisión a trámite del concurso (BENÍTEZ ORTÚZAR, 2015).

El tipo del apartado 260.2 CP (antiguo artículo 259 CP) aparece con unos límites interpretativos meridianamente claros, en tanto que, de un lado, al estar admitido a trámite el concurso, la actividad económica o empresarial va a estar sometida a control y vigilancia por el Juez de lo Mercantil y por los administradores judiciales, exigiendo el tipo expresamente que el deudor concursado que favorece a unos determinados acreedores no esté autorizado para ello; por otra parte, el estar sometido a concurso, la intervención de la actividad determina el orden

de prelación de acreedores legalmente establecido, que será el se salta el deudor realizando una disposición patrimonial o adquiriendo una obligación para pagar a uno o varios acreedores posponiendo el pago de los que tenían preferencia en el cobro, afectando –de este modo– al derecho de crédito de estos acreedores cuyo pago se ha pospuesto.

El problema surge con el nuevo tipo del artículo 260.1 CP. El tipo exige que el deudor esté en estado de insolvencia actual o inminente, pero a diferencia de lo que ocurre con el delito del concurso punible o bancarrota del artículo 259 CP, para la persecución de este delito no se requiere ni la declaración del concurso ni que el deudor haya ido afrontando regularmente sus obligaciones, en tanto que no se incluye una cláusula de perseguibilidad similar a la del artículo 259.4 CP. De un lado, si se ha declarado el concurso el hecho sería constitutivo del tipo del apartado segundo de este artículo 260 CP. De otro lado, al permitir el estado de insolvencia inminente, es posible la comisión del tipo cuando aún el deudor está haciendo frente regularmente a sus obligaciones aunque es absolutamente previsible que dejará de hacerlo de inmediato. El tipo, en este sentido exige que sea el Juez penal el que valore directamente la situación de insolvencia en la que se encuentra el deudor no concursado aún, que realiza el pago a uno o varios acreedores, posponiendo a otros pagos preferentes (BENITEZ ORTÚZAR, 2015).

Se trata de un delito especial, que sólo puede ser realizado por el deudor, contra el derecho de crédito de los acreedores cuyo pago se ha pospuesto, que serán los sujetos pasivos del delito, a los que se les causa un perjuicio, pues los pospuestos, al tener preferencia de cobro, ven disminuido el patrimonio con el que eventualmente hubieran visto satisfechos sus créditos (GONZÁLEZ RUS, 2011; BENITEZ ORTÚZAR, 2015).

Los acreedores beneficiados, que ven satisfechos unos créditos legítimos, no serán responsables criminalmente. El acreedor cobra un crédito al que tiene derecho, al margen de que formalmente, pudieran aparecer como cooperadores necesarios del delito del deudor.

8. Falseamiento del estado contable para obtener la declaración de insolvencia

El artículo 261 CP permanece, con la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que lo adapta a Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, invariable desde la aprobación y entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. Tampoco ha sido modificado por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. En él se castiga al que “*en un procedimiento concursal presentare, a sabiendas, datos falsos relativos al estado contable, con el fin de lograr indebidamente la declaración de aquél*”, castigándolo con una pena de prisión de uno dos años y multa de seis a doce meses.

Se trata de presentar en el procedimiento civil del concurso un documento que incorpora datos falsos con el objeto de simular un estado de insolvencia

que no tiene el sujeto. Se trata de un delito de peligro para el patrimonio de los acreedores que con la falsa declaración del concurso pudieran ver insatisfechas sus legítimas expectativas de ver satisfechas sus créditos, en tanto que basta con la presentación de datos falsos en el procedimiento concursal, sin necesidad de para su consumación llegue a producirse necesariamente la declaración formal del concurso.

La preparación de los datos falsos en el documento privado que posteriormente será presentado en el proceso concursal podría ser constitutiva de algún delito de falsedades en documento mercantil o en documento privado –dependiendo del documento en el que se incorporen los datos falsos–, que sería un delito medial respecto del delito del artículo 361 CP.

9. Responsabilidad de la persona jurídica

Como se ha señalado respecto del artículo 258 bis CP, relativo al alzamiento de bienes realizado por persona jurídica, tras la división de las tradicionales “insolvencias punibles” en dos capítulos diferenciados, el capítulo VII dedicado a la “frustración en la ejecución” y, el capítulo VII bis, bajo la rúbrica de “las insolvencias punibles”, a los “concursos punibles” o “banca rota”, la previsión de responsabilidad penal de la persona jurídica introducida en el artículo 261bis CP, por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, queda limitada a las insolvencias punibles de los artículos 259 y siguientes del CP.

El artículo 261bis CP, en el que establece el sistema de penas previsto para cuando, de acuerdo a lo establecido en el artículo 31 bis CP una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este capítulo VIIbis, del Título XIII, del Libro segundo, del Código penal. Las penas para la persona jurídica previstas son las de multa, dependiendo de la pena prevista para la persona física. Así, la multa será de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años; Multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene previsto una pena de prisión de más de dos años y menos de cinco años; y multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos.

BIBLIOGRAFÍA

BENÍTEZ ORTÚZAR, “Frustración en la ejecución e insolvencias punibles”, Estudios sobre el Código Penal reformado, Madrid, 2015; EIRANOVA ENCINÁS, La responsabilidad penal en el ámbito de las sociedades mercantiles, Madrid, 2002; CABALLERO BRUN, Insolvencias punibles, Madrid, 2008; DEL ROSAL BLASCO, “Las insolvencias punibles a través del análisis del delito de alzamiento de bienes en el Código Penal”, *ADPCP*, 1994; ESQUINAS VALVERDE, “La nueva regulación de los delitos de alzamiento de bienes en el anteproyecto de Código Penal de 2012/2013”, *La Ley Penal*, 2013; FARALDO CABANA, “Los

delitos de alzamiento de bienes en el Proyecto de reforma del Código penal de 2013”, Revista Aranzadi Doctrinal, 2014; GÓMEZ PAVÓN, «Las insolvencias punibles en el Código penal actual», en CPC, 1998. GONZALEZ CUSSAC, “Ley concursal e insolvencia punible”, en Homenaje a Rodríguez Mourullo, Madrid, 2005. GONZÁLEZ CUSSAC, *Los delitos de quiebra*, Valencia, 2000; GONZÁLEZ CUSSAC, “Presentación de datos falsos al estado contable en las insolvencias punibles”, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*, Cuenca, 2001; GONZÁLEZ CUSSAC, “Ley concursal e insolvencia punible”, Homenaje al prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Pamplona, 2005; GONZALEZ RUS, “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VII). Las insolvencias punibles. Alteración de precios en concurso subastas. Daños. Disposiciones comunes”, Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial, Madrid, 2011; HUERTA TOCILDO, “Bien jurídico y resultado en los delitos de alzamiento de bienes”, *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al prof. Trío López*, Granada, 1999; JAÉN VALLEJO, “Las insolvencias punibles”, en CPC, 1996. JORGE BARREIRO MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “Las nuevas figuras especiales de insolvencias”, *RGDP*, 2004; “El delito de insolvencia del art. 260 CP, tras la nueva ley concursal”, en *Homenaje a Rodríguez Mourullo*, Madrid, 2005; MAGRO SERVET, “Alzamiento de Bienes”, *La Ley penal*, 2005; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “El delito de insolvencia del artículo 260 CP, tras la nueva ley concursal”, Homenaje al prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Pamplona, 2005; MIR PUIG/GALLEGO SOLER, “Responsabilidad civil derivada de los delitos de alzamiento”, *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Madrid, 2004; MONGE FERNÁNDEZ, *El delito concursal punible: ¿una solución penal a un problema mercantil? (análisis del artículo 260 CP)*, Valencia, 2010; MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, Barcelona, 1999; NIETO MARTÍN, *EL DELITO DE QUIEBRA*, Valencia, 2000; OCAÑA RODRÍGUEZ, *El delito de alzamiento de bienes. Sus aspectos civiles*, Madrid, 1997; OCAÑA RODRÍGUEZ, *El delito de insolvencia punible del art. 260 CP ala luz del nuevo derecho concursal. Aspectos penales y civiles*, Valencia, 2004; PAREDES CASTAÑÓN, “Lo subjetivo y lo objetivo en le tipo del delito de alzamiento de bienes”, *el nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona 2001; QUINTANO RIPOLLES, «El delito de daños», en NEJ, VI, 1954. QUINTERO OLIVARES, *El alzamiento de bienes*, Barcelona, 1982; QUINTERO OLIVARES, “insolvencias punibles”, *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia, 2013; QUINTERO OLIVARES, “El delito de concurso o bancarrota”, *Comentario a la reforma penal de 2015*, Pamplona, 2015; ROCA AGAPITO, “Alzamiento de bienes”, *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia 2013; ROCA AGAPITO/SÁNCHEZ DAUFACE, “Las insolvencias punibles y la reforma de 2010 (arts. 257 y 261bis), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Valencia, 2010; RODRÍGUEZ MOURULLO, “Acerca de las insolvencias punibles”, en *Homenaje a Bacigalupo*, Madrid, 2004; SÁNCHEZ DAFAUCE, “Insolvencias punibles”, *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia 2013; SÁNCHEZ DAFAUCE, “Frustración de la ejecución”, *Comentario a la reforma*

penal de 2015, Pamplona, 2015; SOBRÓN FERNÁNDEZ, “Las insolvencias punibles, de la alteración de precios en concursos y subastas. De los daños”, en *RMF*, 1997; SÁNCHEZ MELGAR, “Insolvencias punibles”, *La protección penal de los consumidores*, Madrid, 2008; SOUTO GARCÍA, *Los delitos de alzamiento de bienes en el código penal de 1995*, Valencia, 2009; SOUTO GARCÍA, “Frustración en la ejecución e insolvencias punibles (arts. 257 y ss.)”, *Comentarios a la reforma penal de 2015*, Valencia 2015; VAELLO ESQUERDO, «Consideraciones en torno al alzamiento de bienes», en *AP*, 1999. VIVES ANTÓN / GONZÁLEZ CUSSAC, *Los delitos de alzamiento de bienes*, Valencia, 1998.

UNIDAD 6

**DELITOS CONTRA
EL ORDEN
ECONÓMICO**

Competencias

- Analizar el estado actual del delito de lavado de activos y su impacto en la praxis forense peruana.

PRIMERA LECTURA

Abel Souto, M. (2023). EXPANSIÓN ESPAÑOLA DEL BLANQUEO DE DINERO EN LA ÚLTIMA DÉCADA DE REFORMAS PENALES. En Alvarez Yrala, E. (Dir.). Derecho Penal y dignidad humana. Libro homenaje al profesor Felipe Villavicencio Terreros. Vol. 2. (pp. 1015-1063). Lima, Perú. Grijley.

Se aborda la expansión del castigo del lavado de activos, lo cual se evidencia en los tipos penales que lo sancionan. Estos se han incrementado incesantemente desde su aparición mediante la Ley Orgánica N° 1/1988 que tipificó por primera vez el delito de blanqueo de dinero circunscrito exclusivamente al narcotráfico, hasta la Ley Orgánica N° 1/2015, por el momento, generándose un control económico y social excesivo.

Director
Edwar Omar Alvarez Yrala

DERECHO PENAL

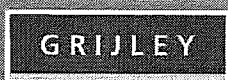
y dignidad humana

• Libro homenaje al profesor
**FELIPE VILLAVICENCIO
TERREROS**



Coordinadores
Juan E. Carrión Díaz
Magaly Lopez Arenas

Volumen 2



Director
Edwar Omar Alvarez Yrala

DERECHO PENAL

y dignidad humana

Libro homenaje al profesor
FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS

Volumen 2

Coordinadores:
Juan E. Carrión Díaz
Magaly Lopez Arenas

GRILEY

Primera edición: enero de 2023

**Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca
Nacional del Perú N.º 2022-12373**

Registro del Proyecto Editorial: 31501012200655

ISBN obra completa: 978-9972-04-753-4

ISBN volumen 2: 978-9972-04-756-5

© 2023, **Derecho Penal y dignidad humana
Parte general, especial y proceso
penal**

© 2023, **Juan E. Carrión Díaz
Magaly Lopez Arenas
Coordinadores**

© 2023, **Editora y Librería Jurídica Grijley E. I. R. L.
Jr. Azángaro 1077, Lima - Perú
Tlfs.: 01-3210258 / 923054974
ventas@libreriasgrijley.com**

Diseño y diagramación

Libia Huamali Sánchez

Composición e impresión

Editora y Librería Jurídica Grijley E. I. R. L.
Av. Tingo María 1330 - Lima - Perú
Tlfs.: 01-3375252 / 955474204
ediciongrijley@gmail.com

Tiraje: 1.000 ejemplares

DERECHOS RESERVADOS: Decreto Legislativo N.º 822

Prohibida la reproducción de este libro por
cualquier medio, total o parcialmente, sin
permiso expreso de la editorial.

EXPANSIÓN ESPAÑOLA DEL BLANQUEO
DE DINERO EN LA ÚLTIMA DÉCADA
DE REFORMAS PENALES(*)



Miguel Abel Souto(**)

España

SUMARIO: I. *Sit tibi terra levis*, Felipe. II. Expansión del castigo del blanqueo. III. Cuestión terminológica. IV. Hechos previos. V. Autoblanqueo. VI. Posesión y utilización. VII. Tipos agravados. VIII. Blanqueo y terrorismo. IX. Responsabilidad criminal de las personas jurídicas. X. Referencias bibliográficas.

Resumen: La contribución aborda la expansión del castigo del blanqueo de dinero en España desde la reforma de 22 de junio de 2010 hasta la actualidad.

(*) Este capítulo se integra en el proyecto RTI2018-6H-093931-B-100 (AEI/FEDER, UE), financiado por la Agencia Estatal de Investigación (Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades), Programa Operativo FEDER 2014-2020 «Una manera de hacer Europa».

(**) Presidente de la Asociación Iberoamericana de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Catedrático acr. de Derecho Penal en la Universidad de Santiago de Compostela.

I. SIT TIBI TERRA LEVIS, FELIPE

Constituye para mí motivo de especial satisfacción haber sido invitado a participar en este merecidísimo homenaje a Felipe Villavicencio Terreros. Tuve el placer de conocerle cuando me invitó como ponente a Lima a un curso internacional sobre blanqueo y pronto advertí que, además de un gran penalista, era —como decía Antonio Machado en su Retrato— un hombre bueno. Los romanos cuando alguien les abandonaba le deseaban que no le pesase la tierra. Estoy seguro, querido Felipe, que a ti no te pesa la tierra, porque te has integrado con ella y sigues con nosotros a través de tus enseñanzas.

II. EXPANSIÓN DEL CASTIGO DEL BLANQUEO

Lo primero que debe criticarse del blanqueo de dinero es la expansión de su castigo, según denuncié ya hace tiempo⁽¹⁾. Cuando se habla de expansión del castigo del blanqueo de dinero se acude a un símil: así como el universo se creó, según se dice, con el Big Bang, y desde entonces se está expandiendo constantemente, así también los tipos penales del blanqueo de dinero desde su aparición se vienen ampliando incesantemente⁽²⁾.

A modo de ejemplo de «la regulación cada vez más expansiva»⁽³⁾, se puede señalar lo ocurrido en España con los hechos previos: la Ley Orgánica N.º 1/1988, de 24 de marzo, tipificó por primera vez el delito de blanqueo de dinero circunscrito exclusivamente al narcotráfico, tras la perturbadora reforma de 23 de diciembre de 1992, el Código Penal de 23

(1) ABEL SOUTO, M. «The expansion of the punishment for money laundering». En *18th World Congress of Criminology*. Nueva Delhi, 15 a 19 de diciembre de 2016, pp. 1-7; ABEL SOUTO, M. «Admission of guilt in economic crimes, money laundering and criminal responsibility of legal persons» [ponencia]. En *XVII International Research to Practice Conference Kovalyov Readings. Legal reconciliation: compromise or concession?* Ekaterinburg: Advances in Social Science, Education and Humanities Research, 13 de febrero de 2020, pp. 14-18.

(2) ABEL SOUTO, M. *La expansión penal del blanqueo de dinero*. México D.F.: Centro Mexicano de Estudios en lo Penal Tributario, 2016.

(3) FERRÉ OLIVÉ, J. C. *Tratado de los delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 357.

de noviembre de 1995 amplió las infracciones antecedentes a los delitos graves, poco después la Ley Orgánica N.º 15/2003 de 25 de noviembre expandió los hechos previos a cualquier delito⁽⁴⁾; luego la reforma de 22 de junio de 2010 creó nuevos tipos agravados cuando los bienes procedan de algunos delitos contra la Administración pública, los relativos a la ordenación del territorio o el urbanismo⁽⁵⁾ y, por último, de momento, la Ley Orgánica N.º 1/2015, de 30 de marzo, además de llevar a cabo una «profunda revisión»⁽⁶⁾ del decomiso, expandió el campo de los hechos previos del delito de blanqueo a las antiguas faltas⁽⁷⁾, ahora convertidas mayoritariamente en delitos leves⁽⁸⁾, con lo que se genera un control económico y social excesivo.

III. CUESTIÓN TERMINOLÓGICA

Antes de nada conviene detenerse en la cuestión terminológica. La reforma de 22 de junio de 2010 altera, en el título XIII del libro II, la rúbrica del capítulo XIV⁽⁹⁾, que encabeza los artículos 298 a 304 del Código Penal, de manera que en el anterior rótulo «De la receptación y otras conductas afines» se sustituyen las tres últimas palabras por «el blanqueo de

(4) DE LA MATA BARRANCO, N. J. *Derecho penal europeo y legislación española: las reformas del Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pp. 127-130.

(5) BLANCO CORDERO, I. *El delito de blanqueo de capitales*. 4.ª ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2015, pp. 363-365.

(6) LORENZO SALGADO, J. M. «Directiva 2014/42/UE sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito y la extensión al blanqueo en 2015 del comiso ampliado, previsto inicialmente para la criminalidad organizada transnacional», en ABEL SOUTO, M. SÁNCHEZ STEWART, N. (Coords.). *VI congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 584.

(7) ABEL SOUTO, M. «La expansión, operada por la Ley Orgánica N.º 1/2015, de los hechos previos del delito de blanqueo a las antiguas faltas». En ABEL SOUTO, M. y SÁNCHEZ STEWART, N. (Coords.). *V congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 157-187.

(8) FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. «Supresión de las faltas y creación de delitos leves». En GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.). *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*. 2.ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pp. 45-82.

(9) TERRADILLOS BASOCO, J. M. *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal*. T. IV (Derecho penal. Parte especial - Derecho penal económico). Madrid: Iustel, 2012, p. 163.

capitales»⁽¹⁰⁾, locución que luego ni se precisa, ni es definida, ni se emplea en el tipo penal⁽¹¹⁾, y que constituye un antitético híbrido de imprecisión y exactitud⁽¹²⁾, ya que supone un contraste entre el laxismo técnico jurídico que entraña el primer término y la precisión que se pretende con el segundo. Aparte de que la mayor precisión de las palabras «capitales», «bienes» y «activos» frente al «dinero» para designar el objeto material del delito no deja de ser una pretensión, puesto que según el diccionario académico dinero equivale a «hacienda» o «fortuna»⁽¹³⁾, esto es, conjunto de bienes, y para María Moliner dinero es tanto como «cosa de valor»⁽¹⁴⁾, sin olvidarse de que para la Real Academia solo existe el dinero negro, pero no los bienes o capitales negros ni sucios. Además, la referencia

(10) MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte especial*. 18.ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 549.

(11) MORILLAS CUEVA, L. Aspectos dogmáticos y político-criminales del delito de blanqueo de capitales. En *Revista Foro FICP*, N.º 2, 2013, p. 72.

(12) Lo mismo podría afirmarse respecto a la legislación ecuatoriana de la expresión «lavado de activos», recogida en el artículo 317 del Código Orgánico Integral Penal, locución utilizada también en Argentina por la rúbrica del capítulo XIII (título XI) del Código Penal, según la Ley N.º 25.246 de 2000, que acertadamente desaparece de la nueva rúbrica del actual título XIII con la Ley N.º 26.683 de 2011, y en las dos leyes penales especiales peruanas de 2002 y 2012, decretos legislativos que luego no aluden en su texto ni al verbo «lavar» ni al objeto material «activos», aunque la primera redacción del art. 296B del Código Penal se refería al «blanqueo o lavado de dinero» y las posteriores versiones de 1992 y 1999 aludían al «lavado de dinero». Sin embargo, en Bolivia la rúbrica del artículo 185 bis del Texto Punitivo todavía vigente y del artículo 105 del *non nato* Código del Sistema Penal intentan ofrecer una denominación técnica y no contradictoria al aludir a la «legitimación de ganancias», pero después ninguno de los dos sustantivos se emplea en la descripción típica de los párrafos primeros de los dos artículos y perturbadoramente las rúbricas califican a las ganancias de «ilícitas», generando la duda de si cabe blanquear ganancias no delictivas pero ilícitas, como los bienes procedentes de infracciones administrativas o faltas, aunque el párrafo primero del artículo 185 bis del Texto Punitivo vigente y el anexo I del *non nato* Código del Sistema Penal descartan tal posibilidad.

(13) Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. 20.ª ed. Madrid: Espasa Calpe, 2001: voz «dinero», segunda acepción; Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. Madrid: Espasa Calpe, 2006: voz «dinero», segunda acepción.

(14) Real Academia Española. *Diccionario de uso del español*. 3.ª ed. Madrid: Gredos, 2007: voz «dinero».

al «dinero», tratándose del blanqueo, tiene una gran difusión tanto en España como en los países de nuestro entorno jurídico. Así, en Bélgica y Francia se habla de *blanchiment de l'argent* y en la Suiza francófona de *blanchissage de l'argent*, en los países sudamericanos predomina la locución «lavado⁽¹⁵⁾ de dinero⁽¹⁶⁾», objeto material mencionado en el Código Penal argentino⁽¹⁷⁾ y panameño⁽¹⁸⁾, en Alemania se sirven del término *Geldwäsche* y los austríacos y suizos de habla germánica, añadiendo la partícula iterativa *-erei*, prefieren referirse al *Geldwäscherei*. Igualmente, los países anglófonos aluden al *money laundering* y en Italia y en la parte helvética de habla italiana se acostumbra a denominar este fenómeno como *riciclaggio di denaro*. Incluso aparece la mención al dinero en las rúbricas de algunos textos punitivos, su articulado o ambos, v. gr., en el cuerpo del artículo 648 bis del Código Penal italiano, tanto en el encabezamiento como en la redacción del artículo 305 bis del texto punitivo suizo o en la rúbrica del § 261 del *StGB* alemán (*Geldwäsche*), sin que ello fuese óbice para que la doctrina germana mantuviese que no solo se podría blanquear dinero, pues, a modo de ejemplo, en palabras de Russ, «en contra del tenor literal de la designación típica el objeto del blanqueo de dinero no está limitado a recursos monetarios»⁽¹⁹⁾, sino que

(15) BARÓN CALDERÓN, W. *Estructura del estado y del sector privado para la prevención y control del lavado de activos en Colombia*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada, 2013, p. 5.

(16) En la Norteamérica latina el Código Penal federal mejicano, con plena corrección lingüística, habla en el título vigesimotercero de «Encubrimiento y operaciones con recursos de procedencia ilícita» y su capítulo segundo, en el que incluye el artículo 400 bis sobre el blanqueo, no hace ninguna concesión al argot, sino que alude a las «operaciones con recursos de procedencia ilícita».

(17) El Texto Punitivo argentino aludía al dinero como objeto material del delito de blanqueo en los apartados primero y tercero del artículo 278. La reforma de junio de 2011 traslada el tipo penal del blanqueo al artículo 303, pero su apartado tercero sigue castigando al que «recibiere dinero».

(18) ORTIZ DORANTES, A. *El delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita*. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona, 2010, pp. 370 y 372.

(19) RUSS, W. Comentario al parágrafo 261 del Código penal alemán: el blanqueo de dinero [trad. de Miguel Abel Souto]. En *Dereito - Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Vol. 6, N.º 1, 1997, p. 183, marginal 7.

se toman en consideración todos los valores u objetos patrimoniales⁽²⁰⁾. También el artículo 1956 del Código Penal estadounidense, que castiga en su título 18 el blanqueo, incluye conceptos amplios de productos, instrumentos monetarios y transacciones financieras⁽²¹⁾. Hasta en China se refieren al «dinero» para aludir a este fenómeno, pues en la palabra 钱 (xǐqián) la primera parte significa «lavado» y la segunda «dinero». En suma, mucho más adecuado hubiese sido que la reforma de junio de 2010 uniese al vocablo «blanqueo» la voz «dinero», en la medida en que el mencionado término constituye el menos antitético y el más extendido de los que se emplean para designar el objeto material⁽²²⁾. En este sentido la Real Academia Española, en la última actualización de su diccionario, constata la incorrección lingüística de la rúbrica «blanqueo de capitales» al desterrar tal locución de nuestro léxico y sustituirla por la expresión «blanqueo de dinero»⁽²³⁾.

(20) ARZT, G. Geldwäsche und rechtsstaatlicher Verfall. En *Juristen Zeitung*, 1993, p. 913; BOTTKE, W. Teleologie und Effektivität der Normen gegen Geldwäsche - Teil 1. En *Wistra*, N.º 3, 1995, p. 90; CEBULLA, M. Gegenstand der Geldwäsche. En *Wistra*, N.º 8, 1999, p. 286; FISCHER, T. *Strafgesetzbuch mit Nebengesetze*. 62.ª ed. München: Verlag C.H. Beck, 2015, p. 1873, marginal 6; HELMERS, G. Zum Tatbestand der Geldwäsche (§261 StGB): beispiel einer rechtsprinzipiell verfehlten Strafgesetzgebung. En *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2009, N.º 3, p. 511; HETZER, W. «Der Geruch des Geldes - Ziel, Inhalt und Wirkung der Gesetze gegen Geldwäsche». En *Neue Juristische Wochenschrift*, 1993, p. 3299; KNORZ, J. *Der Unrechtsgehalt des §261 StGB*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1996, p. 31; KÖRNER, H. H. y DACH, E. *Geldwäsche: ein Leitfaden zum geltenden Recht*. München: Verlag C.H. Beck, 1994, p. 15, marginal 12; LACKNER, K. y KÜHL, K. *Strafgesetzbuch Kommentar*. 28.ª ed. München: Verlag C.H. Beck, 2014, p. 1278, marginal 3; STREE, W. y HECKER, B. *Strafgesetzbuch Kommentar, Verlag C.H.* 29.ª ed. München: Beck, 2014, p. 2471, marginal 4.

(21) American jurisprudence. Vol. 53A, 2.ª ed. (2014 cumulative supplement). Thomson Reuters, 2014, §59, p. 49.

(22) Sobre la cuestión terminológica, ver el primer capítulo de la monografía ABEL SOUTO, M. *El blanqueo de dinero en la normativa internacional: especial referencia a los aspectos penales, servicio de publicaciones e intercambio científico*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2002, pp. 23-40 y 270.

(23) Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. Avance de la 23.ª ed. Barcelona: Espasa Libros, 2014: voz «blanqueo».

IV. HECHOS PREVIOS

En cuanto a los hechos previos, ya la Ley Orgánica N.º 5/2010, en el inciso inicial que contiene el artículo 301.1, respecto al requisito relativo al conocimiento de que los bienes tengan su origen «en un delito», cambió estas palabras por la «imprecisa»⁽²⁴⁾ o genérica⁽²⁵⁾ fórmula «en una actividad delictiva», «sin quedar clara la finalidad perseguida»⁽²⁶⁾ con la sustitución, locución a la cual se atribuyó un «muy discutible»⁽²⁷⁾ afán expansivo y, en principio, mayor amplitud que al anterior sustantivo «delito»⁽²⁸⁾, pues parecía permitir la inclusión de las faltas en los hechos previos del blanqueo⁽²⁹⁾, lo que supondría «una enorme ampliación del ámbito de este delito»⁽³⁰⁾ rechazable categóricamente, ya que el control económico y social que implicaría el castigo del blanqueo sería «más que excesivo»⁽³¹⁾, por lo que se había dicho que «no hay que prever que la

(24) DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. «El castigo del autoblanqueo en la reforma penal de 2010. La autoría y la participación en el delito de blanqueo de capitales». En ABEL SOUTO, M. y SÁNCHEZ STEWART, N. (Coords.). *III congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 282 y 288.

(25) ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. *Derecho penal español. Parte especial*. T. II. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 773.

(26) MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. «Receptación y blanqueo de capitales (arts. 301 y 302)». En ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dirs.). *Comentarios a la reforma penal de 2010*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 340.

(27) DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. «El castigo del autoblanqueo en la reforma penal de 2010...» *Op. cit.*, p. 282.

(28) FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. «El nuevo modelo de reacción penal frente al blanqueo de capitales. Los nuevos tipos de blanqueo, la ampliación del comiso y la integración del blanqueo en el modelo de responsabilidad penal de las empresas». En *Diario La Ley*, 22 de junio de 2011, p. 6; FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. «Blanqueo de capitales». En ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (Coord.). *Memento experto Francis Lefebvre. Reforma penal. Ley Orgánica N.º 5/2010*. Madrid: Ediciones Francis Lefebvre, 2010, pp. 318, 319 y 324, marginales 2934, 2936 y 2968.

(29) SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A. *Derecho penal. Parte especial*. 16.ª ed. Madrid: Dykinson, 2011, p. 562.

(30) MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte especial... Op. cit.*, p. 557.

(31) MORENO ALCÁZAR, M. A. «Receptación y blanqueo de capitales». En BOIX REIG, J. (Dir.). *Derecho penal. Parte especial*. Vol. II. (Delitos contra las relaciones familiares, contra el patrimonio y el orden socioeconómico). Madrid: Iustel, 2012, p. 689.

modificación tenga más trascendencia que la nominalista»⁽³²⁾ y que el cambio carecía de «relevancia»⁽³³⁾.

En efecto, aun cuando los nuevos términos «actividad delictiva» constituyesen una perturbadora mención que podía abrir la caja de Pandora de la que saldrían todos los males de la expansión del blanqueo, las faltas, antes de la reforma operada por la Ley Orgánica N.º 1/2015, debían excluirse de los hechos previos sobre la base de una interpretación literal, histórica y sistemática.

Gramaticalmente, «actividad delictiva», según enseña el diccionario académico, es solo la «relativa al delito»; términos que, en sentido estricto, no incluían las faltas. Si se hubiese querido abarcar las faltas se habría empleado la inequívoca fórmula «infracción criminal»⁽³⁴⁾.

Por otra parte, una interpretación histórica⁽³⁵⁾ que atendiese a los antecedentes legislativos confirmaba la exclusión gramatical de las faltas, pues en el Anteproyecto de 2008 todavía figuraba la voz «delito»⁽³⁶⁾, cuya sustitución propuso el Consejo Fiscal en su informe⁽³⁷⁾ por «actividad

(32) CORCOY BIDASOLO, M. «Crisis de las garantías constitucionales a partir de las reformas penales y de su interpretación por los tribunales». En MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.). *Constitución y sistema penal*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 168.

(33) FARALDO CABANA, P. Antes y después de la tipificación expresa del autoblanqueo de capitales. En *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXIV, 2014, p. 54.

(34) TERRADILLOS BASOCO, J. M. *Lecciones y materiales... Op. cit.*, p. 166.

(35) LORENZO SALGADO, J. M. «El tipo agravado de blanqueo cuando los bienes tengan su origen en el tráfico de drogas». En ÁBEL SOUTO, M. y SÁNCHEZ STEWART, N. (Coords.). *III congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 228 y 229, nota 15.

(36) DIEGO DÍAZ-SANTOS, M. R., MATELLANES RODRÍGUEZ, N. P. y FABIÁN CAPARRÓS, E. A. (Comp.). *XXI Congreso universitario de alumnos de Derecho penal*. Salamanca: Ratio legis, 2009, p. 27. Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica N.º 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, aprobado en el consejo de ministros de 14 de noviembre de 2008.

(37) MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. «Receptación y blanqueo... *Op. cit.*, p. 340; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*. 3.ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 485.

delictiva»⁽³⁸⁾ para poner de relieve que no se precisa⁽³⁹⁾ «la existencia ni la constancia formal de condenas previas»⁽⁴⁰⁾ por el delito base⁽⁴¹⁾ del que procedan los bienes objeto de blanqueo⁽⁴²⁾, como recuerdan las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2011⁽⁴³⁾, 30 de octubre⁽⁴⁴⁾, 9 de noviembre⁽⁴⁵⁾ y 5 de diciembre de 2012⁽⁴⁶⁾, 21 de julio de 2016⁽⁴⁷⁾, 26 de abril⁽⁴⁸⁾, 10⁽⁴⁹⁾ y 19⁽⁵⁰⁾ de mayo, 21 de junio⁽⁵¹⁾ y 7 de noviembre de 2017⁽⁵²⁾, lo cual ya resultaba tan evidente para doctrina y jurisprudencia⁽⁵³⁾ que la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio

-
- (38) DIEGO DÍAZ-SANTOS, M. R., MATELLANES RODRÍGUEZ, N. P. y FABIÁN CAPARRÓS, E. A. (Comp.). *XXI Congreso universitario... Op. cit.*, p. 198. Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica N.º 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, aprobado en su sesión de 4 de febrero de 2009.
- (39) CORCOY BIDASOLO, M. *Op. cit.*, p. 168; MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C. El delito de blanqueo de capitales. En *Revista Jurídica de Catalunya*, N.º 4, 2011, p. 159.
- (40) QUERALT JIMÉNEZ, J. J. *Derecho penal español. Parte especial*. 6.ª ed. Barcelona: Atelier, 2010, p. 1295.
- (41) LAMARCA PÉREZ, C. *Delitos y faltas: la parte especial del derecho penal*. Madrid: Colex, 2012, p. 477; LAMARCA PÉREZ, C. *Delitos y faltas: la parte especial del derecho penal*. 2.ª ed. Madrid: Colex, 2013, p. 447.
- (42) VIVES ANTÓN, T. S. y GONZÁLEZ CÚSSAC, J. L. *Derecho penal. Parte especial*. 3.ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, CD, 6.5.1.1.
- (43) LORENZO SALGADO, J. M. «El tipo agravado de... *Op. cit.*, p. 229.
- (44) STS N.º 811/2012, RJ\2012\11067, fundamentos de derecho vigésimo primero y vigésimo segundo.
- (45) STS N.º 857/2012, RJ\2012\11325, fundamento de derecho segundo.
- (46) STS N.º 974/2012, RJ\2013\217, fundamentos de derecho vigésimo octavo y trigésimo séptimo.
- (47) STS N.º 672/2016, RJ\2016\3608, fundamento de derecho segundo.
- (48) STS N.º 292/2017, RJ\2017\2139, fundamento de derecho quinto.
- (49) STS N.º 331/2017, RJ\2017\2710, fundamento de derecho primero.
- (50) STS N.º 362/2017, RJ\2017\2711, fundamento de derecho quinto.
- (51) STS N.º 456/2017, RJ\2017\3588, fundamento de derecho segundo.
- (52) STS N.º 723/2017, RJ\2017\5052, fundamento de derecho quinto.
- (53) ABEL SOUTO, M. La expansión penal del blanqueo de dinero operada por la Ley Orgánica N.º 5/2010, de 22 de junio. En *La Ley Penal-Revista de Derecho Penal, Procesal y*

de 2012 estima «reiterado *ad nauseam*» que no se exija una condena por el delito antecedente⁽⁵⁴⁾, locución latina también reproducida por la resolución de 14 de septiembre de 2016⁽⁵⁵⁾, pues la sentencia absolutoria sobre el delito previo puede serlo por razones distintas a la inexistencia de la actividad delictiva⁽⁵⁶⁾.

Igualmente, una hermenéutica que tomase en consideración los antecedentes legislativos internacionales nos conduciría a la misma exclusión de las infracciones leves, ya que las considerablemente ampliadas Directivas N.º 2001/97 y 2005/60 —las cuales utilizan los mismos términos «actividad delictiva» que se incorporaron al Código⁽⁵⁷⁾—, pese a abarcar «la práctica totalidad de los delitos»⁽⁵⁸⁾, no citan las faltas en sus catálogos de infracciones, como tampoco se incluyen en la definición que la decisión marco del Consejo, de 26 de junio de 2001, ofrece sobre la «actividad delictiva» ni en el Convenio de Varsovia, de 16 de mayo de 2005⁽⁵⁹⁾.

Asimismo, la interpretación sistemática también descartaba de los hechos previos del blanqueo las faltas, dado que el «origen en una ac-

Penitenciario, N.º 79, 2011, pp. 12 y 13; ABEL SOUTO, M. «La reforma penal de 22 de junio de 2010, en materia de blanqueo de dinero». En ABEL SOUTO, M. y SÁNCHEZ STEWART, N. (Coords.). *II congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 72 y 73.

(54) STS N.º 578/2012, RJ\2012\9057, fundamentos de derecho noveno, décimo y undécimo.

(55) STS N.º 703/2016, RJ\2016\6543, fundamento de derecho octavo.

(56) HURTADO ADRIÁN, A. «Blanqueo de capitales (art. 301.1)». En JUANES PECES, A. (Dir.). *Reforma del Código Penal: perspectiva económica tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica N.º 5/2010 de 22 de junio. Situación jurídico-penal del empresario*. Madrid: El Derecho, 2010, p. 253.

(57) MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. *Op. cit.*, pp. 341 y 342; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico... Op. cit.*, p. 486; MORILLAS CUEVA, L. Aspectos dogmáticos y... *Op. cit.*, pp. 61, 69, 83, 84 y nota 47.

(58) CASTRO MORENO, A. «Reflexiones críticas sobre las nuevas conductas de posesión y utilización en el delito de blanqueo de capitales en la reforma del Anteproyecto de 2008». En *Diario La Ley*, 5 de noviembre de 2009, p. 4.

(59) DEL CARPIO DELGADO, J. Principales aspectos de la reforma del delito de blanqueo: especial referencia a la reforma del art. 301.1 del Código Penal. En *Revista Penal*, N.º 28, 2011, p. 16.

tividad delictiva» por fuerza tiene que ser el mismo «origen ilícito» del que se habla poco después en el artículo 301.1 respecto a las conductas indeterminadas para ocultar o encubrir, las cuales constituyen, de conformidad con los antecedentes internacionales⁽⁶⁰⁾, tentativas específicas cuya comisión consumada se tipifica en el artículo 301.2⁽⁶¹⁾, que se refiere a los hechos previos con la fórmula «delitos expresados en el apartado anterior». En idéntico sentido la sistemática obligaba a descartar las faltas en la «actividad delictiva» del artículo 301 por pura coherencia, habida cuenta de que el 301.4 castiga el blanqueo aunque el «delito del que provinieren los bienes», al que se refiere en los apartados anteriores, se cometiere en el extranjero⁽⁶²⁾.

De otro lado, las faltas debían excluirse de los hechos previos del delito de blanqueo porque en caso contrario se vulneraría la consideración del derecho penal como *ultima ratio*⁽⁶³⁾, pues la Ley contra el blanqueo, de 28 de abril de 2010 —que traspuso la tercera Directiva fuera de plazo,

(60) VOGEL, J. Geldwäsche - eine europaweit harmonisierter Straftatbestand? En *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, N.º 2, 1997, p. 340.

(61) ABEL SOUTO, M. *El blanqueo de dinero... Op. cit.*, pp. 91, 92, 95, 165-169, 245 y 246; ABEL SOUTO, M. «Conductas típicas de blanqueo en el Ordenamiento penal español». En ABEL SOUTO, M. y SÁNCHEZ STEWART, N. (Coords.). *I congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, pp. 213, 233, 234 y 326; Díez RIPOLLÉS, J. L. El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas: la recepción de la legislación internacional en el Ordenamiento Penal español. En *Actualidad Penal*, N.º 32, 1994, pp. 603 y 604. Para el anterior Código Penal, Díez RIPOLLÉS, J. L. *Política criminal y derecho penal: estudios*. 2.ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 905 y 906; COBO DEL ROSAL, M. *Compendio de derecho penal español. Parte especial*. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 536; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal... Op. cit.*, pp. 491 y 492; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. «La dimensión internacional del blanqueo de dinero». En GARCÍA ARÁN, M. (Dir.). *El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2005, pp. 233 y 234; QUINTERO OLIVARES, G. *Comentarios a la parte especial del derecho penal*. Pamplona: Aranzadi, 1996, p. 708; QUINTERO OLIVARES, G. *Comentarios a la parte especial del derecho penal*. 8.ª ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2009, p. 945.

(62) LORENZO SALGADO, J. M. «El tipo agravado de... *Op. cit.*, p. 97.

(63) MANACORDA, S. La réglementation du blanchiment de capitaux en droit international: les coordonnées du système. En *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, N.º 2, 1999, p. 258.

en último lugar de los países de la Unión⁽⁶⁴⁾, después de que la Comisión incoase, en junio de 2008, procedimientos de infracción contra quince Estados⁽⁶⁵⁾, y en otra transposición intempestiva ya ha incurrido el legislador español, pues disponía hasta el 26 de junio de 2017 para cumplir con la cuarta Directiva⁽⁶⁶⁾, según su artículo 67.1, lo cual no se ha hecho hasta el real Decreto-Ley N.º 11/2018, de 31 de agosto⁽⁶⁷⁾, armonización en materia de blanqueo que no tiene fin, porque después se aprobaron, el 30 de mayo de 2018, la quinta Directiva⁽⁶⁸⁾ y, el 23 de octubre de 2018, la Directiva de lucha contra el blanqueo mediante el derecho penal—, cuyo reglamento, de 5 de mayo de 2014⁽⁶⁹⁾, solo entra en juego ante activos que tengan «su origen en un delito», fórmula con la que define los «bienes procedentes de una actividad delictiva»⁽⁷⁰⁾. Si se incluyesen las faltas como hechos ante-

(64) GARCÍA NORIEGA, A. *Blanqueo y antiblanqueo de capitales: ¿cómo se lava el dinero, cómo se combate el lavado?* Madrid: Difusión jurídica, 2010, pp. 321, 371 y 372.

(65) PELÁEZ MARTOS, J. M. *Blanqueo de capitales: obligaciones de empresas y profesionales en la nueva ley.* Madrid: Wolters Kluwer, 2010, p. 29.

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

(67) Real Decreto-Ley N.º 11/2018, de 31 de agosto, de transposición de directivas en materia de protección de los compromisos por pensiones con los trabajadores, prevención del blanqueo de capitales y requisitos de entrada y residencia de nacionales de países terceros y por el que se modifica la Ley N.º 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, BOE de 4 de septiembre.

(68) Directiva (UE) N.º 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva (UE) N.º 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifican las Directivas N.º 2009/138/CE y N.º 2013/36/UE. Publicado en Diario Oficial de la Unión Europea, L 156, 19 de junio de 2018, pp. 43-74.

(69) Real Decreto N.º 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el reglamento de la Ley N.º 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, BOE de 6 de mayo.

(70) Ley N.º 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, BOE de 29 de abril, artículo 1.2.

cedentes del blanqueo en los términos «actividad delictiva» del artículo 301.1 del texto punitivo, se invertirían paradójicamente las relaciones del derecho penal con el administrativo⁽⁷¹⁾ —restablecidas en 2010 según la propuesta del Grupo de Estudios de Política Criminal—⁽⁷²⁾; discrepancia entre la legislación preventiva y represiva en materia de blanqueo⁽⁷³⁾ que generaría una «disfuncionalidad»⁽⁷⁴⁾, pondría en peligro la seguridad jurídica⁽⁷⁵⁾ y quebrantaría tanto el principio de intervención mínima⁽⁷⁶⁾ como el de *ultima ratio*⁽⁷⁷⁾. Aunque a veces sorprende la dureza de la ley

(71) LORENZO SALGADO, J. M. «Prólogo». En ABEL SOUTO, M. *El blanqueo de dinero en la normativa internacional: especial referencia a los aspectos penales, servicio de publicaciones e intercambio científico*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2002, p. 18.

(72) Grupo de Estudios de Política Criminal. «Principios de reforma de la normativa administrativa de prevención del blanqueo». En *Una regulación alternativa contra la corrupción urbanística y otras conductas delictivas relacionadas*. Málaga: Gráficas Luis Mahave, 2010, pp. 62 y 63.

(73) Sobre la tortuosa relación del derecho penal y el administrativo en sede de blanqueo, ver ABEL SOUTO, M. *El blanqueo de dinero... Op. cit.*, pp. 241 y 242; ABEL SOUTO, M. Década y media de vertiginosa política criminal en la normativa penal española contra el blanqueo: análisis de los tipos penales contra el blanqueo desde su incorporación al texto punitivo español en 1988 hasta la última reforma de 2003. En *La Ley Penal-Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, N.º 20, 2005, pp. 24 y 25; ABEL SOUTO, M. *El delito de blanqueo en el Código Penal español: bien jurídico, conductas típicas y objeto material tras la Ley Orgánica N.º 15/2003, de 25 de noviembre*. Barcelona: Bosch, 2005, pp. 240-246; ABEL SOUTO, M. «Conductas típicas de... Op. cit., p. 203; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 191; FABIÁN CAPARRÓS, E. A. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Colex, 1998, p. 387; ARROYO ZAPATERO, L. et al. *Comentarios al Código Penal*. Madrid: Iustel, 2007, p. 667; PALMA HERRERA, J. M. *Los delitos de blanqueo de capitales*. Madrid: Edersa, 2000, p. 335; TERRADILLOS BASOCO, J. M. «El delito de blanqueo de capitales en el Derecho español». En CERVINI, R., CESANO, J. D. y TERRADILLOS, J. M. (Eds.). *El delito de blanqueo de capitales de origen delictivo. Cuestiones dogmáticas y político-criminales: un enfoque comparado (Argentina-Uruguay-España)*. Córdoba: Alveroni, 2008, p. 225, nota 31.

(74) DEL CARPIO DELGADO, J. *Op. cit.*, p. 16.

(75) SAVONA, E. U. «Luci e ombre di un esperimento regionale. La Direttiva anti-riciclaggio dell'Unione europea». En CORVESE, C. G. y SANTORO, V. (Eds.). *Il riciclaggio del denaro nella legislazione civile e penale*. Milán: Giuffrè, 1996, p. 93.

(76) ALIAGA MÉNDEZ, J. A. *Normativa comentada de prevención del blanqueo de capitales: adaptada a la Ley N.º 10/2010*. Madrid: Wolters Kluwer, 2010, p. 13.

(77) TERRADILLOS BASOCO, J. M. «El delito de blanqueo... Op. cit., p. 240.

preventiva y su aplicación, pues la sala de lo contencioso-administrativo no consideró desproporcionada la multa de 971 200 euros a un suizo por no declarar 1 300 000 euros que llevó a Ibiza para adquirir una vivienda, sanción confirmada por el Tribunal Supremo, en su sentencia de 12 de febrero de 2018⁽⁷⁸⁾.

Por último, debía descartarse la inclusión de las faltas en los hechos previos del delito de blanqueo porque vulnera el principio de proporcionalidad, limita la eficacia de la norma⁽⁷⁹⁾ e incrementa los costes sociales⁽⁸⁰⁾ de forma intolerable.

Sin embargo, el futuro que nos aguardaba no era muy esperanzador, pues la Ley Orgánica N.º 1/2015, de 30 de marzo, que decía acabar con las faltas, realmente, utilizando la neolengua orweliana, convirtió la mayoría de ellas en delitos leves, de manera que, desde su entrada en vigor, el 1 de julio de 2015, expandió el campo de los hechos previos del delito de blanqueo generando un control económico y social excesivo.

Así, el euro procedente de una anterior falta de estafa, ahora delito leve según el artículo 249 del Código Penal español, constituye objeto material susceptible de blanqueo y los actos preparatorios de esa estafa, antes impunes respecto a las faltas, pasan a sancionarse de conformidad con el artículo 269. Con todo, debe descartarse aquí el castigo del blanqueo en virtud del principio de insignificancia.

V. AUTOBLANQUEO

Respecto al autoblanqueo, la Ley Orgánica N.º 5/2010, tras la referencia del artículo 301.1 a la «actividad delictiva» que integra el hecho previo, añade el inciso «cometida por él o por cualquiera tercera persona»,

(78) STS N.º 198/2018, RJ\2018\394.

(79) FLICK, G. M. *Le risposte nazionali al riciclaggio di capitali. La situazione in Italia*. En *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, N.º 4, 1992, p. 1293; TERRADILLOS BASOCO, J. M. «El delito de blanqueo... *Op. cit.*», p. 261.

(80) FLICK, G. M. *La repressione del riciclaggio ed il controllo della intermediazione finanziaria. Problemi attuali e prospettive*. En *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, N.º 4, 1990, 1264.

con lo que «tipifica expresamente»⁽⁸¹⁾, «admite»⁽⁸²⁾ de un modo patente el blanqueo cometido por el responsable del hecho previo —ya sea su autor o haya intervenido en él de otra manera⁽⁸³⁾— en la forma en que el delito venía siendo mayoritariamente interpretado⁽⁸⁴⁾, y «zanja una de las cuestiones más controvertidas»⁽⁸⁵⁾ o pone término a la «intensa»⁽⁸⁶⁾ discusión doctrinal y jurisprudencial⁽⁸⁷⁾. En este sentido, ya existía un acuerdo del pleno del Tribunal Supremo no jurisdiccional, de 18 de julio de 2006⁽⁸⁸⁾, que admitía el autoblanqueo⁽⁸⁹⁾, y en tal línea la sentencia del alto tribunal de 10 de mayo de 2017 concreta la lesión adicional al orden socioeconómico en «el interés del Estado en controlar el flujo de capitales procedentes de actividades delictivas»⁽⁹⁰⁾.

Ahora bien, la sanción penal del autoblanqueo, combinada con las nuevas conductas de posesión o uso, incorporadas al Código Penal por la Ley Orgánica N.º 5/2010, produce «extrañas consecuencias»⁽⁹¹⁾, hasta

(81) Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica N.º 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, aprobado en su sesión de 4 de febrero de 2009, p. 198.

(82) LORENZO SALGADO, J. M. «El tipo agravado de... *Op. cit.*, p. 234.

(83) DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. «El castigo del autoblanqueo... *Op. cit.*, p. 281.

(84) FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. «Blanqueo de capitales». *Op. cit.*, p. 319, marginal 2936.

(85) GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. y VIDALES RODRÍGUEZ, C. «El nuevo delito de financiación del terrorismo: consideraciones acerca de su necesidad y conveniencia». En GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.). *Financiación del terrorismo, blanqueo de capitales y secreto bancario: un análisis crítico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 195, nota 22.

(86) FARALDO CABANA, P. Antes y después de... *Op. cit.*, p. 55.

(87) Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica N.º 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, aprobado en su sesión de 4 de febrero de 2009, p. 198.

(88) GÓMEZ RIVERO, M. C. *Nociones fundamentales de derecho penal. Parte especial*. Madrid: Tecnos, 2010, p. 540.

(89) ABEL SOUTO, M. «La expansión... *Op. cit.*, pp. 15 y 16; ABEL SOUTO, M. «La reforma penal de 22 de junio de 2010... *Op. cit.*, pp. 78-80, con cita de diversas sentencias del alto tribunal.

(90) STS N.º 331/2017, fundamento de derecho tercero.

(91) QUINTERO OLIVARES, G. Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil. En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 8 de marzo

absurdas⁽⁹²⁾, que nos colocan en los límites de lo punible⁽⁹³⁾ y pueden «alcanzar niveles ridículos»⁽⁹⁴⁾, crítica doctrinal de la que se ha hecho eco la jurisprudencia en sus sentencias de 26 de noviembre de 2014⁽⁹⁵⁾, 2 de marzo de 2016⁽⁹⁶⁾ y 9 de marzo de 2017⁽⁹⁷⁾.

Si a la sanción del autoblanqueo se le añade el castigo de la posesión y el uso, así como la ampliación de los hechos previos a las antiguas faltas operada por la Ley Orgánica N.º 1/2015, cometería un nuevo delito el que tiene una bufanda de 5 euros que ha hurtado, falta convertida ahora en delito leve según el artículo 234.2, y el que usa un viejo ciclomotor, de muy escaso valor, por él sustraído, pues la antigua falta se ha transformado en el delito leve de hurto de uso sin cuantía del artículo 244.1.

Para evitar un *bis in idem*, debería interpretarse el tipo conforme a la categoría de los «actos copenados impunes»⁽⁹⁸⁾ posteriores⁽⁹⁹⁾, en el sentido de que la posesión por los autores o partícipes en el hecho precedente únicamente puede castigarse como blanqueo cuando no quepa sancionarlos por el delito previo⁽¹⁰⁰⁾. Así lo puso de relieve el Consejo General del Poder Judicial respecto a los autores o cómplices de delitos

de 2010, p. 13; QUINTERO OLIVARES, G. «La reforma del comiso (art. 129)». En QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*. Cizur Menor: Aranzadi, 2010, p. 109.

(92) CASTRO MORENO, A. *Op. cit.*, pp. 1 y 4; LORENZO SALGADO, J. M. «El tipo agravado de... *Op. cit.*, pp. 224 y 225, nota 5.

(93) MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. *Op. cit.*, p. 340.

(94) QUINTERO OLIVARES, G. Sobre la ampliación... *Op. cit.*, p. 13; QUINTERO OLIVARES, G. «La reforma del comiso (art. 129)». *Op. cit.*, p. 109.

(95) STS N.º 809/2014, RJ\2014\626, fundamento de derecho segundo.

(96) STS N.º 165/2016, RJ\2016\5767, voto particular.

(97) STS N.º 149/2017, RJ\2017\1764, fundamento de derecho decimotavo.

(98) MORILLAS CUEVA, L. *Sistema de derecho penal español. Parte especial*. Madrid: Dykinson, 2011, p. 641.

(99) CORCOY BIDASOLO, M. *Op. cit.*, p. 168.

(100) QUINTERO OLIVARES, G. Sobre la ampliación... *Op. cit.*, p. 20; QUINTERO OLIVARES, G. «La reforma del comiso (art. 129)». *Op. cit.*, p. 110.

patrimoniales y socioeconómicos para salvar la proscripción constitucional de *bis in idem*; aunque el argumento solo sirve para la posesión, al formar parte de la consumación en estos delitos⁽¹⁰¹⁾, pero no para la utilización de bienes, que provocaría un concurso real de delitos⁽¹⁰²⁾. Con todo, cabe excluir del tipo tanto la utilización como otra clase de posesiones distintas a las indicadas sobre la base del principio de insignificancia y de una interpretación teleológica que, tomando en consideración el bien jurídico tutelado, exija un menoscabo relevante del orden socioeconómico⁽¹⁰³⁾ y la idoneidad de los comportamientos para incorporar capitales ilícitos al tráfico económico⁽¹⁰⁴⁾.

VI. POSESIÓN Y UTILIZACIÓN

La reforma de 22 de junio de 2010 también introduce en el inciso inicial del artículo 301.1 del texto punitivo la posesión y utilización como nuevas modalidades típicas⁽¹⁰⁵⁾.

Las conductas de posesión y utilización ya quedaban abarcadas, desde el Código Penal de 1995, por la fórmula «realice cualquier otro acto para

(101) DIEGO DÍAZ-SANTOS, M. R., MATELLANES RODRÍGUEZ, N. P. y FABIÁN CAPARRÓS, E. A. *Op. cit.*, p. 104: Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica N.º 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, aprobado en su sesión de 18 de febrero de 2009.

(102) *Idem*; FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. «Blanqueo de capitales». *Op. cit.*, p. 322, marginal 2954; FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. «El nuevo modelo... *Op. cit.*, p. 6.

(103) En el mismo sentido, las sentencias del Tribunal Supremo N.º 809/2014, de 26 de noviembre, fundamento de derecho segundo; N.º 491/2015, de 23 de julio, RJ\2015\3705, fundamento de derecho séptimo; N.º 165/2016, de 2 de marzo, voto particular; N.º 238/2016, de 29 de marzo, RJ\2016\1788, fundamento de derecho tercero.

(104) Así también, las sentencias del Tribunal Supremo N.º 809/2014, de 26 de noviembre, fundamento de derecho segundo; N.º 747/2015, de 19 de noviembre, RJ\2015\6502, fundamento de derecho undécimo, RJ\2010\1788, fundamento de derecho tercero; N.º 849/2016, de 10 de noviembre, RJ\2016\5451, fundamento de derecho cuarto; N.º 331/2017, de 10 de mayo, fundamento de derecho tercero; N.º 362/2017, de 19 de mayo, fundamento de derecho sexto.

(105) ABEL SOUTO, M. «La expansión... *Op. cit.*, pp. 17 y 27; ABEL SOUTO, M. «La reforma penal de 22 de junio de 2010... *Op. cit.*, pp. 81-98.

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», pero ahora se incluyen de forma expresa en el Código⁽¹⁰⁶⁾. Al respecto, se ha dicho que la ampliación de comportamientos en la Ley Orgánica N.º 5/2010 únicamente es nominal y no real⁽¹⁰⁷⁾, aunque verdaderamente sí se ha operado un cambio importante, pues hasta ahora esas conductas solo estaban castigadas si mediaba una finalidad de ocultación, encubrimiento o auxilio; sin embargo, desde la reforma pasan a sancionarse de manera objetiva. Ciertamente, para un sector doctrinal —el cual reputa que el artículo 301.1 tipifica exclusivamente actos dirigidos a la ocultación, encubrimiento o ayuda— la reforma nada alteraría, pero para los que entendemos que el precepto abarca a la luz tanto de la interpretación gramatical⁽¹⁰⁸⁾, que atiende a la colocación o ausencia de comas y al orden de la descripción típica⁽¹⁰⁹⁾, histórica, lógico-sistemática⁽¹¹⁰⁾ y teleológica como de los documentos internacionales⁽¹¹¹⁾, no solo actos indeterminados tendentes a la ocultación, encubrimiento o auxilio, sino también la nuda adquisición, conversión y transmisión de bienes, con conocimiento de que derivan de un delito, pero sin importar la finalidad que guía al blanqueador⁽¹¹²⁾, la Ley Orgánica N.º 5/2010 equipararía la

(106) MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal...* *Op. cit.*, pp. 554 y 556.

(107) QUERALT JIMÉNEZ, J. J. *Op. cit.*, p. 1294.

(108) TERRADILLOS BASOCO, J. M. «El delito de blanqueo... *Op. cit.*, p. 237.

(109) DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. «El castigo del autoblanqueo... *Op. cit.*, p. 289.

(110) LORENZO SALGADO, J. M. «El tipo agravado de... *Op. cit.*, p. 224.

(111) MORILLAS CUEVA, L. Aspectos dogmáticos... *Op. cit.*, p. 80.

(112) ABEL SOUTO, M. *El delito de blanqueo en...* *Op. cit.*, pp. 93-102, 290 y 291; ABEL SOUTO, M. «Conductas típicas... *Op. cit.*, pp. 177-187 y 325; BLANCO CORDERO, I. El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales. En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Vol 13, N.º 1, 2011, p. 42; BLANCO CORDERO, I. *El delito de blanqueo de capitales*. 3.ª ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2012, p. 437; CARDONA TORRES, J. *Derecho penal. Parte especial: adaptado a la reforma de la Ley Orgánica N.º 5/2010, de 22 de junio*. Barcelona: Bosch, 2010, p. 335; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. «El castigo del autoblanqueo... *Op. cit.*, pp. 289 y 290; MORILLAS CUEVA, L. *Sistema de...* *Op. cit.*, pp. 638 y 639; LORENZO SALGADO, J. M. «El tipo agravado de... *Op. cit.*, p. 224 y notas 3 y 4; MANSO PORTO, T. El blanqueo de capitales entre la dogmática y la política criminal internacio-

posesión y utilización objetivas a las tres últimas conductas. De hecho, el legislador con la modificación parte de la base de esta segunda interpretación, pues en caso contrario no habría sentido la necesidad de cambio alguno. En palabras de Martínez-Buján Pérez, la reforma «vendría a confirmar la validez»⁽¹¹³⁾ de esta última tesis ya que la mención a las nuevas conductas «cobra pleno sentido si se trata de modalidades tasadas dentro de un tipo que no requiere la constatación de finalidad alguna y que es independiente del segundo tipo que se describe»⁽¹¹⁴⁾.

Sin embargo, a partir de la sentencia de 29 de abril de 2015⁽¹¹⁵⁾, empieza a difundirse en el Tribunal Supremo español, aunque en el mismo sentido ya apuntaba la sentencia de 20 de octubre de 2010⁽¹¹⁶⁾, la interpretación relativa a que todas las conductas del artículo 301 exigen la finalidad de ocultación, encubrimiento o auxilio, lo que injustamente excluiría del blanqueo al narcotraficante que con los beneficios de la droga se compra un Ferrari, pues lo más probable es que esa adquisición no se haga para ocultar el origen del dinero sino para llamar la atención, sino para presumir. Además, al aplicar este criterio se incurre en manifiestas contradicciones. Así, en la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2016 se dice que el acusado «con la intención de ocultar que los fondos tenían origen en delitos previamente cometidos por él hizo en dicha cuenta ingresos varios para abonar los 2 497 euros cargados

nal: resultados desde una perspectiva de derecho comparado. En *Estudios Penales y Criminológicos*, N.º XXXI, 2011, pp. 323 y 324; MORENO ALCÁZAR, M. A. *Op. cit.*, p. 688; MORILLAS CUEVA, L. Aspectos dogmáticos... *Op. cit.*, pp. 79 y 80; NÚÑEZ PAZ, M. A. «El tipo agravado de blanqueo de dinero procedente de delitos urbanísticos. (Puesta al día y análisis de reflexiones doctrinales)». En ABEL SOUTO, M. y SÁNCHEZ STEWART, N. (Coords.). *III congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 274; TERRADILLOS BASOCO, J. M. *Lecciones y...* *Op. cit.*, p. 168; VIDALES RODRÍGUEZ, C. Blanqueo, ¿qué es blanqueo?: estudio del artículo 301.1 del Código Penal español tras la reforma de la L. O. 5/2010). En *Revista General de Derecho Penal*, N.º 8, 2012, pp. 11-13.

(113) MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal...* *Op. cit.*, p. 490.

(114) *Idem.*

(115) STS N.º 265/2015, RJ\2015\2018.

(116) STS N.º 1080/2010, RJ\2010\8157.

en concepto de pago del mantenimiento de la embarcación de su propiedad»⁽¹¹⁷⁾. Entonces, ¿era la finalidad de los ingresos ocultar nimias cantidades o pagar el mantenimiento de la barca, de modo que la cuenta no quedase en descubierto? Y en la sentencia de 29 de marzo de 2016 se castiga por blanqueo imprudente al que permitió que una finca figurase a su nombre «con un fin de [...] ocultación de la real titularidad»⁽¹¹⁸⁾; una imprudencia con finalidad lógicamente imposible. Otras veces el Tribunal Supremo, en esta teoría, se queda a medio camino, como en la sentencia de 2 de marzo de 2016, puesto que, al hablar de la pretendida finalidad de ocultación o encubrimiento que alcanzaría a todas las conductas, deja escrito en mayúsculas «desarrollar»⁽¹¹⁹⁾, pero después no se acuerda de borrar esta advertencia ni del desarrollo. Mucho más grave es el *lapsus calami* en que incurre la sentencia de 3 de octubre de 2017, porque se olvida de las comas que preceden y cierran el inciso «o realice cualquiera otro acto 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»⁽¹²⁰⁾ del artículo 301.1; comas de inciso que aíslan esas indeterminadas conductas y únicamente de ellas predicen las tres finalidades⁽¹²¹⁾. Asombrosamente, la sentencia de 26 de abril de 2017, después de exigir en todas las conductas del artículo 301.1 del texto punitivo las finalidades de ocultación, encubrimiento o auxilio, concluye:

res ipsa loquitur. El envío de dinero en remesas fraccionadas [...] o el cambio de billetes de monto escaso en billetes de mayor valor facial no precisan comentarios adicionales ni proclamaciones de lo obvio [...] Añadir que se hacía para ocultar su origen y poder introducir en el circuito lícito esos fondos sería pagar un tributo indebido al maestro Perogrullo⁽¹²²⁾.

(117) STS N.º 864/2016, antecedente de hecho primero.

(118) STS N.º 238/2016, fundamento de derecho segundo.

(119) STS N.º 165/2016, fundamento de derecho segundo, punto séptimo.

(120) STS N.º 649/2017, RJ\2017\4264.

(121) ABEL SOUTO, M. *El delito de blanqueo en...* *Op. cit.*, p. 97.

(122) STS N.º 292/2017, fundamento de derecho quinto.

Ciertamente resulta muy loable que el Tribunal Supremo, para contrarrestar a los fiscales que actúen a modo de Humphrey Bogart⁽¹²³⁾, diciendo «siempre nos quedará...» el París de la posesión o utilización para perseguir el blanqueo, pretenda ofrecer a la judicatura su propio París de la finalidad para descartarlo; pero si después se afirma *res ipsa loquitur* y se hacen las mencionadas declaraciones, se está presumiendo la finalidad. Para ese viaje no eran menester alforjas. En realidad, la jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia es zigzagueante o errática, pues, ante la alegación de un matrimonio de narcotraficantes, condenado por autoblanqueo al comprar una vivienda, relativa a que carecían en la adquisición de voluntad de encubrir, el alto tribunal nada contestó en su sentencia de 27 de abril de 2017⁽¹²⁴⁾; aunque se puede advertir cierta tendencia a tratar cuantitativamente la cuestión de las finalidades, pues la misma sentencia de 19 de mayo de 2017 absuelve al faltar voluntad de ocultar o encubrir por haber adquirido simplemente una vivienda y un coche pero mantiene la condena por blanqueo al que adquirió numerosos inmuebles porque de la cantidad deriva la finalidad de ocultar el origen delictivo del dinero⁽¹²⁵⁾. Otras veces el Tribunal Supremo confunde unas conductas con otras, finalidades y resultados, y acude a gerundios de falsa simultaneidad, como en la sentencia de 10 de mayo de 2017, que afirma que los recurrentes «se dedicaron a convertir una parte del dinero obtenido ilícitamente por su hijo en bienes incardinables en el mercado lícito, ocultando y encubriendo así el origen delictivo del dinero»⁽¹²⁶⁾, o en la sentencia de 21 de marzo de 2018, que confunde la adquisición del artículo 301.1, para la que no exige finalidad, con la ocultación del artículo 301.2, pues en la compra de una plaza de garaje a nombre de otro habla de «actos de adquisición de

(123) MUÑOZ CONDE, M. «Consideraciones en torno al bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales». En ABEL SOUTO, M. y SÁNCHEZ STEWART, N. (Coords.). *I congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 174. La frecuencia con la que los fiscales añadían la coletilla «y blanqueo de dinero» a la acusación por varios delitos menos graves para poder acordar la prisión provisional recordó una de las últimas frases de la película *Casablanca* a Muñoz Conde.

(124) STS N.º 301/2017, RJ\2017\2303, fundamento de derecho tercero.

(125) STS N.º 362/2017, fundamento de derecho segundo y cuarto.

(126) STS N.º 331/2017, fundamento de derecho octavo.

inmuebles propiciando el ocultamiento»⁽¹²⁷⁾. Por último, sorprende que el Tribunal Supremo deje sin concretar los comportamientos delictivos hablando metafóricamente y de forma constante de «inyecciones dineras»⁽¹²⁸⁾, como en la sentencia de 19 de julio de 2017, que establezca unos criterios de los que luego no se acuerda y que todavía no haya delimitado nítidamente las diversas conductas de blanqueo.

Así las cosas, desde la reforma de 2010 se castiga la mera posesión de bienes delictivos carente de finalidades, con lo que se alcanza más fácilmente a los «correos» o «mulas» que transportan dinero, a sabiendas de su origen criminal, cuando son sorprendidos durante el traslado, «correos» tradicionales y «mulas» modernas captadas en el ciberespacio⁽¹²⁹⁾, como, según la sentencia de 4 de marzo de 2016, el condenado a 6 meses de prisión y 920 euros de multa, por recibir en una cuenta bancaria el dinero procedente de una estafa relativa a una supuesta venta de una moto por *Ebay*, retirar el dinero de la cuenta y entregarlo a un tercero con conocimiento del origen ilícito⁽¹³⁰⁾.

No obstante, desde la Ley Orgánica N.º 5/2010 el tipo penal español del blanqueo abarca, en principio, al transportista que hace la mudanza de un famoso traficante de drogas, al trabajador de un garaje que custodia el vehículo de dicho narcotraficante y al guardarropa de cualquier establecimiento que queda al cuidado de su abrigo⁽¹³¹⁾, dado que el artículo 301.1 castiga, desde la reforma de 22 de junio de 2010, la simple posesión

(127) STS N.º 134/2018, RJ\2018\1397, fundamento de derecho decimooctavo.

(128) STS N.º 583/2017, RJ\2017\4864.

(129) ABEL SOUTO, M. «La reforma penal española de 2010 sobre el blanqueo, las nuevas técnicas de comisión delictiva y el uso de las telecomunicaciones para el blanqueo». En ABEL SOUTO, M. y SÁNCHEZ STEWART, N. (Coords.). *III congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 161-221; ABEL SOUTO, M. Money laundering, new technologies, FATF and Spanish penal reform. En *Journal of Money Laundering Control*, Vol. 16, N.º 3, 2013, pp. 266-284.

(130) STS N.º 186/2016, RJ\2016\766.

(131) ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C. *Op. cit.*, pp. 244 y 245, respecto al castigo de estas conductas en el art. 344 bis i) del antiguo Texto Punitivo y su destipificación por el Código Penal de 1995. Así también, ABEL SOUTO, M. *El delito de blanqueo en... Op. cit.*, pp. 108 y 109.

de bienes con conocimiento de que tienen su origen en un delito, y no solo eso, sino que, a partir de la Ley Orgánica N.º 1/2015, con la conversión en delitos leves de las antiguas faltas, el tipo penal del blanqueo alcanzaría, en principio, al transportista que le hace la mudanza a alguien y ve entre las cosas la mencionada bufanda hurtada con el dispositivo de seguridad, al guardarropa que se queda al cuidado de ella y al operario de un garaje que custodia el viejo ciclomotor citado, a sabiendas de la sustracción. Con todo, deben descartarse estas conductas del tipo mediante una interpretación restrictiva que exija, conforme al principio de insignificancia, una entidad «suficiente»⁽¹³²⁾ o relevante del valor de los bienes y de la contraprestación así como la limitación teleológica relativa a que los comportamientos sean idóneos para incorporar capitales ilícitos al tráfico económico, según defendí ya cuando se aprobó la Ley Orgánica N.º 5/2010⁽¹³³⁾ y en el mismo sentido el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de marzo de 2017 habla de la exclusión de los «comportamientos absolutamente inidóneos para comprometer el bien jurídico protegido»⁽¹³⁴⁾ y la sentencia de 19 de mayo de 2017 se refiere a la atipicidad del blanqueo de una «cantidad exigua»⁽¹³⁵⁾.

Igualmente, desde la Ley Orgánica N.º 1/2015 entre los delitos contra la propiedad intelectual figura en el artículo 270.4 la venta ambulante u ocasional de cederrones, lo que antes representaba una mera falta, y su compra, que era impune, ahora constituiría, en principio, blanqueo por adquisición o debido a la posterior posesión; respecto a los delitos contra la propiedad industrial la venta ambulante u ocasional también pasa a ser delito leve, según el artículo 274.3, con lo que la compra de un bolso de marca falsificada, antes impune, ahora podría calificarse de blanqueo por adquisición o posesión, debido a la posterior posesión, y la anciana que corte o posea especies protegidas de flora silvestre, unos pequeños robles, en una cantidad no insignificante, conforme al artículo 332, podría convertirse en

(132) VIDALES RODRÍGUEZ, C. Blanqueo, ¿qué es blanqueo... *Op. cit.*, p. 14.

(133) ABEL SOUTO, M. «La expansión... *Op. cit.*, p. 23; ABEL SOUTO, M. «La reforma penal de 22 de junio de 2010... *Op. cit.*, p. 90.

(134) STS N.º 149/2017, fundamento de derecho decimoctavo.

(135) STS N.º 362/2017, fundamento de derecho segundo.

blanqueadora por posesión. Mas todos estos casos deben descartarse del tipo en virtud de una interpretación teleológica, pues no existe un tráfico financiero y económico legal de cederrones piratas, bolsos falsos o leña protegida.

En cuanto a la utilización, la reforma de 22 de junio de 2010 abarca, sobre todo, los grandes movimientos de capitales, pero también la interceptación en las aduanas de puertos españoles de vehículos de lujo sustraídos en la Unión Europea, que se tratan de trasladar fuera del territorio comunitario en el entramado de una organización criminal. Este hecho había preocupado a la Fiscalía General del Estado en su Consulta 4/2006⁽¹³⁶⁾, así como al que le permite vivir un narcotraficante en una de sus mansiones, castillos o pazos, inquilino que debe saber que no puede aceptar tal oferta sin someterse al riesgo de una persecución penal.

Cuestión distinta es el encaje de la nueva conducta en el artículo 301 del texto punitivo, pues por utilización habría que entender todo uso o empleo de bienes delictivos que no implique un cambio de titularidad, en el sentido de que exigen la adquisición y la transmisión, una mutación de naturaleza, como requiere la conversión, una posesión sancionable, una ocultación o encubrimiento efectivo y que no se incluya en la realización de indeterminados actos para ocultar, encubrir o auxiliar. En el enmarañado marco de las conductas típicas del artículo 301 queda muy poco espacio para otorgar a la utilización un ámbito propio de aplicación, pero obviamente lo que se pretende es salvar los obstáculos probatorios⁽¹³⁷⁾, ya que cuando no se prueben ninguno de los elementos necesarios de los otros comportamientos basta constatar una utilización de bienes con el mero conocimiento de su origen delictivo, pues «siempre nos quedará [...]» el París de la utilización, anhelado por la Fiscalía.

De modo que, a partir de la reforma de 22 de junio de 2010, a diferencia de la regulación anterior que no incriminaba la mera utilización de bienes procedentes de un delito⁽¹³⁸⁾, en principio, el artículo 301.1 de

(136) FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. «Blanqueo de capitales»... *Op. cit.*, pp. 322 y 323, marginal 2958.

(137) MORENO ALCÁZAR, M. A. *Op. cit.*, p. 689.

(138) MOLINA MANSILLA, M. C. y MOLINA MANSILLA, L. *El blanqueo de dinero*. Barcelona: Bosch, 2008, p. 23.

nuestro Código, sorprendentemente, alcanza, como el § 261 II N.º 2 del *StGB* alemán, al que escriba un texto en un ordenador sustraído⁽¹³⁹⁾.

Pero mucho más, asombra que desde la Ley Orgánica N.º 1/2015, la cual convierte en delito leve la antigua falta de hurto, según el artículo 234.2, sea blanqueador el que escriba algo con un bolígrafo sustraído.

Sin embargo, el tipo penal español contra el blanqueo, al igual que el alemán, debe ser «restringido teleológicamente»⁽¹⁴⁰⁾, lo cual fuerza a excluir del artículo 301 del texto punitivo, por razones de atipicidad⁽¹⁴¹⁾, todos los objetos materiales de cuantía irrelevante, como los «montantes en céntimos»⁽¹⁴²⁾, en virtud del principio de insignificancia⁽¹⁴³⁾ o de «intervención mínima»⁽¹⁴⁴⁾.

El mismo principio de insignificancia resulta aplicable a los actos básicos de consumo, prestaciones de servicios o ventas de mercancías en los negocios vitales cotidianos⁽¹⁴⁵⁾, dada la importancia de que se pueda transmitir el dinero recibido y utilizar las mercancías compradas⁽¹⁴⁶⁾. Si no desterrásemos del tipo conductas dirigidas a sustentar la vida, al autor previo que solo dispusiese de dinero originado por un delito «prácticamen-

(139) Críticamente LAMPE, E.-J. El nuevo tipo penal del blanqueo de dinero (§261 *StGB*) [trad. de Miguel Abel Souto y José Manuel Pérez Pena]. En *Estudios Penales y Criminológicos*, N.º XX, 1997, p. 130.

(140) VOGEL, J. *Op. cit.*, p. 356.

(141) LORENZO SALGADO, J. M. «El tipo agravado de... *Op. cit.*, pp. 224 y 225.

(142) BOTTKÉ, W. Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania [trad. de Soledad Arroyo Alfonso y Teresa Aguado Correa]. En *Revista Penal*, N.º 2, 1998, p. 11.

(143) ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C. *Op. cit.*, pp. 184, 185 y 248; PALMA HERRERA, J. M. *Op. cit.*, pp. 350 y 351; RAGÜES I VALLÉS, R. «Lavado de activos y negocios *standard*. Con especial mención a los abogados como potenciales autores de un delito de lavado». En ROXIN, C. *homenaje: nuevas formulaciones en las ciencias penales*. Córdoba: Ediciones Lerner, 2001, p. 625; TERRADILLOS BASOCO, J. M. «El delito de blanqueo... *Op. cit.*, pp. 240 y 263.

(144) MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal... Op. cit.*, p. 481; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. «La dimensión internacional... *Op. cit.*, p. 220, nota 87.

(145) ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C. *Op. cit.*, pp. 184, 247 y 248.

(146) LAMPE, E.-J. *Op. cit.*, pp. 131 y 132.

te se le prohibiría la satisfacción de necesidades de importancia vital»⁽¹⁴⁷⁾ y, con ello, la propia subsistencia⁽¹⁴⁸⁾. Además, se estaría obligando a cualquier potencial oferente de bienes o servicios «ora a renunciar a la liquidación de cuentas con dinero incontrolado ora a abstenerse del tráfico mismo»⁽¹⁴⁹⁾, lo cual limita tanto los derechos económicos del ciudadano que suscita serias dudas de constitucionalidad⁽¹⁵⁰⁾. En este sentido las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2014⁽¹⁵¹⁾ y 23 de julio de 2015 ponen de manifiesto la «inviabilidad de la absoluta exclusión de la actividad económica de cualquier ciudadano»⁽¹⁵²⁾.

Semejante castigo de la por Salditt, denominada «violación de la excomuni3n econ3mica»⁽¹⁵³⁾, tanto de los bienes delictivos como de las personas, con la que se pretende aislar al autor del delito previo, nos acerca peligrosamente a un «derecho penal del enemigo»⁽¹⁵⁴⁾, obliga a la mujer e hijos del vendedor ambulante u ocasional de cederrones piratas o bolsos falsos, que saben que todo su dinero 3nicamente puede proceder de esas ventas, a abandonarlo, pues no pueden convivir con 3l en la vieja caravana pagada con bienes delictivos, ni subirse al coche de segunda mano, ni usar el tel3fono ni los electrodom3sticos, ni ver la televisi3n, ni escuchar la radio, impide a los amigos de este delincuente visitarle, aconseja a los abogados no aceptar su caso, salvo que fuesen designados de oficio⁽¹⁵⁵⁾, y

(147) BARTON, S. Sozial 3bliche Gesch3ftst3tigkeit und Geldw3sche (§261 StGB). En *Strafverteidiger*, N.º 3, 1993, p. 161.

(148) BLANCO CORDERO, I. Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales. En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. L, fasc3culo 3nico, 1997, p. 272.

(149) BOTTKE, W. Teleologie und Effektivit3t der Normen gegen Geldw3sche. En *Wistra*, N.º 4, 1995, p. 122.

(150) BLANCO CORDERO, I. Negocios socialmente... *Op. cit.*, p. 290.

(151) STS N.º 809/2014, fundamento de derecho segundo.

(152) STS N.º 491/2015, fundamento de derecho s3ptimo.

(153) DITT, F. *Der Tatbestand der Geldw3sche*. En *Strafverteidiger-Forum*, 1992, p. 121.

(154) BARTON, S. *Op. cit.*, p. 163.

(155) BERRUEZO, R. «El delito de lavado y los honorarios profesionales». En BERRUEZO, R. (Ed.). *Imputaci3n penal*. C3rdoba: Editorial Mediterr3nea, 2015, pp. 326 y 327.

recomienda a cualquier ciudadano no tener el más mínimo contacto con él si no quiere verse sometido al riesgo de persecución penal.

VII. TIPOS AGRAVADOS

Respecto a los nuevos tipos agravados⁽¹⁵⁶⁾, introducidos por la Ley Orgánica N.º 5/2010, se ubican sistemáticamente de forma incorrecta, en la medida en que se sitúan en el artículo 301.1 del Código Penal y alcanzan al 301.2⁽¹⁵⁷⁾, además carecen de fundamento político criminal y adolecen de una pésima redacción. Realmente se agrava la pena del blanqueo de bienes originados en algunos delitos contra la Administración pública, los recogidos en los artículos 419 a 445 del texto punitivo, sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, aunque para llegar a esa simple conclusión el lector e intérprete habrá de malgastar bastante tiempo con riesgo de perderse entre las rúbricas, capítulos y títulos del Código, pues el legislador, críticamente, sin ofrecer ninguna pista que vincule las agravaciones a un elemento corruptor, público o urbanístico⁽¹⁵⁸⁾, solo dispone que los bienes tengan su origen en infracciones de los «Capítulos V, VI, VII, VIII, IX y X del Título XIX o en alguno de los delitos del Capítulo I del Título XVI», con lo que al exceso en el incremento de la pena une el de caracteres, pues en vez de «V, VI, VII, VIII, IX y X» bastaba con escribir «V a X», y vuelve a sucumbir a la fascinación pitagórica con una concentración, que difícilmente se puede encontrar en otro texto legal, de nueve números romanos entre catorce palabras, dicción «peculiar»⁽¹⁵⁹⁾ que rompe la estructura del tipo, habida cuenta de que la cualificación hasta ahora existente alude a

(156) ABEL SOUTO, M. «La expansión... *Op. cit.*, pp. 27-31; ABEL SOUTO, M. «La reforma penal de 22 de junio de 2010... *Op. cit.*, pp. 98-105; FERRÉ OLIVÉ, J. C. «El nuevo tipo agravado de blanqueo cuando los bienes tengan su origen en delitos relativos a la corrupción». En ABEL SOUTO, M. y SÁNCHEZ STEWART, N. (Coords.). *III congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 389-391; NÚÑEZ PAZ, M. A. «El tipo agravado de... *Op. cit.*, pp. 267-279.

(157) LORENZO SALGADO, J. M. «El tipo agravado de... *Op. cit.*, p. 235.

(158) NÚÑEZ PAZ, M. A. «El tipo agravado de... *Op. cit.*, p. 274.

(159) LORENZO SALGADO, J. M. «El tipo agravado de... *Op. cit.*, p. 226, nota 9.

«delitos relacionados con el tráfico de drogas[...] descritos en los artículos 368 a 372». Una redacción coherente con el otro tipo agravado y fácilmente inteligible podría haber rezado: «delitos contra la Administración pública descritos en los artículos 419 a 445 o relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo», sin necesidad de mencionar los artículos 319 y 320, pues en este último capítulo no existen más delitos.

Sorprendentemente la Ley Orgánica N.º 1/2015, de 30 de marzo, transforma el capítulo X del título XIX en una disposición común a los capítulos anteriores que castiga con la pena inferior en uno o dos grados los actos preparatorios de provocación, conspiración y proposición, con lo que el artículo 445, que antes contemplaba la corrupción en las transacciones comerciales internacionales, se traslada el artículo 286 ter, de manera que el legislador de 2015, amén de dejarnos una muestra más de su desidia y torpeza al duplicar la pena «de prisión de prisión de tres a seis años», inconscientemente elimina este delito de los hechos previos del tipo agravado.

Además, el desacierto político-criminal que pesaba sobre el tipo agravado de blanqueo de dinero procedente del narcotráfico⁽¹⁶⁰⁾ debe predicarse, con mayor razón, de los nuevos tipos cualificados cuando los bienes tengan su origen en algunos delitos contra la Administración pública y los urbanísticos, ya que no puede presumirse que las sumas blanqueadas procedentes de estas infracciones superen las derivadas de otros delitos. Tampoco se justifican dichos tipos agravados en atención a los bienes jurídicos protegidos, pues nos encontramos ante los mismos valores tutelados mediante el tipo básico⁽¹⁶¹⁾, porque la Administración de Justicia tiene

(160) ABEL SOUTO, M. *El delito de blanqueo en...* *Op. cit.*, pp. 279-287; ABEL SOUTO, M. «Drugs criminal policies in the global era and money laundering» [ponencia]. En *6th session of the international forum on crime and criminal law in the global era*. Beijing: Lex Russica 2014, pp. 80-91; ABEL SOUTO, M. Política criminal sobre drogas en la era global y blanqueo de dinero. En *Revista Cuatrimestral Europea sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero*, N.º 2/3, 2014, pp. 7-17; LORENZO SALGADO, J. M. «El tipo agravado de...» *Op. cit.*, pp. 230 y 232; NÚÑEZ PAZ, M. A. «El tipo agravado de...» *Op. cit.*, pp. 272 y 273.

(161) NÚÑEZ PAZ, M. A. «El tipo agravado de...» *Op. cit.*, p. 276.

interés en sancionar cualquier delito y el orden socioeconómico no resulta más lesionado por el blanqueo de dinero procedente de esos delitos. Lo que realmente determina un mayor contenido de injusto es el valor de lo blanqueado, dato que no se tiene en cuenta⁽¹⁶²⁾ al incrementar la prisión; y sobre él debería operarse para agravar la pena⁽¹⁶³⁾, de manera que el tipo cualificado habría de centrarse en las características del objeto material, la «magnitud»⁽¹⁶⁴⁾ o notoria «importancia»⁽¹⁶⁵⁾ de la «cantidad efectivamente blanqueada»⁽¹⁶⁶⁾ y no en la irrelevante naturaleza del delito previo⁽¹⁶⁷⁾, dado que el fundamento de la agravación radicaría en el mayor caudal de bienes ilícitos⁽¹⁶⁸⁾ puestos en circulación.

Desde el punto de vista técnico, también es inaceptable agravar las penas en el blanqueo por el origen de los bienes, habida cuenta de que desposeeríamos de autonomía⁽¹⁶⁹⁾ a este tipo penal para atender al delito base⁽¹⁷⁰⁾. La incriminación del blanqueo quedaría privada de contenido material independiente⁽¹⁷¹⁾ y no pasaría de ser un refuerzo del bien jurídico ya protegido mediante el delito del que derivan los capitales⁽¹⁷²⁾.

(162) DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. «El castigo del autoblanqueo... *Op. cit.*, p. 286.

(163) PALMA HERRERA, J. M. *Op. cit.*, pp. 787 y 788.

(164) DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. «Blanqueo de bienes». En LUZÓN PEÑA, D-M. (Dir.). *Enciclopedia penal básica*. Granada: Comares, 2002, p. 209.

(165) NÚÑEZ PAZ, M. A. «El tipo agravado de... *Op. cit.*, p. 275.

(166) LORENZO SALGADO, J. M. «El tipo agravado de... *Op. cit.*, p. 231.

(167) ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C. *Op. cit.*, p. 316.

(168) FARALDO CABANA, P. Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código Penal de 1995. En *Estudios Penales y Criminológicos*, N.º XXI, 1998, p. 150; VIDALES RODRÍGUEZ, C. *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p. 142.

(169) LORENZO SALGADO, J. M. «El tipo agravado de... *Op. cit.*, p. 232.

(170) ÁLVAREZ PASTOR, D. y EGUIDAZU PALACIOS, F. *La prevención del blanqueo de capitales*. Pamplona: Aranzadi, 1998, p. 290; ÁLVAREZ PASTOR, D. y EGUIDAZU PALACIOS, F. *Manual de prevención del blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 356, NÚÑEZ PAZ, M. A. «El tipo agravado de... *Op. cit.*, p. 276.

(171) FABIÁN CAPARRÓS, E. A. *Op. cit.*, p. 194.

(172) *Idem*.

Igualmente, si el Código Penal de 1995, según dejó escrito Núñez Paz, pretendía sancionar «especialmente»⁽¹⁷³⁾ el blanqueo de dinero «procedente del narcotráfico»⁽¹⁷⁴⁾ y una decepcionante aplicación jurisprudencial, a pesar de la ampliación de los hechos previos, sigue centrándose casi exclusivamente en el tráfico de drogas⁽¹⁷⁵⁾, a lo que se añaden dos nuevos tipos cualificados, resulta que el ámbito «de operatividad del tipo básico se reduce»⁽¹⁷⁶⁾ «considerablemente a favor de la agravación»⁽¹⁷⁷⁾, ampliada de forma notable⁽¹⁷⁸⁾, de modo que el primero casi nunca se aplicaría⁽¹⁷⁹⁾, lo cual transforma la regla en «excepción»⁽¹⁸⁰⁾ mediante una extraña técnica de formulación normativa que articula como tipo básico de referencia uno apenas empleado. Finalmente, el fundamento de la cualificación no subyace en el mayor reproche, dado que no es más culpable el que convierte bienes vinculados a delitos contra la Administración pública y el urbanismo que los que blanquean capitales derivados de otros delitos⁽¹⁸¹⁾, ni en la presión internacional, puesto que ningún instrumento supraestatal obliga a agravar la pena del blanqueo en estos casos⁽¹⁸²⁾. En la actualidad, tales cualificaciones resultan muy poco oportunas en plena disminución de la corrupción urbanística debido a la crisis del sector inmobiliario⁽¹⁸³⁾.

(173) NÚÑEZ PAZ, M. A. El nuevo Código Penal (parte general y especial): innovaciones y juicio crítico. En *Boletín de la Facultad de Derecho, UNED*, N.º 12, 1997, p. 426, nota 86.

(174) *Idem*.

(175) ABEL SOUTO, M. «Conductas típicas... *Op. cit.*, pp. 244 y 245; MORENO ALCÁZAR, M. A. *Op. cit.*, p. 687.

(176) MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal... Op. cit.*, p. 499.

(177) MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. *Op. cit.*, p. 345.

(178) MORILLAS CUEVA, L. *Sistema de... Op. cit.*, p. 642.

(179) NÚÑEZ PAZ, M. A. «El tipo agravado de... *Op. cit.*, p. 276.

(180) LORENZO SALGADO, J. M. «El tipo agravado de... *Op. cit.*, p. 227.

(181) PALMA HERRERA, J. M. *Op. cit.*, p. 785.

(182) LORENZO SALGADO, J. M. «El tipo agravado de... *Op. cit.*, p. 235, nota 33; NÚÑEZ PAZ, M. A. «El tipo agravado de... *Op. cit.*, p. 277.

(183) ABEL SOUTO, M. Volumen mundial del blanqueo de dinero, evolución del delito en España y jurisprudencia reciente sobre las últimas modificaciones del Código Penal. En *Revista General de Derecho Penal*, N.º 20, 2013, p. 47.

VIII. BLANQUEO Y TERRORISMO

La Ley Orgánica N.º 2/2015, también de 30 de marzo, introduce una nueva modalidad de blanqueo, en el artículo 576 del Código Penal, con finalidad terrorista, la cual desnaturaliza el bien jurídico protegido con la tipificación del blanqueo de dinero, porque no se requiere que los bienes empleados para el terrorismo sean de origen ilícito⁽¹⁸⁴⁾, no es preciso que los valores deriven de «una actividad delictiva (y ni siquiera ilegal)»⁽¹⁸⁵⁾. De esta manera, que este peculiar blanqueo no vulnerará necesariamente el orden socioeconómico concretado en el tráfico financiero y económico legal, el interés de la comunidad en preservar la licitud de los bienes que son objeto de la circulación mercantil, que, junto con la Administración de Justicia en su función de averiguación, persecución y castigo de los delitos, tutela el tipo penal del blanqueo de dinero⁽¹⁸⁶⁾.

Más en concreto, la Ley Orgánica N.º 2/2015 castiga en el artículo 576 diversos comportamientos reconducibles a la financiación del terrorismo, incorporada como delito autónomo en el artículo 576 bis del Código Penal por la Ley Orgánica N.º 5/2010 para cumplir compromisos internacionales⁽¹⁸⁷⁾, pero la reforma de 30 de marzo de 2015 «amplía el contenido»⁽¹⁸⁸⁾ de las conductas al sustituir la anterior sanción del que «provea o recolecte fondos» —verbos «sobreabundantes»⁽¹⁸⁹⁾ tomados literalmente del

(184) ABEL SOUTO, M. «Expanding the crime of money laundering and countermeasures against global terrorism» [ponencia]. En *The 8th session of the international forum on crime and criminal law in the global era*. Beijing: Lex Russica, 29 a 31 de octubre 2016, pp. 125-132; LORENZO SALGADO, J. M. «El blanqueo de dinero procedente del narcotráfico, la protección del orden socioeconómico y la desnaturalización del bien jurídico en las modalidades de blanqueo con finalidad terrorista, introducidas por la Ley Orgánica N.º 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal». En ABEL SOUTO, M. y SÁNCHEZ STEWART, N. (Coords.). *V congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 371-374.

(185) LORENZO SALGADO, J. M. «El blanqueo de dinero procedente del narcotráfico... *Op. cit.*

(186) ABEL SOUTO, M. *El delito de blanqueo en... Op. cit.*, pp. 21-89.

(187) LORENZO SALGADO, J. M. «El blanqueo de dinero procedente del narcotráfico... *Op. cit.*

(188) *Idem.*

(189) ORSI, O. G. *Asociaciones ilícitas terroristas y financiación del terrorismo*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2008, p. 2.

artículo 2.1 del Convenio de Naciones Unidas contra la financiación del terrorismo⁽¹⁹⁰⁾ y que habían sido criticados debido a que no respetaban el «principio de legalidad y la rigurosa observación del principio de taxatividad»⁽¹⁹¹⁾— por el actual castigo del que «recabe, adquiera, posea, utilice, convierta, transmita o realice cualquier otra actividad con bienes o valores de cualquier clase», dicción en la que, amén del redundante uso del término «cualquier» y del cambio del objeto material, proliferan los verbos típicos, aunque se mantiene la exigencia de que las conductas se lleven a cabo siempre «con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en ese capítulo» y dada la condición humana del legislador que le hace tropezar siempre en la misma piedra vuelve a incurrir en la denunciada redundancia. Lo más sorprendente es que, pese a la clara delimitación entre blanqueo y financiación del terrorismo, el legislador de 2015 profundice en la confusión al tomar prestados del blanqueo cinco verbos típicos para la financiación del terrorismo; y, si pretendía atender a las demandas doctrinales de mayor taxatividad, asombra que se reproduzca la omnicomprendensiva cláusula de cierre del blanqueo, en la que únicamente se cambia la finalidad, fórmula «realice cualquier otra actividad [...]» que vulnera manifiestamente, además de la proporcionalidad penal, los principios de seguridad jurídica y taxatividad en la redacción de las normas penales, exigencias inderogables del dogma legalista⁽¹⁹²⁾.

También mantiene la Ley Orgánica N.º 2/2015 la financiación imprudente del terrorismo, desplazada del artículo 576 bis.2 al 576.4, que castiga conductas omisivas de los que se encuentren en posición de garante, «cuyo tenor es incompatible materialmente con la delincuencia terrorista, de carácter netamente doloso»⁽¹⁹³⁾, comportamientos que se propone

(190) *Instrumento de ratificación del Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo, hecho en Nueva York el 9 de diciembre de 1999*. En *B.O.E.*, N.º 123, de 23 de mayo de 2002, pp. 18361-18369.

(191) GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. y VIDALES RODRÍGUEZ, C. *Op. cit.*, p. 186.

(192) ABEL SOUTO, M. *El delito de blanqueo en...* *Op. cit.*, pp. 122-143.

(193) LORENZO SALGADO, J. M. «El blanqueo de dinero procedente del narcotráfico...» *Op. cit.*

incluir en el blanqueo de dinero «por coincidir aquí los injustos»⁽¹⁹⁴⁾; sin embargo, el legislador ha aprovechado la ocasión para dar otra vuelta de tuerca y castiga con prisión de un año y tres meses a cinco años conductas que en otro caso se sancionarían con privación de libertad de seis meses a dos años. Estos excesos seguramente han llevado a que la financiación imprudente del terrorismo se limite expresamente a los sujetos especialmente obligados por la normativa de prevención, a diferencia del blanqueo imprudente que no hace distinciones respecto a los sujetos activos.

IX. RESPONSABILIDAD CRIMINAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Por último, la «relativamente reciente»⁽¹⁹⁵⁾ responsabilidad criminal de las personas jurídicas⁽¹⁹⁶⁾ ha inaugurado «una nueva era»⁽¹⁹⁷⁾, caracterizada por la «ruptura con el sistema ilustrado dirigido exclusivamente»⁽¹⁹⁸⁾ a las personas físicas que constituye «todo un reto para los juristas»⁽¹⁹⁹⁾.

No extraña que, debido a la frecuente comisión del blanqueo en el seno de las empresas⁽²⁰⁰⁾ y a la conexión, desde las primeras incriminaciones, entre el blanqueo y la criminalidad organizada, con medidas de cierre de

(194) *Ibidem*.

(195) GONZÁLEZ CÚSSAC, J. L. «El plano político criminal en la responsabilidad penal de las personas jurídicas». En MATALLÍN EVANGELIO, A. (Dir.). *Compliance y prevención de delitos de corrupción*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 91.

(196) ABEL SOUTO, M. «Money laundering, cybercrime and criminal responsibility of legal persons». En *10th Session of the International Forum on Crime and Criminal Law in the Global Era*, 2019, pp. 110-137.

(197) DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un análisis dogmático». En GÓMEZ COLOMER, J. L. (Dir.). *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 101.

(198) GONZÁLEZ CÚSSAC, J. L. «El plano político... *Op. cit.*, p. 91.

(199) *Idem*.

(200) GOMES DE MAGALHÃES, G. G. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el delito de lavado de dinero: análisis de los casos «Lava Jato» y «Mensalão»*. Buenos Aires-Montevideo: B de F, 2018, p. XXIII.

establecimientos, suspensión de actividades o disolución⁽²⁰¹⁾, al introducir la reforma española de 22 de junio de 2010 la responsabilidad criminal de las personas jurídicas incorporase el blanqueo de dinero a este innovador modelo de responsabilidad penal dispuesto en el artículo 31 bis del texto punitivo⁽²⁰²⁾, pero llama poderosamente la atención que en España la Ley Orgánica N.º 1/2015 se vanaglorie de realizar «una mejora técnica»⁽²⁰³⁾ en la hasta hace poco escasamente aplicada⁽²⁰⁴⁾ regulación, según denuncié en Doha⁽²⁰⁵⁾; aplicación que se ha ido convirtiendo en regular aunque no especialmente frecuente⁽²⁰⁶⁾ recientemente⁽²⁰⁷⁾, porque la Ley Orgánica N.º 1/2015⁽²⁰⁸⁾, amén de generar incoherencias, como la invocación de una experiencia aplicativa inexistente⁽²⁰⁹⁾ y «muchas sombras que han de ser despejadas»⁽²¹⁰⁾, incurre en evidentes contradicciones, como eximir,

(201) VIDALES RODRÍGUEZ, C. «Blanqueo, responsabilidad de las personas jurídicas y programas de cumplimiento». En GÓMEZ COLOMER, J. L. (Dir.). *Tratado sobre compliance Penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pp. 434 y 435.

(202) ABEL SOUTO, M. La expansión penal del blanqueo de dinero operada... *Op. cit.*, pp. 31 y 32; ABEL SOUTO, M. «La reforma penal de 22 de... *Op. cit.*, pp. 105-108.

(203) Preámbulo, apartado tercero, párrafo primero.

(204) La primera sentencia en España del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, que declaró aplicables a sus condenas «los principios irrenunciables que informan el Derecho penal», no se produjo hasta el 2 de septiembre de 2015. Ver STS N.º 514/2015, de 2 de septiembre, RJ\2015\3974, fundamento de derecho segundo.

(205) ABEL SOUTO, M. «Criminal responsibility of legal persons and money laundering». En *19th World Congress of Criminology*. Doha, 27 a 30 de octubre de 2019, p. 1.

(206) DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. «La responsabilidad penal... *Op. cit.*, pp. 102 y 103.

(207) GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. *El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas: el inicio de una larga andadura*. 2.ª ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2019.

(208) ABEL SOUTO, M. Las reformas penales de 2015 sobre blanqueo de dinero. En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N.º 19, Vol. 31, 2017, pp. 1-35.

(209) QUINTERO OLIVARES, G. «Los programas de cumplimiento normativo y el derecho penal». En DEMETRIO CRESPO, E. y NIETO MARTÍN, A. (Dir.). *Derecho penal económico y derechos humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 142.

(210) GALÁN MUÑOZ, A. *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO N.º 1/2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 293.

en los apartados segundo y cuarto del artículo 31 bis, de responsabilidad criminal a las personas jurídicas por un blanqueo que no debería haber existido en virtud de la adopción y ejecución eficaz de programas de cumplimiento idóneos o adecuados para prevenirlo⁽²¹¹⁾.

En cualquier caso, según pone de manifiesto Silva Sánchez, frente a la pretendida «necesidad de cumplir con compromisos internacionales»⁽²¹²⁾, este modelo de responsabilidad no resultaba obligado⁽²¹³⁾, pues los convenios normalmente solo exigen sanciones «efectivas, proporcionadas y disuasorias», en las que caben las administrativas, medidas de seguridad y otras consecuencias jurídicas distintas de las penas en sentido estricto⁽²¹⁴⁾. Prueba evidente de que no existe un mandato de incriminación la constituye el hecho de que diversos países de la Unión Europea no hayan contemplado la responsabilidad criminal de las personas jurídicas⁽²¹⁵⁾, como Alemania, pero al final España se sumó en 2010 a la «corriente»⁽²¹⁶⁾ de los países occidentales.

Finalmente, en el marco de una reforma constante, en Europa la quinta Directiva contra el blanqueo, de 30 de mayo de 2018, con «amplios considerandos»⁽²¹⁷⁾, que modifica la cuarta Directiva de 2015, aparte de

(211) ABEL SOUTO, M. «Antinomias de la reforma penal de 2015 sobre programas de prevención que eximen o atenúan la responsabilidad criminal de las personas jurídicas». En MATA LLÍN EVANGELIO, A. (Dir.). *Compliance y prevención de delitos de corrupción*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 13-27.

(212) BERMEJO, M. G. y AGUSTINA SANLLEHI, J. R. «El delito del blanqueo de capitales». En SILVA SÁNCHEZ, J.-M. (Dir.). *El nuevo Código Penal: comentarios a la reforma*. Madrid: La Ley, 2012, p. 460.

(213) DE LA MATA BARRANCO, N. J. *Op. cit.*, pp. 126 y 129, respecto a las Directivas N.º 2001/97 y N.º 2005/60.

(214) SILVA SÁNCHEZ, J.-M. «La reforma del Código Penal: una aproximación desde el contexto». En *Diario La Ley*, 9 de septiembre de 2010, p. 3.

(215) QUINTERO OLIVARES, G. «Los programas de... *Op. cit.*, pp. 152 y 153.

(216) DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. «La responsabilidad penal... *Op. cit.*, p. 101.

(217) LORENZO SALGADO, J. M. «El blanqueo de dinero procedente de los delitos descritos en los artículos 368 a 372 del CP y las nuevas tendencias de financiación del terrorismo advertidas por las Directivas de 2018». En ABEL SOUTO, M., LORENZO SALGADO, J. M. y

las novedades en materia de proveedores de servicios tanto de cambio de moneda virtual en moneda fiduciaria como de custodia de monederos electrónicos⁽²¹⁸⁾ insiste en la necesidad de «adoptar medidas destinadas a garantizar una mayor transparencia de las transacciones financieras, de las sociedades y otras entidades jurídicas, así como de los fideicomisos (del tipo «trust») e instrumentos jurídicos de estructura o funciones análogas»⁽²¹⁹⁾. De esta manera, la Directiva N.º 2018/843 exige a los Estados miembros establecer registros de titularidad real para sociedades y otras entidades jurídicas (como muy tarde, el 10 de enero de 2020 y para los fideicomisos e instrumentos jurídicos análogos el 10 de marzo de 2020), los cuales que deberán estar interconectados por una plataforma central europea⁽²²⁰⁾ el 10 de marzo de 2021⁽²²¹⁾. El mismo año 2018, la Unión Europea aprobó otra directiva sobre el blanqueo, en una sucesión normativa sin precedentes que atenta contra la seguridad jurídica: la Directiva N.º 2018/1673⁽²²²⁾, la cual también se ocupa de la responsabilidad de las personas jurídicas⁽²²³⁾, que

SÁNCHEZ STEWART, N. (Coords.). *VII congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 459.

- (218) DE ANDRÉS PÉREZ, S. «Principales novedades de la quinta Directiva en materia de prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo» [en línea]. En *Abogacía.com*, 21 de junio de 2018; NAVARRO CARDOSO, F. Criptomonedas (en especial, bitcoin) y blanqueo de dinero. En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Vol. 21, N.º 14, 2019, pp. 1-45.
- (219) Directiva (UE) N.º 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva (UE) N.º 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifican las Directivas N.º 2009/138/CE y N.º 2013/36/UE. Publicado en Diario Oficial de la Unión Europea, L 156, 19 de junio de 2018, considerando 2.
- (220) Directiva N.º 2017/1132, sobre determinados aspectos del derecho de sociedades, de 14 de junio de 2017, creó la plataforma central europea que exige coordinar sistemas nacionales de características técnicas distintas, como pone de manifiesto el considerando 37 y los arts. 30.10 y 31.9 de la Directiva N.º 2018/843.
- (221) Considerando 53 y art. 67.1.
- (222) Directiva (UE) N.º 2018/1673 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el derecho penal. Publicado en Diario Oficial de la Unión Europea, L 284, 12 de noviembre de 2018, pp. 22-30.
- (223) ABEL SOUTO, M. Money laundering, criminal responsibility of legal persons and 2018 directives. En *The Journal of Applied Business and Economics*, vol. 22, N.º 8, 2020, pp. 1-32.

define como «cualquier entidad que tenga personalidad jurídica conforme al derecho aplicable, con excepción de los Estados u otros organismos públicos en el ejercicio de su potestad pública y de las organizaciones internacionales públicas»⁽²²⁴⁾.

X. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABEL SOUTO, M. «Admission of guilt in economic crimes, money laundering and criminal responsibility of legal persons» [ponencia]. En *XVII International Research to Practice Conference Kovalyov Readings. Legal reconciliation: compromise or concession?* Ekaterinburg: Advances in Social Science, Education and Humanities Research, 13 de febrero de 2020, pp. 14-18.

ABEL SOUTO, M. «Antinomias de la reforma penal de 2015 sobre programas de prevención que eximen o atenúan la responsabilidad criminal de las personas jurídicas». En MATALLÍN EVANGELIO, A. (Dir.). *Compliance y prevención de delitos de corrupción*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 13-27.

ABEL SOUTO, M. «Conductas típicas de blanqueo en el Ordenamiento penal español». En ABEL SOUTO, M. y SÁNCHEZ STEWART, N. (Coords.). *I congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, pp. 213-234.

ABEL SOUTO, M. «Criminal responsibility of legal persons and money laundering». En *19th World Congress of Criminology*. Doha, 27 a 30 de octubre de 2019, p. 1.

ABEL SOUTO, M. «Drugs criminal policies in the global era and money laundering» [ponencia]. En *6th session of the international forum on crime and criminal law in the global era*. Beijing: Lex Russica 2014, pp. 80-91.

ABEL SOUTO, M. «Expanding the crime of money laundering and countermeasures against global terrorism» [ponencia]. En *The 8th session of the international forum on crime and criminal law in the global era*. Beijing: Lex Russica, 29 a 31 de octubre 2016, pp. 125-132.

⁽²²⁴⁾ Art. 2.3

- ABEL SOUTO, M. «La expansión, operada por la Ley Orgánica N.º 1/2015, de los hechos previos del delito de blanqueo a las antiguas faltas». En ABEL SOUTO, M. y SÁNCHEZ STEWART, N. (Coords.). *V congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 157-187.
- ABEL SOUTO, M. «La reforma penal de 22 de junio de 2010, en materia de blanqueo de dinero». En ABEL SOUTO, M. y SÁNCHEZ STEWART, N. (Coords.). *II congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 72-108.
- ABEL SOUTO, M. «La reforma penal española de 2010 sobre el blanqueo, las nuevas técnicas de comisión delictiva y el uso de las telecomunicaciones para el blanqueo». En ABEL SOUTO, M. y SÁNCHEZ STEWART, N. (Coords.). *III congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 161-221.
- ABEL SOUTO, M. «Money laundering, cybercrime and criminal responsibility of legal persons». En *10th Session of the International Forum on Crime and Criminal Law in the Global Era*, 2019, pp. 110-137.
- ABEL SOUTO, M. «The expansion of the punishment for money laundering». En *18th World Congress of Criminology*. Nueva Delhi, 15 a 19 de diciembre de 2016, pp. 1-7.
- ABEL SOUTO, M. Década y media de vertiginosa política criminal en la normativa penal española contra el blanqueo: análisis de los tipos penales contra el blanqueo desde su incorporación al texto punitivo español en 1988 hasta la última reforma de 2003. En *La Ley Penal-Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, N.º 20, 2005, pp. 24-25.
- ABEL SOUTO, M. *El blanqueo de dinero en la normativa internacional: especial referencia a los aspectos penales, servicio de publicaciones e intercambio científico*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2002.
- ABEL SOUTO, M. *El delito de blanqueo en el Código Penal español: bien jurídico, conductas típicas y objeto material tras la Ley Orgánica N.º 15/2003, de 25 de noviembre*. Barcelona: Bosch, 2005.

- ABEL SOUTO, M. La expansión penal del blanqueo de dinero operada por la Ley Orgánica N.º 5/2010, de 22 de junio. En *La Ley Penal-Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, N.º 79, 2011, pp. 31-32.
- ABEL SOUTO, M. *La expansión penal del blanqueo de dinero*. México D.F.: Centro Mexicano de Estudios en lo Penal Tributario, 2016.
- ABEL SOUTO, M. Las reformas penales de 2015 sobre blanqueo de dinero. En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N.º 19, Vol. 31, 2017, pp. 1-35.
- ABEL SOUTO, M. Money laundering, criminal responsibility of legal persons and 2018 directives. En *The Journal of Applied Business and Economics*, Vol. 22, N.º 8, 2020, pp. 205-222.
- ABEL SOUTO, M. Money laundering, new technologies, FATF and Spanish penal reform. En *Journal of Money Laundering Control*, vol. 16, N.º 3, 2013, pp. 266-284.
- ABEL SOUTO, M. Política criminal sobre drogas en la era global y blanqueo de dinero. En *Revista Cuatrimestral Europea sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero*, N.º 2/3, 2014, pp. 7-17.
- ABEL SOUTO, M. Volumen mundial del blanqueo de dinero, evolución del delito en España y jurisprudencia reciente sobre las últimas modificaciones del Código Penal. En *Revista General de Derecho Penal*, N.º 20, 2013, p. 47.
- ALIAGA MÉNDEZ, J. A. *Normativa comentada de prevención del blanqueo de capitales: adaptada a la Ley N.º 10/2010*. Madrid: Wolters Kluwer, 2010.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. *Derecho penal español. Parte especial*. T. II. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- ÁLVAREZ PASTOR, D. y EGUIDAZU PALACIOS, F. *La prevención del blanqueo de capitales*. Pamplona: Aranzadi, 1998.
- ÁLVAREZ PASTOR, D. y EGUIDAZU PALACIOS, F. *Manual de prevención del blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

- ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2000.
- ARROYO ZAPATERO, L., Berdugo Gómez de la Torre, I., Ferré Olivé, J. C., García Rivas, N., Serrano-Piedecasas Fernández, J. R. y Terradillos Basoco, J. M. (Dir.). *Comentarios al Código Penal*. Madrid: Iustel, 2007.
- ARZT, G. Geldwäsche und rechtsstaatlicher Verfall. En *Juristen Zeitung*, 1993.
- BARÓN CALDERÓN, W. *Estructura del estado y del sector privado para la prevención y control del lavado de activos en Colombia*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada, 2013.
- BARTON, S. Sozial übliche Geschäftstätigkeit und Geldwäsche (§261StGB). En *Strafverteidiger*, N.º 3, 1993.
- BERMEJO, M. G. y AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R. «El delito del blanqueo de capitales». En SILVA SÁNCHEZ, J-M. (Dir.). *El nuevo Código Penal: comentarios a la reforma*. Madrid: La Ley, 2012.
- BERRUEZO, R. «El delito de lavado y los honorarios profesionales». En BERRUEZO, R. (Ed.). *Imputación penal*. Córdoba: Editorial Mediterránea, 2015, pp. 326-327.
- BLANCO CORDERO, I. *El delito de blanqueo de capitales*. 3.ª ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2012.
- BLANCO CORDERO, I. *El delito de blanqueo de capitales*. 4.ª ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2015.
- BLANCO CORDERO, I. El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales. En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 13, N.º 1, 2011.
- BLANCO CORDERO, I. Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales. En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. L, fascículo único, 1997, p. 272-290.
- BOTTKE, W. Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania [trad. de Soledad Arroyo Alfonso y Teresa Aguado Correa]. En *Revista Penal*, N.º 2, 1998.

- BOTTKE, W. Teleologie und Effektivität der Normen gegen Geldwäsche - Teil 1. En *Wistra*, N.º 3, 1995.
- BOTTKE, W. Teleologie und Effektivität der Normen gegen Geldwäsche. En *Wistra*, N.º 4, 1995.
- CARDONA TORRES, J. *Derecho penal. Parte especial: adaptado a la reforma de la Ley Orgánica N.º 5/2010, de 22 de junio*. Barcelona: Bosch, 2010.
- CASTRO MORENO, A. «Reflexiones críticas sobre las nuevas conductas de posesión y utilización en el delito de blanqueo de capitales en la reforma del Anteproyecto de 2008». En *Diario La Ley*, 5 de noviembre de 2009.
- CEBULLA, M. Gegenstand der Geldwäsche. En *Wistra*, N.º 8, 1999, p. 286.
- COBO DEL ROSAL, M. *Compendio de derecho penal español. Parte especial*. Madrid: Marcial Pons, 2000.
- CORCOY BIDASOLO, M. «Crisis de las garantías constitucionales a partir de las reformas penales y de su interpretación por los tribunales». En MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.). *Constitución y sistema penal*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- DE ANDRÉS PÉREZ, S. «Principales novedades de la quinta Directiva en materia de prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo» [en línea]. En *Abogacía.com*, 21 de junio de 2018. Disponible en www.abogacia.es
- DE LA MATA BARRANCO, N. J. *Derecho penal europeo y legislación española: las reformas del Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- DEL CARPIO DELGADO, J. Principales aspectos de la reforma del delito de blanqueo: especial referencia a la reforma del art. 301.1 del Código Penal. En *Revista Penal*, N.º 28, 2011.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. «Blanqueo de bienes». En LUZÓN PEÑA, D-M. (Dir.). *Enciclopedia penal básica*. Granada: Comares, 2002, pp. 101-209.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. «El castigo del autoblanqueo en la reforma penal de 2010. La autoría y la participación en el delito de blanqueo de

- capitales». En ABEL SOUTO, M. y SÁNCHEZ STEWART, N. (Coords.). *III congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 282-290.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un análisis dogmático». En GÓMEZ COLOMER, J. L. (Dir.). *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- DIEGO DÍAZ-SANTOS, M. R., MATELLANES RODRÍGUEZ, N. P. y FABIÁN CAPARRÓS, E. A. (Comp.). *XXI Congreso universitario de alumnos de Derecho penal*. Salamanca: Ratio legis, 2009.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas: la recepción de la legislación internacional en el Ordenamiento Penal español. En *Actualidad Penal*, N.º 32, 1994, pp. 603-604.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *Política criminal y derecho penal: estudios*. 2.ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- FABIÁN CAPARRÓS, E. A. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Colex, 1998.
- FARALDO CABANA, P. Antes y después de la tipificación expresa del autoblanqueo de capitales. En *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXIV, 2014.
- FARALDO CABANA, P. Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código Penal de 1995. En *Estudios Penales y Criminológicos*, N.º XXI, 1998.
- FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. «Supresión de las faltas y creación de delitos leves». En GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.). *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*. 2.ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pp. 45-82.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. «Blanqueo de capitales». En ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (Coord.). *Memento experto Francis Lefebvre. Reforma penal. Ley Orgánica N.º 5/2010*. Madrid: Ediciones Francis Lefebvre, 2010, pp. 318-324.

- FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. «El nuevo modelo de reacción penal frente al blanqueo de capitales. Los nuevos tipos de blanqueo, la ampliación del comiso y la integración del blanqueo en el modelo de responsabilidad penal de las empresas». En *Diario La Ley*, 22 de junio de 2011.
- FERRÉ OLIVÉ, J. C. «El nuevo tipo agravado de blanqueo cuando los bienes tengan su origen en delitos relativos a la corrupción». En ABEL SOUTO, M. y SÁNCHEZ STEWART, N. (Coords.). *III congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 389-391.
- FERRÉ OLIVÉ, J. C. *Tratado de los delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
- FISCHER, T. *Strafgesetzbuch mit Nebengesetze*. 62.^a ed. München: Verlag C.H. Beck, 2015.
- FLICK, G. M. *La repressione del riciclaggio ed il controllo della intermediazione finanziaria. Problemi attuali e prospettive*. En *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, N.º 4, 1990.
- FLICK, G. M. *Le risposte nazionali al riciclaggio di capitali. La situazione in Italia*. En *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, N.º 4, 1992.
- GALÁN MUÑOZ, A. *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO N.º 1/2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- GARCÍA NORIEGA, A. *Blanqueo y antiblanqueo de capitales: ¿cómo se lava el dinero, cómo se combate el lavado?* Madrid: Difusión jurídica, 2010.
- GOMES DE MAGALHÃES, G. G. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el delito de lavado de dinero: análisis de los casos «Lava Jato» y «Mensalão»*. Buenos Aires-Montevideo: B de F, 2018.
- GÓMEZ RIVERO, M. C. *Nociones fundamentales de derecho penal. Parte especial*. Madrid: Tecnos, 2010.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. *El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas: el inicio de una larga andadura*. 2.^a ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2019.

- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. «El plano político criminal en la responsabilidad penal de las personas jurídicas». En MATALLÍN EVANGELIO, A. (Dir.). *Compliance y prevención de delitos de corrupción*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. y VIDALES RODRÍGUEZ, C. «El nuevo delito de financiación del terrorismo: consideraciones acerca de su necesidad y conveniencia». En GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.). *Financiación del terrorismo, blanqueo de capitales y secreto bancario: un análisis crítico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, pp. 186-195.
- Grupo de Estudios de Política Criminal. «Principios de reforma de la normativa administrativa de prevención del blanqueo». En *Una regulación alternativa contra la corrupción urbanística y otras conductas delictivas relacionadas*. Málaga: Gráficas Luis Mahave, 2010.
- HELMERS, G. Zum Tatbestand der Geldwäsche (§261 StGB): beispiel einer rechtsprinzipiell verfehlten Strafgesetzgebung. En *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, N.º 3, 2009.
- HETZER, W. «Der Geruch des Geldes - Ziel, Inhalt und Wirkung der Gesetze gegen Geldwäsche». En *Neue Juristische Wochenschrift*, 1993.
- HURTADO ADRIÁN, A. «Blanqueo de capitales (art. 301.1)». En JUANES PECES, A. (Dir.). *Reforma del Código Penal: perspectiva económica tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica N.º 5/2010 de 22 de junio. Situación jurídico-penal del empresario*. Madrid: El Derecho, 2010.
- KNORZ, J. *Der Unrechtsgehalt des §261 StGB*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1996.
- KÖRNER, H. H. y DACH, E. *Geldwäsche: ein Leitfaden zum geltenden Recht*. München: Verlag C. H. Beck, 1994.
- LACKNER, K. y KÜHL, K. *Strafgesetzbuch Kommentar*. 28.^a ed. München: Verlag C. H. Beck, 2014.
- LAMARCA PÉREZ, C. *Delitos y faltas: la parte especial del derecho penal*. Madrid: Colex, 2012.
- LAMARCA PÉREZ, C. *Delitos y faltas: la parte especial del derecho penal*. 2.^a ed. Madrid: Colex, 2013.

- LAMPE, E.-J. El nuevo tipo penal del blanqueo de dinero (§261 StGB) [trad. de Miguel Abel Souto y José Manuel Pérez Pena]. En *Estudios Penales y Criminológicos*, N.º XX, 1997.
- LORENZO SALGADO, J. M. «Directiva N.º 2014/42/UE sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito y la extensión al blanqueo en 2015 del comiso ampliado, previsto inicialmente para la criminalidad organizada transnacional». En ABEL SOUTO, M. y SÁNCHEZ STEWART, N. (Coords.). *VI congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- LORENZO SALGADO, J. M. «El blanqueo de dinero procedente de los delitos descritos en los artículos 368 a 372 del CP y las nuevas tendencias de financiación del terrorismo advertidas por las Directivas de 2018». En ABEL SOUTO, M., LORENZO SALGADO, J. M. y SÁNCHEZ STEWART, N. (Coords.). *VII congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- LORENZO SALGADO, J. M. «El blanqueo de dinero procedente del narcotráfico, la protección del orden socioeconómico y la desnaturalización del bien jurídico en las modalidades de blanqueo con finalidad terrorista, introducidas por la Ley Orgánica N.º 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal». En ABEL SOUTO, M. y SÁNCHEZ STEWART, N. (Coords.). *V congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 371-374.
- LORENZO SALGADO, J. M. «El tipo agravado de blanqueo cuando los bienes tengan su origen en el tráfico de drogas». En ABEL SOUTO, M. y SÁNCHEZ STEWART, N. (Coords.). *III congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 224-235.
- LORENZO SALGADO, J. M. «Prólogo». En ABEL SOUTO, M. *El blanqueo de dinero en la normativa internacional: especial referencia a los aspectos penales, servicio de publicaciones e intercambio científico*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2002.
- MANACORDA, S. La réglementation du blanchiment de capitaux en droit international: les coordonnées du système. En *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, N.º 2, 1999.

- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. «Receptación y blanqueo de capitales (arts. 301 y 302)». En ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.). *Comentarios a la reforma penal de 2010*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 340-345.
- MANSO PORTO, T. El blanqueo de capitales entre la dogmática y la política criminal internacional: resultados desde una perspectiva de derecho comparado. En *Estudios Penales y Criminológicos*, N.º XXXI, 2011, pp. 323 y 324.
- MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C. El delito de blanqueo de capitales. En *Revista Jurídica de Catalunya*, N.º 4, 2011.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. «La dimensión internacional del blanqueo de dinero». En GARCÍA ARÁN, M. (Dir.). *El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2005, pp. 233 y 234.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*. 3.ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- MOLINA MANSILLA, M. C. y MOLINA MANSILLA, L. *El blanqueo de dinero*. Barcelona: Bosch, 2008.
- MORENO ALCÁZAR, M. A. «Receptación y blanqueo de capitales». En BOIX REIG, J. (Dir.). *Derecho penal. Parte especial*. Vol. 2. (Delitos contra las relaciones familiares, contra el patrimonio y el orden socioeconómico). Madrid: Iustel, 2012.
- MORILLAS CUEVA, L. Aspectos dogmáticos y político-criminales del delito de blanqueo de capitales. En *Revista Foro FICP*, N.º 2, 2013, pp. 61-97.
- MORILLAS CUEVA, L. *Sistema de derecho penal español. Parte especial*. Madrid: Dykinson, 2011.
- MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte especial*. 18.ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- MUÑOZ CONDE, M. «Consideraciones en torno al bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales». En ABEL SOUTO, M. y SÁNCHEZ STEWART, N. (Coords.). *I congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

- NAVARRO CARDOSO, F. Criptomonedas (en especial, bitc oin) y blanqueo de dinero. En *Revista Electr onica de Ciencia Penal y Criminología*, Vol. 21, N.  14, 2019, pp. 1-45.
- N N EZ PAZ, M. A. «El tipo agravado de blanqueo de dinero procedente de delitos urbanísticos. (Puesta al día y análisis de reflexiones doctrinales)». En ABEL SOUTO, M. y SÁNCHEZ STEWART, N. (Coords.). *III congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 272-279.
- N N EZ PAZ, M. A. El nuevo Código Penal (parte general y especial): innovaciones y juicio crítico. En *Boletín de la Facultad de Derecho, UNED*, N.  12, 1997.
- ORSI, O. G. *Asociaciones ilícitas terroristas y financiación del terrorismo*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2008.
- ORTIZ DORANTES, A. *El delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita*. Barcelona: Universidad Aut noma de Barcelona, 2010.
- PALMA HERRERA, J. M. *Los delitos de blanqueo de capitales*. Madrid: Edersa, 2000.
- PELÁEZ MARTOS, J. M. *Blanqueo de capitales: obligaciones de empresas y profesionales en la nueva ley*. Madrid: Wolters Kluwer, 2010.
- QUERALT JIMÉNEZ, J. J. *Derecho penal español. Parte especial*. 6.  ed. Barcelona: Atelier, 2010.
- QUINTERO OLIVARES, G. «La reforma del comiso (art. 129)». En QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.). *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*. Cizur Menor: Aranzadi, 2010, pp. 109-132.
- QUINTERO OLIVARES, G. «Los programas de cumplimiento normativo y el derecho penal». En DEMETRIO CRESPO, E. y NIETO MARTÍN, A. (Dir.). *Derecho penal económico y derechos humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 123-142.
- QUINTERO OLIVARES, G. *Comentarios a la parte especial del derecho penal*. 8.  ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2009.
- QUINTERO OLIVARES, G. *Comentarios a la parte especial del derecho penal*. Pamplona: Aranzadi, 1996.

- QUINTERO OLIVARES, G. Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil. En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 8 de marzo de 2010.
- RAGUÉS I VALLÈS, R. «Lavado de activos y negocios *standard*. Con especial mención a los abogados como potenciales autores de un delito de lavado». En ROXIN, C. *homenaje: nuevas formulaciones en las ciencias penales*. Córdoba: Ediciones Lerner, 2001, pp. 625-664.
- Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. 20.^a ed. Madrid: Espasa Calpe, 2001.
- Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. Avance de la 23.^a ed. Barcelona: Espasa Libros, 2014.
- Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. Madrid: Espasa Calpe, 2006.
- Real Academia Española. *Diccionario de uso del español*. 3.^a ed. Madrid: Gredos, 2007.
- Russ, W. Comentario al párrafo 261 del Código penal alemán: el blanqueo de dinero [trad. de Miguel Abel Souto]. En *Dereito - Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Vol. 6, N.º 1, 1997.
- SALDITT, F. *Der Tatbestand der Geldwäsche*. En *Strafverteidiger-Forum*, 1992.
- SAVONA, E. U. «Luci e ombre di un esperimento regionale. La Direttiva anti-riciclaggio dell'Unione europea». En CORVESE, C. G. y SANTORO, V. (Eds.). *Il riciclaggio del denaro nella legislazione civile e penale*. Milán: Giuffrè, 1996.
- SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A. *Derecho penal. Parte especial*. 16.^a ed. Madrid: Dykinson, 2011.
- SILVA SÁNCHEZ, J.-M. «La reforma del Código Penal: una aproximación desde el contexto». En *Diario La Ley*, 9 de septiembre de 2010.
- STREE, W. y HECKER, B. *Strafgesetzbuch Kommentar, Verlag C.H.* 29.^a ed. München: Beck, 2014.
- TERRADILLOS BASOCO, J. M. «El delito de blanqueo de capitales en el Derecho español». En CERVINI, R., CESANO, J. D. y TERRADILLOS,

- J. M. (Eds.). *El delito de blanqueo de capitales de origen delictivo. Cuestiones dogmáticas y político-criminales: un enfoque comparado (Argentina-Uruguay-España)*. Córdoba: Alveroni, 2008, pp. 225-263.
- TERRADILLOS BASOCO, J. M. *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal*. T. IV. (Derecho penal. Parte especial - Derecho penal económico). Madrid: Iustel, 2012.
- VIDALES RODRÍGUEZ, C. «Blanqueo, responsabilidad de las personas jurídicas y programas de cumplimiento». En GÓMEZ COLOMER, J. L. (Dir.). *Tratado sobre compliance Penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- VIDALES RODRÍGUEZ, C. Blanqueo, ¿qué es blanqueo?: estudio del artículo 301.1 del Código Penal español tras la reforma de la L. O. 5/2010). En *Revista General de Derecho Penal*, N.º 8, 2012.
- VIDALES RODRÍGUEZ, C. *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.
- VIVES ANTÓN, T. S. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Derecho penal. Parte especial*. 3.ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- VOGEL, J. Geldwäsche - eine europaweit harmonisierter Straftatbestand? En *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, N.º 2, 1997.

SEGUNDA LECTURA

Núñez Pérez, F. (2023). LA PUNIBILIDAD DEL AUTOLAVADO DE ACTIVOS EN EL MARCO NORMATIVO SUPRANACIONAL Y EN EL DERECHO PENAL PERUANO. En Alvarez Yrala, E. (Dir.). Derecho Penal y dignidad humana. Libro homenaje al profesor Felipe Villavicencio Terreros. Vol. 2. (pp. 1065-1108). Lima, Perú. Grijley.

El delito de lavado de activos es un delito común que incluso puede ser cometido por el autolavador, salvo que en forma expresa se excluya su punibilidad por vulnerar principios que conforman el orden interno, norma de exclusión que nunca ha existido en nuestro ordenamiento jurídico penal. Asimismo, la punibilidad del autolavado de activos puede sustentarse en la autonomía respecto de la actividad criminal previa.

Director
Edwar Omar Alvarez Yrala

DERECHO PENAL

y dignidad humana

♦ Libro homenaje al profesor
**FELIPE VILLAVICENCIO
TERREROS**



Coordinadores
Juan E. Carrión Díaz
Magaly Lopez Arenas

Volumen 2



Director
Edwar Omar Alvarez Yrala

DERECHO PENAL

y dignidad humana

Libro homenaje al profesor
FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS

Volumen 2

Coordinadores:
Juan E. Carrión Díaz
Magaly Lopez Arenas

GRILEY

Primera edición: enero de 2023.

**Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca
Nacional del Perú N.º 2022-12373**

Registro del Proyecto Editorial: 31501012200655

ISBN obra completa: 978-9972-04-753-4

ISBN volumen 2: 978-9972-04-756-5

© 2023, **Derecho Penal y dignidad humana
Parte general, especial y proceso
penal**

© 2023, **Juan E. Carrión Díaz
Magaly Lopez Arenas
Coordinadores**

© 2023, **Editora y Librería Jurídica Grijley E. I. R. L.
Jr. Azángaro 1077, Lima - Perú
Tlfs.: 01-3210258 / 923054974
ventas@libreriasgrijley.com**

Diseño y diagramación

Libia Huamali Sánchez

Composición e impresión

Editora y Librería Jurídica Grijley E. I. R. L.
Av. Tingo María 1330 - Lima - Perú
Tlfs.: 01-3375252 / 955474204
ediciongrijley@gmail.com

Tiraje: 1.000 ejemplares

DERECHOS RESERVADOS: Decreto Legislativo N.º 822
Prohibida la reproducción de este libro por
cualquier medio, total o parcialmente, sin
permiso expreso de la editorial.

LA PUNIBILIDAD DEL AUTOLAVADO DE ACTIVOS EN EL MARCO NORMATIVO SUPRANACIONAL Y EN EL DERECHO PENAL PERUANO



Fernando Vicente Núñez Pérez^(*)^(**)

Perú

-
- (*) Abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Máster Internacional en Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero, Fraude Fiscal y «Compliance» por la Universidad de Santiago de Compostela (España). Magíster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magíster en Ciencias Penales por la Universidad de San Martín de Porres. Miembro Integrante de la Asociación Iberoamericana de Derecho Penal Económico y de la Empresa (AIDPEE). Títulos de Especialización en Derecho Penal Económico y Derechos Humanos, Derecho Penal Económico y Teoría del Delito, ambos otorgados por la Universidad de Castilla-La Mancha (España). Diplomas de Especialización en «Responsabilidad de la Empresa y Compliance Penal», «Gobernanza y Gobierno Abierto: Hacia un Nuevo Paradigma de la Gestión Pública», «Criminalidad Organizada, Corrupción y Terrorismo» y «Teoría Jurídica del delito», otorgados por la Universidad de Salamanca (España). Docente en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres de los cursos *Temas de Derecho Procesal Penal II y Derecho Penal Económico (Pregrado)*; *Temas de Derecho Procesal Penal I y Temas de Derecho Procesal Penal III (Posgrado)*.
- (**) Sirvan estas líneas para rendir un homenaje sincero a nuestro maestro de Derecho Penal, Dr. Felipe Andrés Villavicencio Terreros, recordando su magistral y pedagógica ponencia para poder explicar, de inicio a fin, «los aspectos político-criminales del delito de lavado de activos» como parte del *II Curso Penal de Verano 2018: Lavado de Activos* organizado por el Centro de Estudios de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres. Conforme explica el Maestro Villavicencio Terreros, determinar la autonomía del delito de lavado de activos im-

Por mucho que se escriba sobre el blanqueo de dinero nunca se criticará lo suficiente la expansión de su castigo⁽¹⁾.

SUMARIO: I. El sujeto activo en el delito de lavado de activos. II. El marco normativo supranacional sobre la punibilidad del autolavado de activos. 2.1. La Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas del 20 de diciembre de 1988: la Convención de Viena. 2.2. La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional del 15 de noviembre de 2000: la Convención de Palermo (artículo 6.2. e) -Penalización del blanqueo del producto del delito). 2.3. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción del 31 de octubre de 2003: la Convención de Mérida (artículo 23.2. e) -Blanqueo del producto del delito). 2.4. El Convenio Relativo al Blanqueo, Seguimiento, Embargo y Decomiso de los Productos del Delito del 8 de noviembre de 1990: la Convención de Estrasburgo (artículo 6.2. b) -Delitos de blanqueo). 2.5. El Convenio Relativo al Blanqueo, Seguimiento, Embargo y Comiso de los Productos del Delito y a la Financiación del Terrorismo del 16 de mayo de 2005: la Convención de Varsovia (artículo 9.2. b) - Delitos de blanqueo). 2.6. La Directiva (UE) 2018/1673 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2018 Relativa a la Lucha contra el Blanqueo de Capitales mediante el derecho penal (artículo 3.5. Delitos de blanqueo de capitales). 2.7. La toma de posición. III. La punibilidad del autolavado de activos en el derecho penal peruano. 3.1. La punibilidad genérica del autolavado de activos por

plica que no se debe tomar mucho en cuenta el hecho previo, aclarando que «[...] sin tomar mucho en cuenta no significa no tomarlo en cuenta [...] el hecho previo es parte del tipo». Descanse en paz Maestro. Véase https://www.youtube.com/watch?v=4AVdj2Yr_yI&t=833s. Conferencia magistral brindada el miércoles 7 de febrero de 2018 en la Sala de conferencias Rubén Guevara Manrique de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres (Lima, Perú).

(1) ABEL SOUTO, Miguel. «Blanqueo de dinero, reformas penales de 2015, secreto bancario y paraísos fiscales». En *Derecho penal económico y derechos humanos*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2018, p. 445.

medio de una mera norma de reconocimiento. 3.2. La punibilidad específica del autolavado de activos en las modalidades de posesión y utilización: ¿violación del principio del *non bis in idem* y de proporcionalidad? 3.3. La punibilidad del autolavado de activos a partir de su reconocimiento legal expreso conforme a la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema para el derecho penal peruano: la Ley N.º 27765 modificada por el Decreto Legislativo N.º 986, como una norma regulatoria que recién incorpora expresamente la punibilidad del autolavado de activos. 3.4. La punibilidad del autolavado de activos desde antes de su reconocimiento legal expreso conforme a la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema para el derecho penal peruano: la Ley N.º 27765 modificada por el Decreto Legislativo N.º 986, como una mera norma que reconoce la punibilidad del autolavado de activos desde su inicio. IV. La punibilidad del autoblanqueo de capitales en el derecho penal español: el reconocimiento legal expreso establecido en el artículo 301 del Código Penal español modificado a través de la Ley Orgánica N.º 5/2010 del 22 de junio de 2010. V. Referencia Bibliográfica. VI. Anexos.

Resumen: El marco normativo supranacional parte del hecho de que el delito de lavado de activos es un delito común en el que incluso puede ser cometido por el autolavador, salvo que en forma expresa se excluya su punibilidad por vulnerar principios que conforman el orden del interno, norma de exclusión que nunca ha existido en nuestro ordenamiento jurídico penal. La regla es la punibilidad del autolavado cometido por el autolavador; la excepción es su no punibilidad en tanto haya norma que expresamente lo excluya del círculo de intervinientes. La punibilidad del autolavado de activos de todas maneras puede sustentarse en la siempre señalada autonomía del lavado de activos con respecto a la actividad criminal previa que produjo los bienes que son objeto de blanqueo, además de que se fundamentan en bienes jurídicos y hechos distintos, pudiéndose ser sujeto activo del delito subyacente como del delito subsiguiente. Por este motivo, no puede pensarse que la punibilidad del autolavado en nuestro país se encuentra a partir de su expresa mención legal, es decir, desde el día siguiente del 22 de julio de 2007 hacia adelante, para nada, sino desde antes.

I. EL SUJETO ACTIVO EN EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

El lavado de activos, tanto en su primigenia regulación (Ley N.º 27765) como en su vigente regulación (Decreto Legislativo N.º 1106), ambas en leyes penales especiales, se encuentra estructurado y configurado como un delito común; por lo que, para ser considerado autor de este delito no se requiere la presencia de alguna característica especial que busque diferenciarlo o distinguirlo del resto de personas, en tanto que si lo cometiera, por ejemplo, un agente que utilice o se sirva de su condición de funcionario público o de agente del sector inmobiliario, financiero, bancario o bursátil, se presentaría una circunstancia agravante específica.

Se debe partir de que siendo el delito de lavado de activos un delito común, se entiende que se podrían aplicar las reglas de la intervención delictiva de la autoría, conforme a las normas de la parte especial (tipos de la parte especial), sea como autor directo, autor mediato o coautor, como de la participación, conforme a las normas de la parte general (tipos de la parte general); o sea como instigador, cómplice primario o cómplice secundario. Sin embargo, esta diferenciación se mostrará algo complicado en la realidad forense porque este delito tiene regulado una pluralidad de verbos rectores típicos (artículo 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo N.º 1106), pareciéndose asumir legalmente un concepto unitario de autor y no el restrictivo, salvo que en un caso en concreto se pueda diferenciar muy nítidamente, sobre un mismo hecho de lavado y bajo el específico verbo rector, a sus autores y partícipes, deviniendo coherente en interpretar y aplicar la legislación penal especial de lavado de activos en forma conjunta con la parte general del Código Penal.

Debe dejarse en claro que, seguramente con el objetivo de no excluirse supuestos delictivos, será sujeto activo del delito de lavado de activos en calidad de autor quienes realicen el tipo legal, más allá de la configuración fenomenológica de su aporte al hecho delictivo, en tanto que, por decisión de política criminal, se puede apreciar que el legislador ha decidido considerar, elevando a la categoría de autoría, sendos actos de colaboración o fomento⁽²⁾.

(2) MENDOZA LLAMACPONCCA, Fidel Nicolás. «Discusión en torno al autolavado y problemática sobre la actuación de los abogados frente al lavado de activos». En *El delito de lavado de activos*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica - Gaceta Penal y Procesal Penal, 2018, p. 284.

Cada verbo rector que implique ser lavado de activos en la legislación nacional (convertir, transferir, adquirir, utilizar, poseer, guardar, administrar, custodiar, recibir, ocultar, mantener en su poder, transportar o trasladar dentro del territorio nacional o hacer ingresar o salir del país el objeto material del delito) tiene autonomía e independencia típica configurativa, a pesar de que normalmente este delito ha sido entendido, en términos criminológicos, como aquel que permite introducir bienes de origen ilícito en la economía legal con la apariencia de que tales bienes tienen un origen lícito, así como un delito proceso cuyas etapas han sido reconocidas e identificadas como colocación, intercalación e integración.

Los tipos de la parte especial que sirven para atribuir responsabilidad penal a los autores, así como los tipos de la parte general, que sirven para atribuir responsabilidad penal a los partícipes, describen conductas distintas y autónomas que le deben ser propias y no ajenas, sin perjuicio de los fundamentos de punibilidad del partícipe, conforme al principio de accesoriadad limitada de la participación, sea en su versión cuantitativa (para que el partícipe responda el autor debe haber realizado un ejecución delictiva por lo menos en grado de tentativa) o cualitativa (para que el partícipe responda el autor debe haber realizado por lo menos una conducta típica antijurídica).

II. EL MARCO NORMATIVO SUPRANACIONAL SOBRE LA PUNIBILIDAD DEL AUTOLAVADO DE ACTIVOS

Si bien el delito de lavado de activos, según el marco normativo supranacional, presenta varias formas o modalidades típicas que podrán ser asumidas, es peculiar la regulación del autolavado de activos por ser una problemática del sujeto activo de este delito. La idea central de las siguientes líneas es desentrañar si los compromisos internacionales —cuando hacen mención y previsión del autolavado de activos— implican una obligación de tenerla implementada en los ordenamientos jurídicos penales internos o, en todo caso, es parte de su opción legislativa regularla en tanto se respeten los principios constitucionales y conceptos fundamentales del derecho interno de los Estados que la puedan integrar.

Dilemas tales como si el marco normativo supranacional se asume como regla su punibilidad o su exclusión de punibilidad; si su punibilidad debe ser regulada en forma expresa o si en todo caso esta se sobreentiende regulada en forma tácita por ser un delito común; si la exclusión de su punibilidad debe ser entendida en tanto se la regule en forma expresa; si lo Estados se encuentran obligados o facultados a su punibilidad, así como si también los Estados se encuentran autorizados a regular la punibilidad del autolavado de activos para todos los verbos rectores sin distinción o solo para algunos.

Este apartado es muy importante porque, conforme hace destacar la doctrina nacional⁽³⁾, entre los diversos argumentos sostenidos por quienes consideran impune el autolavado, un sector refiere que la imposibilidad de aplicar el delito de lavado de activos a quien cometió el delito precedente tendría, aparentemente, fuente convencional, sin embargo, se podrá apreciar que ninguna de estas impone a incorporar en sus legislaciones la impunidad del autolavado.

2.1. La convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas del 20 de diciembre de 1988: la convención de Viena

Esta Convención de Naciones Unidas no contiene indicación expresa y específica relacionada con la punibilidad del autolavado de activos, es decir, con respecto a la regulación o no de la legitimación de los bienes derivados del delito propio⁽⁴⁾, sea para su previsión o para su exclusión de punibilidad. En todo caso, se podría sostener que el hecho de que este compromiso internacional no haga mención concreta de la punibilidad del autolavado no implica que no se la pueda regular en el ámbito interno, no pudiéndose deducir su prohibición a normativizarla, dentro del entendido

(3) *Ibidem*, pp. 295 y 296.

(4) MALLÍN EVANGELIO, Ángela. «La posesión y utilización de los bienes como formas de blanqueo: excesos punitivos y criterios de corrección». En MALLÍN EVANGELIO, Ángela (Dir.). *Compliance y prevención de delitos de corrección*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2018, p. 198.

de que siendo el delito de lavado de activos un delito común también lo podría cometer y responder el interviniente en la actividad criminal previa. Por tanto, este instrumento internacional nunca estableció la expresa prohibición de sancionar al autolavador por su autolavado de activos.

Además, debe apreciarse que el artículo 27 de esta Convención de Naciones Unidas, como parte de aplicar medidas más estrictas que las establecidas en esta normatividad internacional, señala que los Estados partes podrán adoptar medidas más estrictas o rigurosas que las previstas expresamente si, a su juicio, tales medidas son convenientes o necesarias para prevenir o eliminar el tráfico ilícito, en el que se podría incluir obviamente la aplicación e interpretación de la punibilidad del autolavado de activos conforme a la libertad sancionadora que puedan tener los Estados.

2.2. La convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional del 15 de noviembre de 2000: la convención de Palermo (artículo 6.2. e) - Penalización del blanqueo del producto del delito)

Esta Convención de Naciones Unidas hace mención sobre la posibilidad jurídica de entenderse regulada, como regla, en forma tácita y sobreentendida, la figura de lavado de activos realizado por quién haya intervenido en el delito determinante. Se agrega además que si los principios fundamentales del derecho interno de un Estado Parte así lo requieren, se podrá disponer que el lavado de activos realizado por quién haya intervenido en el delito determinante no se aplicará, excluyendo su punibilidad en forma expresa.

Así: «Artículo 6. Penalización del blanqueo del producto del delito [...] 2. Para los fines de la aplicación o puesta en práctica del párrafo 1 del presente artículo: [...] e) Si así lo requieren los principios fundamentales del derecho interno de un Estado Parte, podrá disponerse que los delitos tipificados en el párrafo 1 del presente artículo no se aplicarán a las personas que hayan cometido el delito determinante».

Se parte de la idea de que la punibilidad del autolavado de activos se encuentra regulada como regla, en forma tácita y sobreentendida, por ser

el lavado de activos un delito común en donde también lo podría cometer y responder penalmente el interviniente en la actividad delictiva previa que produjo el bien maculado, en tanto que la exclusión de su punibilidad, como excepción, requiere su regulación expresa en la ley por violación de los principios fundamentales del derecho interno del respectivo Estado Parte.

En el caso hipotético de que esta normatividad internacional no hubiese hecho mención para nada al autolavado de activos, igual se pudo haber fundamentado su punibilidad por tener características de ser un delito impersonal. Además, debe apreciarse que el artículo 34.1 de esta normatividad internacional señala que, como parte de su aplicación, cada Estado parte podrá adoptar medidas más estrictas o severas que las previstas en la presente convención, a fin de prevenir y combatir la delincuencia organizada transnacional.

Con esta regulación internacional se hace entender como opción legislada, la punibilidad del autolavado de activos, en tanto no se violen principios fundamentales del derecho interno de un Estado parte, por lo que, si existe vulneración de estos principios fundamentales, como el caso del *non bis in ídem*, proporcionalidad o lesividad por dar algunos ejemplos, el Estado no se encuentra obligado a regularla sino más en proteger su orden interno por medio de la exclusión expresa de su punición.

Conforme a esta convención, se deba partir como regla que existe un imperativo compromiso internacional de asumir la punibilidad del autolavado de activos, sin embargo, si se demuestre la violación de principios fundamentales de derecho interno el Estado parte podrá optar por su expresa exclusión punitiva no generándose con ello responsabilidad internacional.

En el caso que un Estado parte decida entender regulada la punibilidad del autolavado de activos, creemos que es pertinente reflexionar y merítuar si está posible para todos los verbos rectores que comprenda el lavado de activos o en todo caso si esta es posible solo para ciertos y concretos verbos rectores que conforman esta figura delictiva.

Por tanto, es obligación de cada Estado parte entender regulada la punibilidad del autolavado de activos, regulación que deberá ser necesaria-

mente analizada, en cada caso en concreto, para establecer para que verbos rectores es permisible su punición y no dejarlo abierto bajo la intemperie aplicativa e interpretativa. No se debe olvidar que la exclusión de la punibilidad del autolavado, como excepción, requiere su expresa regulación en la ley fundamentada en la violación de los principios fundamentales del derecho interno del respectivo Estado parte.

2.3. La convención de las Naciones Unidas contra la corrupción del 31 de octubre de 2003: la convención de Mérida [artículo 23.2. e) - blanqueo del producto del delito]

Esta Convención de Naciones Unidas hace mención, similar a la anterior, sobre la posibilidad jurídica de entenderse regulada, como regla, en forma tácita y sobreentendida, la figura delictiva del lavado de activos cometido por quién haya intervenido en el delito fuente, agregándose además que si los principios fundamentales del derecho interno de un Estado Parte así lo requieren, se podrá disponer que el lavado de activos realizado por quién haya intervenido en el delito determinante no se aplicará, excluyendo su punibilidad en forma expresa.

Así: «Artículo 23. *Blanqueo del producto del delito* [...] 2. Para los fines de la aplicación o puesta en práctica del párrafo 1 del presente artículo: [...] e) Si así lo requieren los principios fundamentales del derecho interno de un Estado Parte, podrá disponerse que los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo no se aplican a las personas que hayan cometido el delito determinante».

Se parte de la idea de que la punibilidad del autolavado de activos se encuentra regulada como regla, en forma tácita y sobreentendida, por ser el lavado de activos un delito común en donde también lo podría cometer y responder penalmente el interviniente en la actividad criminal previa que produjo el bien de origen ilegal, en tanto que la exclusión de su punibilidad, como excepción, requiere su regulación expresa en la ley por violación de los principios fundamentales del derecho interno del respectivo Estado parte.

En el caso hipotético de que esta normatividad internacional no hubiese hecho mención para nada al autolavado de activos, igual se pudo haber fundamentado su punibilidad por tener características de ser un delito impersonal. Además, debe apreciarse que el artículo 65.2 de esta normatividad internacional señala que, como parte de su aplicación, cada Estado Parte podrá adoptar medidas más estrictas o severas que las previstas en la presente Convención a fin de prevenir y combatir la corrupción.

Con esta regulación internacional, se hace entender como opción legislada la punibilidad del autolavado de activos, en tanto no se violen principios fundamentales del derecho interno de un Estado parte; por lo que, si existe vulneración de estos principios fundamentales, como el caso del *non bis in idem*, proporcionalidad o lesividad, por citar algunos ejemplos, el Estado no se encuentra obligado a tenerla como prevista, sino más en proteger su orden interno por medio de la exclusión expresa de su punición.

Conforme a esta Convención, se deba partir como regla que existe un imperativo compromiso internacional de asumir la punibilidad del autolavado de activos; sin embargo, si se demuestre la violación de principios fundamentales de derecho interno, el Estado parte podrá optar por su expresa exclusión punitiva no generándose con ello responsabilidad internacional.

En el caso de que un Estado parte decida entender regulada la punibilidad del autolavado de activos, creemos que es pertinente reflexionar y merituar si esta es posible para todos los verbos rectores que comprenda el lavado de activos o en todo caso si esta es posible solo para ciertos y concretos verbos rectores que conforman esta figura delictiva.

Por tanto, es obligación de cada Estado parte entender regulada la punibilidad del autolavado de activos, regulación que deberá ser necesariamente analizada, en cada caso en concreto, para establecer para que verbos rectores es permisible su punición y no dejarlo abierto bajo la intemperie aplicativa e interpretativa. No se debe olvidar que la exclusión de la punibilidad del autolavado, como excepción, requiere su expresa regulación

en la ley fundamentada en la violación de los principios fundamentales del derecho interno del respectivo Estado parte.

2.4. El convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito del 08 de noviembre de 1990: La convención de Estrasburgo [artículo 6.2.b) - Delitos de blanqueo]

Conforme a este convenio europeo, puede establecerse que las conductas delictivas de lo que conforma el blanqueo de capitales no sean de aplicación para las personas que cometieron el delito principal⁽⁵⁾, como una suerte de poderse excluir la punibilidad del autoblanqueo, ello por sujeción a los principios constitucionales y a los conceptos básicos del ordenamiento jurídico del Estado parte.

Así: «Artículo 6. Delitos de blanqueo [...] 2. A los efectos de la ejecución o aplicación del párrafo 1 del presente artículo: [...] b. Puede establecerse que los delitos previstos en dicho párrafo no sean de aplicación para las personas que cometieron el delito principal».

2.5. El convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo del 16 de mayo de 2005: la convención de Varsovia [artículo 9.2.b) - Delitos de blanqueo]

Conforme a este Convenio Europeo, también puede establecerse que las conductas delictivas de lo que conforma el blanqueo de capitales no sean de aplicación para las personas que cometieron el delito principal, como una suerte de poderse excluir la punibilidad del autoblanqueo, ello por sujeción a los principios constitucionales y a los conceptos básicos del ordenamiento jurídico del Estado Parte.

Así: «Artículo 9. Delitos de blanqueo [...] 2. A los efectos de la ejecución o aplicación del apartado 1 del presente artículo: [...] b. Pueden establecerse que los delitos previstos en dicho apartado no sean se apliquen a las personas que cometieron el delito principal».

⁽⁵⁾ *Ibidem*, p. 199.

2.6. La directiva (UE) 2018/1673 del parlamento europeo y del consejo de 23 de octubre de 2018 relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el derecho penal [artículo 3.5 – Delitos de blanqueo de capitales]

En esta directiva, a diferencias de los anteriores instrumentos internacionales, cambia la forma de expresarse con respecto a la punibilidad del autoblanqueo, siendo para ello más directo, al referirse que los Estados miembros deberán adoptar las medidas necesarias para que exista su debido cumplimiento.

Así: «*Artículo 3 Delitos de blanqueo de capitales [...]* 5. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que la conducta a que se refiere el apartado 1, letras a) y b), sea castigada como delito cuando sea cometida por personas que hayan realizado la actividad delictiva de la que provienen los bienes o que hayan participado en ella».

Debe apreciarse que esta regulación asume que los Estados parte deberán adoptar las medidas necesarias para garantizar que las conductas típicas de conversión o transmisión, como las de ocultación o encubrimiento, sea castigada como delito cuando sea cometida por personas que hayan realizado la actividad delictiva de la que provienen los bienes o que hayan participado en ella. Si bien para las conductas típicas de adquisición, posesión o utilización no existe ese expreso imperativo de adopción de medidas necesarias, no existe prohibición o exclusión punitiva al respecto.

2.7. La toma de posición

Ha quedado muy en claro y contundente que el marco normativo supranacional parte de la regla normal de la punibilidad del autolavado de activos, sin embargo, como alternativa, se tiene como opción regular su exclusión sancionadora en forma expresa. En todo el marco normativo supranacional se parte de una generalidad punitiva, sin embargo, también existe la cautela en ser respetuosos de los principios constitucionales y de los conceptos básicos del ordenamiento jurídico interno, dejando a los Estados Parte, conforme a su propia política criminal, en entender castigada

el autolavado de activos como regla y base, sin perjuicio de establecerse en forma expresa su exclusión punitiva por la defensa de los principios y garantías del orden interno.

Si los Estados parte deciden entender regulada como regla (dentro de su comprensión legislativa típica) la punibilidad del autolavado de activos, en principio como una interpretación legítima por existir autorización internacional, tal desarrollo exegético no debería quedar en el abstracto o en la mera generalidad de sus supuestos o verbos rectores típicos, más aún por la existencia de la denominada expansión del lavado de activos, expresada por la actividad delictiva previa que no requiere gravedad o monto mínimo de valorización económica, como por el contenido de sus verbos rectores, que son diversos, amplísimos como casuísticos. Frente a ello, es pertinente el uso de criterios limitadores y principios al momento de su interpretación como de su aplicación, como del *non bis in ídem*, proporcionalidad y lesividad, a fin de poderse evitar absurdos y arbitrariedades.

Por esta razón y aplicable a nuestra realidad jurídica, la doctrina española es del siguiente parecer académico:

[...] no existe compromiso supranacional vinculante para nuestro legislador del que derive una obligación absoluta de tipificación de la adquisición, posesión o utilización de los bienes derivados del delito —ni con relación a un tercero ajeno al delito principal ni con respecto al autor o partícipe del mismo— obligación que, sin embargo, él mismo se ha impuesto motu proprio, a pesar de que —desde mi punto de vista— la criminalización de las mencionadas formas de blanqueo pugna con los conceptos y principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico, obviando con ello la posibilidad contenida en la «cláusula de salvaguarda establecida en la normativa supranacional que permitía a los Estados hacer uso de la misma para evitaran tipificaciones ilegítimas»⁽⁶⁾.

Estos compromisos internacionales, al hacer mención que el Estado parte podrá excluir del contenido típico de lo que conforma el lavado de

(6) *Ibidem*, p. 198.

activos a quien intervino en la comisión del delito determinante o principal, es consciente de que no se puede obligar a los Estados a incorporar situaciones que pueden ser violatorias de su orden jurídico, en la que en todo caso podrán tener derecho a excluir en forma expresa su punibilidad, como podrían ser para los casos del autolavado por posesión o utilización conforme se analizará más adelante.

Si bien la normatividad internacional, como obligación punitiva, entiende regulada en forma genérica y legal el autolavado de activos, una forma de solución aplicativa e interpretativa es dar a entender si es posible invocar el autolavado para todos los verbos rectores que se encuentran a las fecha previstos, rol que deberá ser analizado seguramente caso por caso por la respectiva jurisprudencia, no pudiéndose por ello descartar la presencia de los actos de agotamiento o hechos posteriores copenados que puedan subsumirse en el delito previo generador de la ganancia por ser, por ejemplo, meros actos de disfrute, aprovechamiento o consumo, conforme a las reglas de concurso aparente de leyes que no implican la vulneración de un bien jurídico penal autónomo e independiente ni la búsqueda de dificultar la identificación del origen, incautación o decomiso del objeto material delictivo.

Por tanto, siguiéndose el marco normativo supranacional, nuestra posición académica es la siguiente:

- El marco normativo supranacional asume como regla general interpretativa la obligación de la punibilidad abstracta del autolavado de activos.
- El marco normativo supranacional entiende que la punibilidad del autolavado de activos no requiere ser regulada necesariamente en forma expresa, por ser un delito común e indeterminado que podrá ser cometido también por el autolavador, debiendo ser por ello considerado sujeto activo de este delito.
- El marco normativo supranacional asume que para que exista la exclusión de la punibilidad del autolavado de activos, debe encontrarse regulada en forma expresa y no tácita.
- El marco normativo supranacional permite a los Estados la punibilidad del autolavado de activos para todos los verbos rectores sin distinción,

sin embargo, esta previsión general deberá ser controlada en cada caso en concreto conforme a los principios rectores del orden interno.

- Si bien se parte, como regla, en la punibilidad del autolavado de activos, los Estados que en forma expresa decidan señalar legislativamente que el autolavador también podrá ser sujeto activo del lavado de activos, tal como existe tanto en el ordenamiento jurídico penal peruano (también podrá ser considerado autor del delito y por tanto sujeto de investigación y juzgamiento por lavado de activos, quien ejecutó o participó en las actividades criminales generadoras del dinero, bienes, efectos o ganancias) y español (sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona), tal previsión deberá ser entendida no como una regulación constitutiva sino como una mera norma de reconocimiento que clarifica algo que ya se sobreentendía regulada genéricamente sin distinción desde antelación.

Debe apreciarse que con lo regulado en estos distintos convenios existe un reconocimiento internacional de una facultad legislativa dirigida a los Estados para incorporar cláusulas de reserva a la punibilidad del autolavado en las regulaciones internas en caso de que se contradigan los principios fundamentales del derecho casero, sin embargo, es de verse que esta facultad excepcional de declarar expresamente el privilegio de la impunidad del autolavado legislativamente no ha sido empleada por la gran mayoría de los Estados parte cuando se han permitido regular el delito de lavado de activos⁽⁷⁾.

III. LA PUNIBILIDAD DEL AUTOLAVADO DE ACTIVOS EN EL DERECHO PENAL PERUANO

3.1. La punibilidad genérica del autolavado de activos por medio de una mera norma de reconocimiento

Con la incorporación expresa en el ordenamiento jurídico penal del delito de lavado de activos, por medio de la Ley N.º 27765 del 27 de junio de

⁽⁷⁾ MENDOZA LLAMACPONCCA, Fidel Nicolás. *Op. cit.*, p. 296.

2002, teniendo como delito fuente no solo, en forma exclusiva y excluyente, el delito de tráfico ilícito de drogas, se originó el debate académico y dogmático acerca de si el responsable penalmente por el delito fuente o determinante, sea como autor o partícipe, podía ser o no responsable penalmente del posterior delito de lavado de activos, en este caso si el denominado autolavado de activos adquiere o no relevancia penal al surgir o no la existencia de un nuevo delito independientemente a la actividad delictiva previa.

De este modo, el debate se centró en establecer si la persona que interviene tanto en la comisión del delito fuente como en el posterior acto de lavado del bien de procedencia delictiva, ambos como sujeto activo, originaría un concurso real de delitos (dos delitos) o un concurso aparente de leyes resuelto por medio del principio de consunción por ser un hecho posterior copenado (un solo delito). En otras palabras, si el que produce bienes delictivos puede luego, como objeto material generado, blanquearlos.

En términos paralelos, pero sin debate académico, debe recordarse que con respecto al delito contra el patrimonio en la modalidad de receptación regulado en el artículo 194 del Código Penal, la doctrina nacional siempre ha entendido que sin mayor cuestionamiento, si bien el responsable penalmente de este delito podía ser cualquier persona, por ser justamente un delito común, sin embargo, se le excluía de esta responsabilidad penal al autor o partícipe del delito previo. **Por ejemplo**, el autor o partícipe de un delito de hurto o robo, cuyo objeto material de delito recae en un bien mueble ajeno, tal interviniente delictual sobre este mismo objeto material, en forma posterior, no podía responder penalmente por el delito de receptación (receptación en cadena), existiendo un concurso aparente de leyes o unidad de ley, en donde el posterior acto se le estaría subsumido o consumido, sin perjuicio, de que tal proceder pueda ser valorado en la determinación judicial de la pena al momento de individualizarse la pena concreta o para fijar, dentro de un proceso penal, la respectiva medida coercitiva de carácter personal.

También en términos paralelos y sin debate académico, debe adicionalmente recordarse que en lo que se refiere al delito contra la adminis-

tración de justicia en la modalidad de encubrimiento real previsto en el artículo 405 del Código Penal, la doctrina nacional siempre ha entendido que si bien el responsable penalmente de este delito podía ser cualquier persona, por ser justamente un delito común, sin embargo, se le excluía de esta responsabilidad penal al autor o partícipe del delito previo, conclusión que nos lleva a entender que en nuestro actual ordenamiento jurídico penal peruano el denominado autoencubrimiento es un acto impune penalmente, en el que, además, es impune el encubrimiento de los parientes del delincuente⁽⁸⁾. **Por ejemplo**, el autor o partícipe de un delito de homicidio o de cohecho pasivo⁽⁹⁾, que busca destruir o desaparecer las pruebas de su delito previamente cometido —la desaparición de un cadáver o el caso del funcionario público policial que decide comerse el billete que previamente solicitó como parte de una coima, ambos procederes con el objeto de pretender borrar las huellas o pruebas de delito cometido por su persona—, tal interviniente delictual no podría responder penalmente por el delito de encubrimiento real, existiendo un concurso aparente de leyes o unidad de ley, en donde el posterior acto de la desaparición de las huellas o pruebas de su mismo delito se le estaría subsumido o consumido, sin perjuicio,

(8) LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *Op. cit.*, p. 510.

(9) Con fecha 18 de agosto de 2016, salió publicado en la página *web* del medio de comunicación Capital la siguiente nota periodística: «*Facebook*: policía se come billete para desaparecer prueba de coima en Piura. Agentes de la Policía Anticorrupción junto a representantes del Ministerio Público intervinieron en la comisaría de dicha ciudad al suboficial de tercera, Javier Mijahuanca Berrú, quien al verse descubierto recibiendo una coima optó por tragarse un billete que sería de 100 soles. **Mal proceder del suboficial**. El efectivo, que pertenece a la comisaría de Piura, habría pedido el dinero a cambio de devolver una motocicleta que fue intervenida por no contar con los documentos necesarios, y que fue trasladada junto al chofer para interponerle una papeleta. Fue el mototaxista quien alertó a la policía sobre el mal proceder del suboficial. [...] Mijahuanca Berrú no se percató que su ilícito accionar estaba siendo grabado por sus propios colegas y el Ministerio Público, quienes tuvieron que perseguirlo por toda la dependencia policial con la finalidad de evitar que se coma el billete que pidió, informó la Agencia de Noticias Piura a través de cuenta de *Facebook*. **Imágenes**. 'Lo está masticando y se lo va a tragar', advierte un agente, mientras que otra voz le pide que arroje el billete. Pese a que sus compañeros lo tiraron al suelo e intentaron evitar que se comiera el billete, no lo lograron [...]». En www.capital.com.pe/actualidad/facebook-policia-se-como-billete-para-desaparecer-prueba-de-coima-en-piura-noticia-988378.

de que tal proceder pueda ser valorado en la determinación judicial de la pena al momento de individualizarse la pena concreta o para fijar, dentro de un proceso penal, la respectiva medida coercitiva de carácter personal.

En lo que se refiere al ámbito del delito de lavado de activos nacional, este debate concluyó legislativamente en cuanto a la aclaración de la admisibilidad de su aplicación, aunque no de hecho⁽¹⁰⁾, por medio de una norma que debe ser considerada de orientación a los sujetos procesales en términos de política criminal. Por ello, por medio de una posterior modificatoria expresa que existió de la originaria Ley N.º 27765 del 27 de junio de 2002 a través del Decreto Legislativo N.º 986 del 22 de julio de 2007 (Decreto Legislativo que modifica la Ley N.º 27765, Ley Penal contra el Lavado de Activos), se estableció aclaratoriamente, en forma expresa, lo siguiente: «Artículo 6.- Disposición Común [...] También podrá ser sujeto de investigación por el delito de lavado de activos, quien realizó las actividades ilícitas generadoras del dinero, bienes, efectos o ganancias».

Con esta incorporación se pudo aclarar el entendido que el interviniente delictual del delito fuente o determinante, también podía responder penalmente del posterior delito del blanqueo de capitales, en donde más que una norma de regulación que recién autoriza su punibilidad sería más bien una mera norma de reconocimiento que ya preexistía, porque nunca se le excluyó al autolavador en forma expresa del tipo penal como sujeto activo, esto conforme al principio de legalidad penal.

Cabe hacer hincapié que si bien la originaria Ley N.º 27765 del 27 de junio de 2002 modificado a través del Decreto Legislativo N.º 986 del 22 de julio de 2007 permite expresamente y en forma general la punibilidad del autolavado, también es verdad que nunca existió, en forma previa, prohibición legal acerca de su no punibilidad, no encontrándose expresamente excluido el autolavador o autoblanqueador como sujeto activo, entendiéndose que un supuesto de autolavado o autoblanqueo podría configurar un concurso real de delitos, por encontrarse referido a hechos delictivos cometidos en tiempo y espacio distintos, así como por proteger

⁽¹⁰⁾ MATALLÍN EVANGELIO, Ángela. *Op. cit.*, p. 198.

bienes jurídicos diferentes, por lo que, siguiendo a la doctrina española, que también tuvo este problema aplicativo e interpretativo en determinado momento, era un debate que partía del hecho de que el precepto no excluía expresamente a los intervinientes en el delito previo⁽¹¹⁾.

Concordantemente con esta posición académica, aplicable tanto a la legislación peruana y española, se ha argumentado en forma pertinente lo siguiente:

[...] desde nuestra perspectiva, la represión del autolavado de activos en el Perú —conforme también se presenta en el caso español, según nuestra consideración— no ha sido una creación legal instaurada por el legislador peruano mediante la emisión del D. Leg. N.º 986 del 22/07/2007 o por el español al dictar la LO 5/2010 del 22/06/2010. Solo se limitaron a explicitar que un hecho concreto (el autolavado) carecía de exoneración de responsabilidad antes de la reforma. Por ello, tanto antes como después de 2007 (o de 2010) quien hubiere cometido el delito fuente podría ser calificado como interviniente en el ulterior lavado. Son, pues, diversas las razones que dan soporte a esta argumentación⁽¹²⁾.

Esta modificatoria nacional fue luego también ratificada, en términos que consideramos aclaratoria, por medio del Decreto Legislativo N.º 1106 del 19 de abril de 2012 (Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado), al regularse en forma expresa su autorización de la siguiente manera: «Artículo 10.- Autonomía del delito y prueba indiciaria [...] También podrá ser considerado autor del delito y por tanto sujeto de investigación y juzgamiento por lavado de activos, quien ejecutó o participó en las actividades criminales generadoras del dinero, bienes, efectos o ganancias».

Por tanto, conforme se menciona, detalla y explica, el denominado autolavado de activos siempre tuvo relevancia punitiva, generando

(11) SEOANE PEDREIRA, Alejandro. «El delito de blanqueo de dinero: historia, práctica jurídica y técnicas de blanqueo». Navarra: Editorial Aranzadi, 2017, p. 114.

(12) MENDOZA LLAMACPONCCA, Fidel Nicolás. *Op. cit.*, p. 305.

responsabilidad penal por un nuevo delito, por lo que, el interviniente tanto en el delito fuente como en el posterior acto del lavado de activos, responderá penalmente, como regla general y sin incidir concretamente en la modalidad típica del verbo rector del lavado, por ambos delitos, en este caso por un concurso real de delitos.

Por ese motivo, Ángela Matallín Evangelio indica:

De esta manera, a partir de este momento y hasta la fecha, en la configuración actual del autoblanqueo de capitales nos encontramos con una tipificación sin límites, con relación a la totalidad de las formas de conducta constitutivas de blanqueo y cualquiera que sea el delito fuente del que procedan los bienes blanqueados, que produce como resultado un tipo genérico o *supradelito*, que desde su literalidad debe acompañar necesariamente a todas las figuras delictivas de naturaleza económica⁽¹³⁾.

La sanción penal del autolavado de activos ha sido convalidada, como regla general, por nuestra Corte Suprema. Así, por medio del **Acuerdo Plenario N.º 3-2010/CIJ-116 del 16 de noviembre de 2010** (asunto: El Delito de Lavado de Activos), se sostuvo lo siguiente:

14. Ahora bien en cuanto a la autoría del delito el lavado de activos, pese a lo complejo de su *modus operandi*, que involucra el tránsito por tres etapas sucesivas conocidas como colocación, intercalación e integración, la ley penal nacional no exige calidades especiales en el sujeto activo. Se trata, pues, de un típico delito común que puede ser realizado por cualquier persona. Incluso la fórmula empleada por el legislador peruano no excluye de la condición potencial de autor a los implicados, autores o partícipes, del delito que generó el capital ilícito que es objeto de las posteriores operaciones de lavado de activos. La clásica noción de agotamiento no excluye la configuración de un delito de lavado de activos y no es compatible con la aludida dinámica funcional o el *modus operandi* de tal ilícito. Por lo demás, ella no se adecua a la forma como se ha regulado en la Ley N.º 27765 tal

(13) MATALLÍN EVANGELIO, Ángela. *Op. cit.*, p. 208.

infracción. Es más, en la actual redacción del artículo 6 in fine expresamente se reconoce tal posibilidad («También podrá ser sujeto de investigación por el delito de lavado de activos, quien realizó las actividades lícitas generadoras del dinero, bienes, efectos o ganancias»).

También, a través del Acuerdo Plenario N.º 7-2011/CIJ-116 del 6 de diciembre de 2011 (Asunto: Delito de Lavado de Activos y Medidas de Coerción Reales), se apuntó y se dejó constancia de lo siguiente:

3. Agotamiento del delito y lavado de activos 12. La doctrina clásica solía referirse al agotamiento de un hecho punible como una fase del *iter criminis* posterior a la consumación, pero intrascendente para la punibilidad del delito cometido por el agente. Se le calificaba como el hecho de «obtener el injusto provecho» que aquél se propuso. No obstante, su utilidad dogmática se presentó siempre como discutible o fue abiertamente negada⁽¹⁴⁾. **13.** El agotamiento del delito era entendido, pues, como alcanzar materialmente la finalidad que perseguía e impulsó al agente a cometer un hecho punible. En el ámbito de los delitos patrimoniales, de ejecución instantánea e individual, se asociaba al agotamiento con el disfrute de las ganancias ilícitamente obtenidas, incluso a través de las transformaciones de las mismas en otros bienes: compra de inmuebles, vehículos de lujo, etcétera. La posición común de los autores era que esos actos posteriores a la consumación de un hurto, robo o estafa carecían de un significado punitivo distinto al generado por el delito ya consumado. **14.** Sin embargo, el agotamiento deja de ser irrelevante para la dogmática moderna cuando en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1998, se promueve la criminalización autónoma y específica de los actos de lavado de dinero. Tal cambio de perspectiva se sustentó, fundamentalmente, en el hecho cierto de que las ganancias obtenidas ilícitamente se convertían en el capital de organizaciones delictivas, el cual debía ser incautado y, luego,

(14) JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS. *Tratado de Derecho Penal*. T. VII. 2.ª ed. Buenos Aires: Editorial Losada, 1977, pp. 978 y ss.

decomisado como estrategia para debilitar el accionar futuro de tales estructuras criminales o impedir su reinversión en fines ilícitos. A partir, pues, de este antecedente, todo agotamiento del delito deviene en la comisión de un ulterior delito de lavado de activos, (i) sea que se produzca una transformación de las ganancias ilegales provenientes del crimen organizado o que se proceda simplemente a su ocultamiento o traslado físico encubierto; (ii) sea que se disfruten tales ganancias o que solamente se procure asegurar las mismas; (iii) sea que intervenga en ello el propio delincuente generador del ingreso ilegal o que este contrate a terceros para lavar tales recursos y disimular su origen delictivo. 15. Por tanto, el agotamiento, otrora impune y dependiente, se ha transformado hoy en un delito de lavado de activos punible y autónomo. Por consiguiente, es posible —y legalmente necesario— aplicar las medidas de coerción pertinentes a los actos de transformación que se ejecuten con los bienes provenientes de un delito consumado por el mismo agente o por terceros.

Por todo esto, la expresa y literal mención de la punibilidad del autolavado de activos en nuestro ordenamiento jurídico penal desde el 22 de julio de 2007 por medio del Decreto Legislativo N.º 986, debe ser entendido más que una norma regulatoria autoritativa como una mera norma de reconocimiento o aclaratoria, sobreentendiéndose que su punibilidad ya existía desde antes de este expreso reconocimiento. La consideración de la punibilidad del autolavado más que ser considerado como un nuevo tipo penal es un tema que debe ser resuelto dentro del ámbito de la calidad de sujeto activo del delito.

Debe recordarse que el marco normativo supranacional parte del hecho que el delito de lavado de activos es un delito común en el que incluso puede ser cometido por el autolavador, salvo que en forma expresa se excluya su punibilidad por vulnerar principios que conforman el orden del interno. La regla es la punibilidad del autolavado cometido por el autolavador, la excepción es su no punibilidad en tanto haya norma que expresamente lo excluya del círculo de intervinientes.

La punibilidad del autolavado de activos de todas maneras puede sustentarse en la siempre señalada autonomía del lavado de activos con

respecto a la actividad criminal previa que produjo los bienes que son objeto de blanqueo, además de que se fundamentan en bienes jurídicos y hechos distintos, pudiéndose ser sujeto activo del delito subyacente como del delito subsiguiente. Por este motivo, no puede pensarse que la punibilidad del autolavado en nuestro país se encuentra a partir de su expresa mención legal, es decir, desde el día siguiente del 22 de julio de 2007 hacia adelante, para nada, sino desde antes.

Cuando salió publicado en el diario oficial *El Peruano* la Ley N.º 27765 el 27 de junio de 2002, en los tipos penales respectivos o en el desarrollo de la ley, no se hizo mención expresa de la exclusión de punibilidad del autolavador, por lo que, esta persona también podía cometer y ser sujeto activo el delito de lavado de activos aparte del delito fuente, pudiendo blanquear bienes sucios producidos por delitos que no necesariamente tenía que ser el tráfico ilícito de drogas.

Siendo coherentes, igualmente podemos sostener, en esa misma lógica interpretativa, que cuando antes nuestra legislación permitía castigar penalmente el delito de lavado de activos, pero exclusivamente cuando el bien sucio era producido exclusivamente por el tráfico ilícito de drogas y no por otros delitos, igual también se podía imputar y condenar a una misma persona por el autolavado de bienes producido por el narcotráfico sin necesidad de que haya una norma expresa que prevea su punibilidad. En ese sentido, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, por medio del Recurso de Nulidad N.º 1483-2017-Lima del 29 de noviembre de 2017 (Ponente Neyra Flores), sostuvo lo siguiente:

DÉCIMOTERCERO. Advirtiéndose que no se contemplaba la tipificación del autolavado; sin embargo, el Estado peruano ya había suscrito el Convenio de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de mil novecientos ochenta y ocho (Convención de Viena) que establecía: «Todo agotamiento del delito deviene en la comisión de un ulterior delito de lavado de activos [...] sea que intervenga en ello el propio delincuente generador del ingreso ilegal o que este contrate a terceros para lavar tales recursos y disimular su origen delictivo», que fue acogido en el segundo párrafo del fundamento jurídico 14

del Acuerdo Plenario N.º 7-2011/CJ-116. DÉCIMOCUARTO. [...] En consecuencia, los tratados que nos vinculan con el apartado normativo del GAFI y de la ONU deben ser aplicados a nuestro tratamiento de lavado, inclusive antes de la Ley N.º 27765, que fue posterior y la que regula recién la figura del autolavado.

En realidad, somos del parecer que no es necesaria legalmente la expresa mención de la punibilidad del autolavado, porque no cambia nada de lo que antes ya existía, cosa distinta es si el legislador nacional, bajo el argumento de proteger principios y normas rectoras internas, se decida excluir expresamente su punibilidad, situación última que nunca ha existido.

En todo caso la norma que expresó su punibilidad deberá ser asumida e interpretada como una mera norma de reconocimiento y punto. El autolavado no debe ser considerado como un delito nuevo desde el 22 de julio de 2007 en el Perú, sino que el mismo ya era parte integrante de los tipos penales que conforman el lavado de activos desde su incorporación al ordenamiento jurídico penal, por lo que, en realidad la represión del autolavado no depende necesariamente de que haya un precepto legal expreso que así lo afirme⁽¹⁵⁾.

La punibilidad del autolavado debe sustentarse en la consideración de que el delito de lavado de activos debe ser entendido como un delito autónomo, implicando que este no debe encontrarse en situación de subordinación del delito previo, no teniendo las características delictivas de la receptación patrimonial ni del encubrimiento real, no pudiéndosele aplicar el privilegio de impunidad de la receptación (autoreceptación) ni del encubrimiento (autoencubrimiento), como tampoco la excusa absolutoria basada en la causa personal de exclusión de punibilidad. El delito de lavado de activos no ha nacido para mejorar la protección del bien jurídico de la actividad criminal previa, sino para cautelar un interés legítimo distinto e independiente, por lo que, conforme a nuestro ordenamiento jurídico, la regla es, por un lado, la punibilidad del autolavado, así como, por otro lado, la impunidad de la autoreceptación y del autoencubrimiento.

(15) MENDOZA LLAMACPONCCA, Fidel Nicolás. *Op. cit.*, pp. 291 y 292.

Teniendo el lavado de activos un bien jurídico protegido diferente al delito previo, en este caso el orden económico en su manifestación de la libre y leal competencia, no es posible asumir las conductas típicas de lavado por el autolavador como si fueran simple actos de encubrimiento, no implicando además la punibilidad del autolavado como una afectación del derecho a la no incriminación, ni nos encontramos en el supuesto de la inexigibilidad de otra conducta, esto es, con respecto de la persona que habiendo cometido una actividad delictiva anterior no se le podría exigir, como fundamento de su impunidad, el reconocimiento de la comisión del delito ante la justicia penal. La punibilidad del autolavado de activos como un concurso real de delitos no puede ser entendido y equiparado como un acto de autoencubrimiento porque se afecta justamente un bien jurídico independiente y sobre todo con autonomía.

Si llegado el caso, el legislador nacional decidiera suprimir la regla que estable en forma expresa que «también podrá ser considerado autor del delito y por tanto sujeto de investigación y juzgamiento por lavado de activos, quien ejecutó o participó en las actividades criminales generadoras del dinero, bienes, efectos o ganancias», eso no significaría la impunidad del autolavado de activos. Para que el denominado autolavado de activos tenga irrelevancia penal tendría que ponerse en vigencia una cláusula normativa que especifique que el interviniente en el delito subyacente (delito previo generado de la ganancia delictiva) no podrá responder penalmente por su intervención en el delito subsiguiente (delito de lavado de activos).

Para aclarar este debate académico, es pertinente e ilustrativo hacer mención, en términos de derecho comparado, los diversos modelos legislativos rescatados y estudiados por la doctrina nacional, en este caso sobre la determinación del círculo de posibles sujetos activos del delito de lavado de activos y su alcance hacia los intervinientes, como autores o partícipes, en el delito previo⁽¹⁶⁾:

- El sistema alternativo, que se caracteriza por la expresa declaración legislativa de excluir como sujeto activo en el delito de lavado de

(16) *Ibidem*, pp. 292-295.

activos a los que hayan intervenido, como autores o partícipes, en la actividad delictiva previa. Este sistema expresa la no punibilidad o la no represión del autolavado conforme en su determinado momento existió en Argentina e Italia pero que luego fueron derogados, situación jurídica que se mantiene en Alemania y Panamá con sus respectivas cláusulas de reserva.

- El sistema acumulativo, que se caracteriza por la expresa declaración legislativa de que los intervinientes en el delito fuente, sea como autores o partícipes, pueden ser también autores o partícipes del posterior delito de lavado de activos. Este sistema expresa la punibilidad del autolavado conforme existe en España, Chile y Perú.
- El sistema basado en la no declaración explícita, que se caracteriza por no expresar ni punibilidad ni no punibilidad del autolavado, sin embargo, consideramos que esta forma de regulación deber ser necesariamente interpretado conforme al marco normativo supranacional, específicamente con los Convenciones Internacionales sobre el cual tenemos como país la obligación de cumplir, además de considerarse el lavado de activos como un delito autónomo con respecto al delito fuente, común o indeterminado, así como tener un bien jurídico de protección y conducta típica distinta. Si bien la regla será entender que los actos típicos de lavado no podrán ser considerados como actos de agotamiento o hechos posteriores copenados del delito previo por ser un comportamiento independiente y diferente, sin embargo, eso no quiere decir que una actividad criminal previa no pueda tener, en casos concretos, actos de agotamiento o hechos posteriores copenados que se le puedan subsumir conforme al concurso aparente de leyes, siendo por ejemplo los meros actos de uso o disfrute personal de un bien delictivo.

Si bien el **Acuerdo Plenario N.º 7-2011/CIJ-116 del 06 de diciembre de 2011** (asunto: Delito de Lavado de Activos y Medidas de Coerción Reales), asume la punibilidad del autolavado de activos con la consecuencia jurídica que genera la presencia de un concurso real de delitos, sin embargo, al sostenerse que todo agotamiento del delito previo deviene en la comisión de un ulterior delito de lavado de activos, sea que se realice sobre las

ganancias delictivas, entre otros supuestos, un simple acto de ocultamiento o el mero disfrute de tales ganancias, implica desconocer que una actividad delictiva previa puede implicar, en forma inmediata a su comisión, tener la presencia de actos de agotamiento, hechos posteriores copenados o simple comportamientos de consumo que deben serle subsumidas de acuerdo al concurso de leyes penales o unidad de ley que se sustentan en el principio de *non bis in ídem*. Por este motivo no se deben asumir automatismo⁽¹⁷⁾, es decir, conclusiones de que en todos los supuestos sin excepción nos encontraremos frente a un concurso real de delitos.

3.2. La punibilidad específica del autolavado de activos en las modalidades de posesión y utilización: ¿violación del principio del *non bis in ídem* y de proporcionalidad?

Sin perjuicio de lo sostenido en líneas anteriores, debe destacarse que si bien nuestro ordenamiento jurídico admite y permite la punibilidad del autolavado de activos, en términos generales, como una expresión del concurso real de delitos, conforme a la originaria Ley N.º 27765 del 27 de junio de 2002 cuyo reconocimiento expreso fue por medio del Decreto Legislativo N.º 986 del 22 de julio de 2007, Decreto Legislativo N.º 1106 del 19 de abril de 2012, Acuerdo Plenario N.º 3-2010 /CIJ-116 del 16 de Noviembre de 2010 y Acuerdo Plenario N.º 7-2011/CIJ-116 del 06 de diciembre de 2011; sin embargo, es posible matizar y excluir esa posibilidad de punibilidad del autolavado con respecto a ciertas modalidades y verbos rectores del delito de lavado de activos, más aún cuando estos significan simples actos de agotamiento, hechos posteriores copenados, comportamientos de mero disfrute o consumo que deben serle subsumidos en la

(17) *Idem*. Este mismo autor nacional, por medio de la p. 308, sostiene en forma contundente lo siguiente: «Por último, debemos poner énfasis y reiterar que la aplicación del concurso real no puede devenir en automática, antes bien, deberá verificarse en el caso concreto si estamos o no frente a comportamientos de mero aprovechamiento de las ganancias obtenidas por el delito fuente —como lo son los simples actos de consumo— que constituyen su agotamiento. De apreciarse este último supuesto —por ejemplo, al no ser posible establecer razonablemente que los actos típicos se efectuaron con la finalidad de evitar la identificación del origen criminal de los activos— no estaremos ante un concurso real. Aquí el desvalor penal del delito fuente absorberá al de las conductas efectuadas con posterioridad, en aplicación del principio de consunción».

actividad delictiva previa por no encontrarnos frente a la presencia de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico autónomo e independiente.

La problemática de la punibilidad del autolavado, por medio de los verbos típicos de la posesión y utilización, ha sido manifestada por la doctrina española al analizar su legislación, regulación que es muy parecida a la peruana, expresándose de la siguiente manera: «[...] si a la sanción del autoblanqueo se le añade el castigo de la posesión y el uso [...] no solo cometería un nuevo delito el que tiene un cuadro o joya que ha robado y el que usa un coche por él sustraído sino también el que tiene una bufanda de 5 euros que ha hurtado [...] y el que usa un viejo ciclomotor, de muy escaso valor, por él sustraído [...]»⁽¹⁸⁾.

Sustentándose, además, líneas más adelante: «Con todo cabe excluir del tipo tanto la utilización como otra clase de posesiones distintas a las indicadas sobre la base del principio de insignificancia y de una interpretación teleológica que, tomando en consideración el bien jurídico tutelado, exija un menoscabo relevante del orden socioeconómico y la idoneidad de los comportamientos para incorporar capitales ilícitos al tráfico económico»⁽¹⁹⁾.

Así también: «[...] la sola tipificación de la posesión y utilización de los bienes del delito por tercero, como formas de blanqueo —sin más aditivos— sin el desacertado añadido de su posible realización por el propio autor o partícipe del delito origen de los bienes, resulta en sí misma criticable»⁽²⁰⁾.

Esa posibilidad de matización y exclusión se podría presentar, conforme se apunta, en los supuestos de posesión y utilización de los activos contaminados delictivamente (artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1106). Consideramos que si el responsable penalmente del delito fuente,

(18) ABEL SOUTO, Miguel. «Prólogo». En SEOANE PEDREIRA, Alejandro. *El delito de blanqueo de dinero: historia, práctica jurídica y técnicas de blanqueo*. Editorial Navarra: Aranzadi, 2017, p. 20.

(19) *Ibidem*, p. 21.

(20) MATALLIN EVANGELIO, Ángela. «La posesión y utilización de los bienes como formas de blanqueo: excesos punitivos y criterios de corrección». En *V Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero*. Valencia: EGAP y Editorial Tirant lo Blanch, 2018, p. 202.

sea como autor o partícipe, en forma posterior posee o utiliza los activos producidos por la actividad criminal previa cometida por su persona, no debería generar la consumación del delito de lavado de activos en estas modalidades (posesión o utilización), debiendo más bien ser subsumidos o consumidos en el delito antecedente o subyacente, en tanto claro nos encontremos en simples actos de agotamiento, hechos posteriores copenados, como en comportamientos de mero disfrute o consumo, como una suerte de materialización o concretización del agotamiento delictivo, lo que jurídicamente sería como un acto posterior copenado⁽²¹⁾, respuesta que debe existir a fin no poder vulnerar el principio del *non bis in ídem*.

Por tanto, las modalidades delictivas de posesión o utilización en el delito de lavado de activos podrán seguir existiendo en términos de tipicidad penal, sin embargo, la punibilidad del autolavado de activos por posesión o utilización se encontrará supeditada a que con este comportamiento se afecte un bien jurídico autónomo e independiente y no sea un simple hecho posterior copenado o de agotamiento delictual. Obviamente los actos de blanqueo por posesión o utilización también podrán ser invocados para personas ajenas o distintas de las que responderán penalmente por el delito determinante en tanto que con su proceder se afecten un interés jurídico distinto.

Como punto reflexivo y de debate académico, es pertinente hacer mención que si bien, conforme a lo sostenido en líneas anteriores, el delito de lavado de activos es un delito común, pudiéndolo cometer y responder penalmente quien también haya cometido el delito fuente, no encontrándose, como regla general, excluido el autolavador como sujeto activo, supuesto de autolavado que va a generar la presencia de un concurso real de delitos, por encontrarse referido a hechos delictivos cometidos en tiempo y espacio distintos, así como por proteger bienes jurídicos diferenciados, sin embargo, es deber de todo operador jurídico hacer un análisis por cada concreto y específico verbo rector con el fin de determinarse si es o no punible el autolavado de activos, conforme a la valoración y contexto de cómo se presentan

(21) LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. «Blanqueo de Capitales». En *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Madrid: Editorial Dykinson, 2018, p. 511.

los hechos en la realidad, esto es, para todos los casos y sin distinción, no pudiéndonos quedar con la sola generalidad de la aplicación punitiva.

Bajo una línea general, se entiende que el autolavado es punible conforme a las reglas del concurso de real de delitos, sin embargo, he ahí la continuación del debate, es pertinente reflexionar si la punibilidad del autolavado es permisible, sin violar algún principio constitucional y penal, conforme a sus específicos verbos rectores de convertir, transferir, adquirir, utilizar, poseer, guardar, administrar, custodiar, recibir, ocultar, mantener en su poder, transportar o trasladar dentro del territorio nacional o hacer ingresar o salir del país el objeto material del delito.

Como aporte jurisprudencial comparativo de relevancia, es pertinente tener en cuenta lo desarrollado por el Tribunal Supremo español por medio de un criterio corrector finalístico restrictivo de la operatividad del precepto de blanqueo de capitales, con el fin de poderse corregir los posibles y probables excesos que pueden devenir por la punibilidad del autolavado, obviamente bajo la óptica aplicativa e interpretativa del Código Penal español.

Concretamente, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo español, a través de la Sentencia N.º 265/2015 del 29 de abril 2015 y bajo la ponencia del **Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Tourón**, en forma expresa se sustentó en lo siguiente:

BLANQUEO DE CAPITALS. [...] NOVENO.- Admitida la punición del autoblanqueo es necesario delimitar con precisión la conducta típica para evitar supuestos de doble incriminación. En efecto, aunque el ánimo de disfrute de las ganancias no constituya un requisito típico del delito de tráfico de drogas, la obtención de beneficio y ganancias con el mismo, y su ulterior disfrute, integran un binomio de difícil escisión, de modo que la imposición de una pena autónoma por el mero hecho de adquirir, poseer o utilizar las ganancias obtenidas podría infringir la prohibición de doble incriminación. Por ello es necesario precisar que la acción típica sancionada como delito de blanqueo no consiste en el simple hecho de adquirir, poseer o utilizar los beneficios adquiridos sino, como precisa el tipo, en realizar estos u otros actos cuando tiendan a ocultar o encubrir el origen ilícito de las

ganancias. El Código Penal sanciona como blanqueo de capitales aquellas conductas que tienden a incorporar al tráfico legal los bienes, dinero y ganancias obtenidas en la realización de actividades delictivas, de manera que, superado el proceso de lavado de los activos, se pueda disfrutar jurídicamente de ellos sin ser sancionado. En concreto, el art. 301 del Código Penal sanciona como responsable del delito de blanqueo a quien adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquier tercera persona, o realice cualquier otro acto 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. La inclusión en la redacción típica de dos incisos («sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva», «cometida por él o por cualquier tercera persona»), conduce a algunos intérpretes de la norma a estimar, erróneamente, que la finalidad esencial del blanqueo (ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero) solo se predica de *cualquier otro acto*, y no de todas las conductas descritas en el tipo. Desde esta posición se afirma que el mero hecho de poseer o utilizar bienes procedentes de una actividad delictiva, conociendo su procedencia, integra el delito de blanqueo, y se sostiene que el castigo del autoblanqueo constituye una vulneración del principio *non bis in idem*. Pero esta posición no puede considerarse acertada. Para comprender mejor la conducta típica, conviene prescindir transitoriamente de estos dos incisos, y precisar las acciones que configuran el tipo como: el que adquiera, posea, utilice, convierta, transmita o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir el origen ilícito de bienes procedentes de una actividad delictiva [...]. La esencia del tipo es, por tanto, la expresión «con la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito». Finalidad u objeto de la conducta que debe encontrarse presente en todos los comportamientos descritos por el tipo. No nos encontramos, en consecuencia, ante dos grupos de conductas distintas, las de mera adquisición, posesión, utilización conversión o transmisión de bienes procedentes de una actividad delictiva, conociendo su procedencia, y las de realización de cualquier otro acto sobre dichos bienes con el objeto de ocultar o encubrir su origen ilícito, lo que conduciría a una interpretación excesivamente amplia de

la conducta típica, y a la imposibilidad de eludir la vulneración del principio *non bis in idem* en los supuestos de autoblanqueo. Por el contrario, el art 301 CP solo tipifica una modalidad de conducta que consiste en realizar actos encaminados en todo caso a ocultar o encubrir bienes de procedencia delictiva, o a ayudar al autor de esta actividad a eludir la sanción correspondiente. Con esta interpretación, más restrictiva, evitamos excesos, como los de sancionar por autoblanqueo al responsable de la actividad delictiva antecedente, por el mero hecho de adquirir los bienes que son consecuencia necesaria e inmediata de la realización de su delito. O la de considerar blanqueo la mera utilización del dinero correspondiente a la cuota impagada en un delito fiscal, para gastos ordinarios, sin que concurra finalidad alguna de ocultación ni se pretenda obtener un título jurídico aparentemente legal sobre bienes procedentes de una actividad delictiva previa, que es lo que constituye la esencia del comportamiento que se sanciona a través del delito de blanqueo. La finalidad de encubrir u ocultar la ilícita procedencia de los bienes o ayudar a los participantes del delito previo, constituye, en consecuencia, un elemento esencial integrante de todas las conductas previstas en el art. 301.1 CP. Esta conclusión se justifica porque el blanqueo pretende incorporar esos bienes al tráfico económico legal y la mera adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión constituye un acto neutro que no afecta por sí mismo al bien jurídico protegido.

Una salida interesante asumida por el Tribunal Supremo español, en este caso como una medida de corrección judicial con la finalidad de poderse limitar la aplicación e interpretación de la punibilidad del autolavado, exigiéndose para todos sus casos y modalidades la probanza de la finalidad de ocultar o encubrir su origen ilícito.

Sin embargo, luego de su aplauso, también han existido posiciones académicas que la han discrepado por contravenir el principio de legalidad penal, en la que, en todo caso, con esta misma regulación, es posible sugerir la no aplicación del autolavado por medio del respeto de principios penales, como el de insignificancia y del *non bis in idem*. Así se ha dicho que:

[...] bien mediante la propuesta de supresión del precepto, atendiendo a la escasa ofensividad de algunas de las conductas autoblanqueadoras; bien propiciando la no aplicación del autoblanqueo por vulneración de otros principios, como el *ne bis in ídem*, especialmente en los supuestos de posesión y utilización de los bienes derivados del propio delito, que por formar parte de la dinámica comisiva del delito precedente (consumación/agotamiento) no deben ser objeto de sanción independiente (actos copenados)⁽²²⁾.

Aplicando y aterrizando al caso peruano esta última posición académica, debemos decir que si bien tenemos regulado, conforme al artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1106 modificado a través del Decreto Legislativo N.º 1249, bajo la nomenclatura de ocultamiento o tenencia, modalidades de lavado de activos en la que no se exige la presencia y probanza de la finalidad de evitar la identificación de su origen, incautación o decomiso, bastando solo la acreditación de sus verbos rectores (adquirir, utilizar, poseer, ocultar, recibir, guardar, custodiar, administrar, mantener en su poder), para los casos de autolavado es posible su limitación y restricción interpretativa, aunque no su eliminación, haciéndose uso de los principios penales de lesividad, proporcionalidad y *non bis in ídem*, más aún para los supuestos de posesión y utilización que sean intrascendentes o que no signifiquen la afectación de un bien jurídico autónomo e independiente con respecto al que corresponde al de la actividad criminal previa. Las simples posesiones o utilizations de un bien delictivo que significan en el caso en concreto hechos posteriores copenados o de simple agotamiento deberán ser consumidas en el delito determinante.

No sabemos si de forma «consciente» o «inconsciente»; sin embargo, la Corte Suprema Nacional, a través de la **Sentencia Plenaria Casatoria N.º 1-2017/CIJ-433 del 11 de octubre de 2017** (asunto: Alcances del delito de lavado de activos: artículo 10 del Decreto Legislativo N.º 1106, modificado por el Decreto Legislativo N.º 1249; y, estándar de prueba

(22) MATALLÍN EVANGELIO, Ángela «La posesión y utilización de los bienes como formas de blanqueo: excesos punitivos y criterios de corrección». En: Compliance y prevención de delitos de corrección. Directora Ángela Matallín Evangelio. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia – España, 2018, p. 216.

para su persecución procesal y condena), ha establecido la importancia del elemento finalístico, adicional al dolo, de evitar la identificación de su origen, incautación o decomiso para todos los supuestos y cada una de las modalidades concretas típicas de lavado (conversión y transferencia; ocultamiento y tenencia; transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional), de la siguiente manera:

21. En atención a lo expuesto, para la condena de un delito de lavado de activos, como para cualquier otro, es necesaria la convicción más allá de toda duda razonable, basada en parámetros objetivos y racionales, de que concurren todos y cada uno de los elementos del delito: (i) una actividad criminal previa idónea para generar determinados activos —según lo establecido en los fundamentos jurídicos precedentes—; (ii) **la realización de actos de conversión y transferencia, o actos de ocultamiento y tenencia, o de actos de transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional;** y, (iii), **subjctivamente**, tanto el conocimiento directo o presunto de la procedencia ilícita del activo (dolo directo o eventual) —sin que este conocimiento sea preciso o detallado en todos sus pormenores del origen delictivo de los activos, pues basta la conciencia de la anormalidad de la operación a realizar y la razonable inferencia de que procede de una actividad criminal—, **cuanto de la realización de los actos de lavado con la finalidad u objetivo de evitar la identificación, la incautación o el decomiso —es, por ello, un elemento subjetivo especial distinto del dolo, específicamente, es un delito de tendencia interna trascendente o delito de intención—** [énfasis agregado].

3.3. La punibilidad del autolavado de activos a partir de su reconocimiento legal expreso conforme a la doctrina jurisprudencial de la corte suprema para el derecho penal peruano: la ley N.º 27765 modificada por el decreto legislativo N.º 986, como una norma regulatoria que recién incorpora expresamente la punibilidad del autolavado de activos

En un primer momento la Corte Suprema nacional entendió que la punibilidad del autolavado de activos era desde el momento de su re-

conocimiento legal expreso, es decir, con la modificatoria que recibió la Ley N.º 27765 del 27 de junio de 2002 a través del Decreto Legislativo N.º 986 del 22 de julio de 2007. En ese sentido, se entendían que los hechos cometidos antes de que entrara en vigor los efectos de Decreto Legislativo N.º 986, eran actos impunes en lo que se refería al autolavado de activos, en tanto que si se decidirá castigarlo penalmente implicaría vulnerar los principios de legalidad e irretroactividad de la ley penal.

Por tanto, el desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema nacional que entendía que la punibilidad del autolavado de activos era a partir de la vigencia de la modificación de la Ley N.º 27765 a través del Decreto Legislativo N.º 986⁽²³⁾, fue la siguiente:

— La Sala Penal de la Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, por medio del Recurso de Nulidad N.º 3657-2012-Lima del 26 de marzo de 2014 (Ponente Alvarado Barrios), sostuvo lo siguiente:

3.I.7. Que, en ese ámbito, acorde a la tesis inculpativa del representante del Ministerio Público, como se desprende de la acusación fiscal [...], se tipificaron los hechos atribuidos al inculpado Carlos Alberto Lam Rodríguez, en el delito de lavado de activos, previsto por la Ley N.º 27765 (Ley Penal contra el **Lavado de Activos**), del 27 de junio de 2002, cuya redacción original del artículo uno —actos de conversión y transferencia— reprimía a [...], señalándose en el último

(23) En la doctrina nacional, MENDOZA LLAMACPONCCA, Fidel Nicolás. «Discusión en torno al autolavado y problemática sobre la actuación de los abogados frente al lavado de activos». En *El delito de lavado de activos*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica - Gaceta Penal y Procesal Penal, 2018, pp. 313-314, discrepa de esta Ejecutoria Suprema por lo siguiente: «Desde nuestra perspectiva, además de discrepar con la posición adoptada por la Sala, dado las razones que hemos ya expuesto, es llamativo que esta exprese que [...] la redacción del texto original de la Ley N.º 27765, describía como conducta típica que, en los actos de lavado de activos, solo intervienen como autores, personas ajenas a los actos que generan el capital o los bienes ilegales. Lo cual no se ajusta ni explícita ni implícitamente al contenido de la ley aludida, dado que dicho texto original solo se limitó a describir las conductas inculpativas —de conversión y transferencia o de ocultamiento y tenencia— **sin hacer alusión alguna a que, en estas, solo pudieren intervenir como autores «personas ajenas» al delito fuente**. Lo cual puede claramente apreciarse del texto original de los arts. 1 y 2 de la Ley Penal contra el Lavado de Activos, Ley N.º 27765 (del 27/06/2002), razón adicional para discrepar de dicha resolución».

párrafo del artículo tercero de la citada norma que «la pena será privativa de libertad no menor de veinticinco años cuando los actos los actos de conversión o transferencia se relacionen con dinero, bienes, efectos o ganancias provenientes del tráfico ilícito de drogas, el terrorismo o narcoterrorismo»; marco legal que en este último extremo fue modificado en cuanto a su punición por la Ley N.º 28355, del 6 de octubre de 2004, y luego modificado el dispositivo legal mediante el Decreto Legislativo N.º 986, publicado el 22 de julio de 2007, que incorporó a nuestra legislación nacional la posibilidad de que el agente generador del delito fuente pueda ser también investigado por el delito de lavado de activos (autolavado), contemplado en el artículo seis de dicho dispositivo legal. 3.1.8. Que, conforme a la redacción del texto original de la Ley N.º 27775 (Ley Penal contra el lavado de activos), describía como conducta típica que en los actos de **lavado de activos**, solo intervienen como autores, personas ajenas a los actos que generan el capital o los bienes ilegales, no habiendo previsto el legislador el autolavado a cargo del agente de comisión del delito fuente, que recién fue incorporado con la modificación dispuesta por el Decreto Legislativo N.º 986, del 22 de julio de 2007; que, en el presente caso se atribuye al imputado Carlos Alberto Lam Rodríguez, haber realizado actos de lavado de activos, provenientes del delito de Tráfico Ilícito de Drogas, pese a que fue condenado por este último ilícito, mediante Sentencia N.º 7639, del 1 de febrero de 2010, a veintidós años de pena privativa de libertad, ratificada mediante Ejecutoria Suprema N.º 8200, del 22 de setiembre de 2010; de lo cual, se tiene que el reproche penal esgrimido por el Ministerio Público en contra del encausado Lam Rodríguez que los actos de lavado de activos se habrían configurado entre los años 1998, 2002 y 2003, previstos en el texto original de la Ley N.º 27765, no poseen homologación en dicha descripción legal de la hipótesis delictiva materia de imputación, pues no era perseguible penalmente, ni se encontraba sancionado penalmente al momento de su comisión, que el proceder en contrario, implicaría vulnerar los principios de legalidad e

irretroactividad de la Ley Penal, previstos por el artículo 2, inciso 24, parágrafo d), de la Constitución Política del Estado, y el artículo 6 del Código Penal. 3.1.9. Que, en la misma línea, cabe precisar que la figura del autolavado de activos, recién fue incorporada como modalidad delictiva en la modificación a la Ley de Lavado de Activos dispuesta por el Decreto Legislativo N.º 986, publicado el 22 de julio de 2007, que no resulta aplicable al caso; asimismo, si bien el fundamento catorce, del Acuerdo Plenario N.º 3-2010/CJ-116, del 16 de noviembre de 2010, hace mención al autolavado de activos, se ciñó a la actual redacción de la Ley de lavado de activos, contemporánea a la emisión de dicha doctrina jurisprudencial, no haciendo mención expresa que ello también hubiese sido considerado por la redacción original de dicho dispositivo legal; lo que tampoco ha sido señalado por el Acuerdo Plenario N.º 7-2011/CJ-116, del 6 de diciembre de 2011, como se postula en los agravios de los recurrentes, por lo que no son de recibo; que, de este modo, la conducta que habría desplegado dicho encausado resulta atípica; que, por ello, este extremo de la sentencia resulta arreglado al mérito de lo actuado y a Ley».

3.4. La punibilidad del autolavado de activos desde antes de su reconocimiento legal expreso conforme a la doctrina jurisprudencial de la corte suprema para el derecho penal peruano: la ley N.º 27765 modificada por el decreto legislativo N.º 986, como una mera norma que reconoce la punibilidad del autolavado de activos desde su inicio

La doctrina jurisprudencial que viene desarrollando la Corte Suprema nacional a la fecha, sin perjuicio de lo señalado en el numeral anterior, es asumir que el delito de lavado de activos es un delito común en el que inclusive podrá responder penalmente por este delito, sea como autor o partícipe, quien haya cometido también la actividad delictiva previa que, como autor o partícipe, produjo la ganancia que es objeto de blanqueo, trayendo como consecuencia la presencia de un concurso real de delitos.

Este desarrollo jurisprudencial que entiende que el autolavador responde penalmente tanto por el delito fuente como por el posterior lavado de activos, asume que la punibilidad del autolavado de activos no es desde su reconocimiento legal expreso (2007), sino desde antes (2002). Si bien la originaria ley penal de lavado de activos, en este caso la Ley N.º 27765 del 27 de junio de 2002, fue modificado a través del Decreto Legislativo N.º 986 del 22 de julio de 2007, en el que se prevé en forma expresa la punibilidad del autolavado, se interpreta que esta norma modificatoria es más una norma de reconocimiento o de precisión que una norma de tipo regulatoria, bajo el entendido que la punibilidad del autolavado es desde el inicio de la vigencia de la Ley N.º 27765 y no en forma posterior, por lo que, si se decide castigar penalmente estos hechos no implicaría vulnerar los principios de legalidad ni de irretroactividad de la ley penal.

De acuerdo con esta línea jurisprudencial, se deja sentado que la punibilidad del autolavado de activos nunca fue excluida ni prohibida para el responsable del delito fuente, nunca se señaló en norma expresa que para la comisión del delito de lavado de activos no podía intervenir quien había cometido el delito fuente, sea como autor o partícipe, además de tratarse de delitos que por su autonomía protegen bienes jurídicos distintos y diferenciados.

Por tanto, el desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema nacional que entiende que la punibilidad del autolavado de activos es desde la vigencia de la Ley N.º 27765 y no con su modificatoria y reconocimiento expreso producido por medio del Decreto Legislativo N.º 986, convalidándose sentencias condenatorias por autolavado de activos por hechos anteriores a julio de 2007, son las siguientes:

- La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, por medio del Recurso de Nulidad N.º 2202-2003-Callao del 26 de mayo de 2004 (Ponente Alvarado Barrios).
- La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, por medio del Recurso de Nulidad N.º 3744-2003-Callao del 20 de abril de 2004 (Ponente Alvarado Barrios).

La punibilidad del autolavado de activos en el marco normativo supranacional...

- La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, por medio del Recurso de Nulidad N.º 1882-2006- Lima del 06 de agosto de 2007 (Ponente Príncipe Trujillo).
- La Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, por medio del Recurso de Nulidad N.º 1052-2012- Lima del 15 de enero de 2013 (Ponente San Martín Castro).
- La Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, por medio del Recurso de Nulidad N.º 1881-2014-Lima del 30 de setiembre de 2015 (Ponente San Martín Castro).
- La Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, por medio del Recurso de Nulidad N.º 2868-2014-Lima del 27 de diciembre de 2016 (Ponente San Martín Castro).
- La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, por medio del Recurso de Nulidad N.º 1483-2017-Lima del 29 de noviembre de 2017 (Ponente Neyra Flores).
- La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, por medio del Recurso de Nulidad N.º 2791-2017-Nacional del 17 de octubre de 2018 (Ponente Príncipe Trujillo).
- La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, por medio del Recurso de Nulidad N.º 1403-2017-Lima del 04 de abril de 2018 (Ponente Sequeiros Vargas).

IV. LA PUNIBILIDAD DEL AUTOBLANQUEO DE CAPITALS EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL: EL RECONOCIMIENTO LEGAL EXPRESO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 301 DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL MODIFICADO A TRAVÉS DE LA LEY ORGÁNICA N.º 5/2010 DEL 22 DE JUNIO DE 2010

El vigente artículo 301 del Código Penal español modificado por medio de la Ley Orgánica N.º 5/2010 del 22 de junio de 2010, se encuentra regulado de la siguiente manera:

1. El que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, **cometida por él o por cualquiera tercera persona**, o realice cualquier otro acto 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, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes [...] [el subrayado y negreado es nuestro].

Sin embargo, previo a esta modificatoria que expresa la punibilidad del autoblanqueo de capitales para el Derecho Penal español, el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo del 18 de julio de 2006 decidió tomar la siguiente posición: «El artículo 301 del Código Penal no excluye, en todo caso, el concurso real con el delito antecedente».

Previo o antes a la reforma producida en la legislación penal española en el 2010, nunca ha existido una normatividad expresa que haya podido excluir, como sujeto activo del delito de blanqueo de capitales, al interviniente en la actividad delictiva previa, más aún que el tipo penal siempre se ha encontrado redactado, en cuanto a sujeto activo se refiere, en forma amplia. El autoblanqueo español siempre tuvo relevancia penal, independientemente a su explicitación normativa, en términos de interpretación, en el 2010, generando la presencia de dos delitos por medio del concurso real de delitos, no existiendo una aplicación retroactiva desfavorable de la ley penal.

A diferencia de lo comentado para el blanqueo de capitales, en el Código Penal español al regular los delitos de receptación y encubrimiento, sí se encuentra expresamente señalado que el interviniente en los delitos previos no podrá cometer tales delitos. Así:

Artículo 298. 1. El que, con ánimo de lucro y con conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico, **en el que no haya intervenido ni como autor ni como cómplice**, ayude a los responsables a aprovecharse de los

efectos del mismo, o reciba, adquiera u oculte tales efectos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años. [...] **Artículo 451.** Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años el que, con conocimiento de la comisión de un delito **y sin haber intervenido en el mismo como autor o cómplice, interviniere con posterioridad a su ejecución**, de alguno de los modos siguientes: 1.º Auxiliando a los autores o cómplices para que se beneficien del provecho, producto o precio del delito, sin ánimo de lucro propio. 2.º Ocultando, alterando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos de un delito, para impedir su descubrimiento [...] [el subrayado y negreado es nuestro].

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABEL SOUTO, Miguel. «Blanqueo de dinero, reformas penales de 2015, secreto bancario y paraísos fiscales». En *Derecho penal económico y derechos humanos*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2018.
- ABEL SOUTO, Miguel. «Prólogo». En SEOANE PEDREIRA, Alejandro. *El delito de blanqueo de dinero: historia, práctica jurídica y técnicas de blanqueo*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2017.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. «Blanqueo de Capitales». En *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Madrid: Dykinson, 2018.
- MATALLÍN EVANGELIO, Ángela. «La posesión y utilización de los bienes como formas de blanqueo: excesos punitivos y criterios de corrección». En MATALLÍN EVANGELIO, Ángela (Dir.). *Compliance y prevención de delitos de corrección*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 199.
- MATALLÍN EVANGELIO, Ángela. «La posesión y utilización de los bienes como formas de blanqueo: excesos punitivos y criterios de corrección». En *V Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero*. Valencia: EGAP y Tirant lo Blanch, 2018.
- MENDOZA LLAMACPONCCA, Fidel Nicolás. «Discusión en torno al autolavado y problemática sobre la actuación de los abogados frente al lavado de activos». En *El delito de lavado de activos*. Lima: Gaceta Jurídica, 2018.

SEOANE PEDREIRA, Alejandro. «El delito de blanqueo de dinero: historia, práctica jurídica y técnicas de blanqueo». Navarra: Editorial Aranzadi, 2017.

VI. ANEXOS

LA ESTRUCTURA TÍPICA DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS EN EL DERECHO PENAL PERUANO

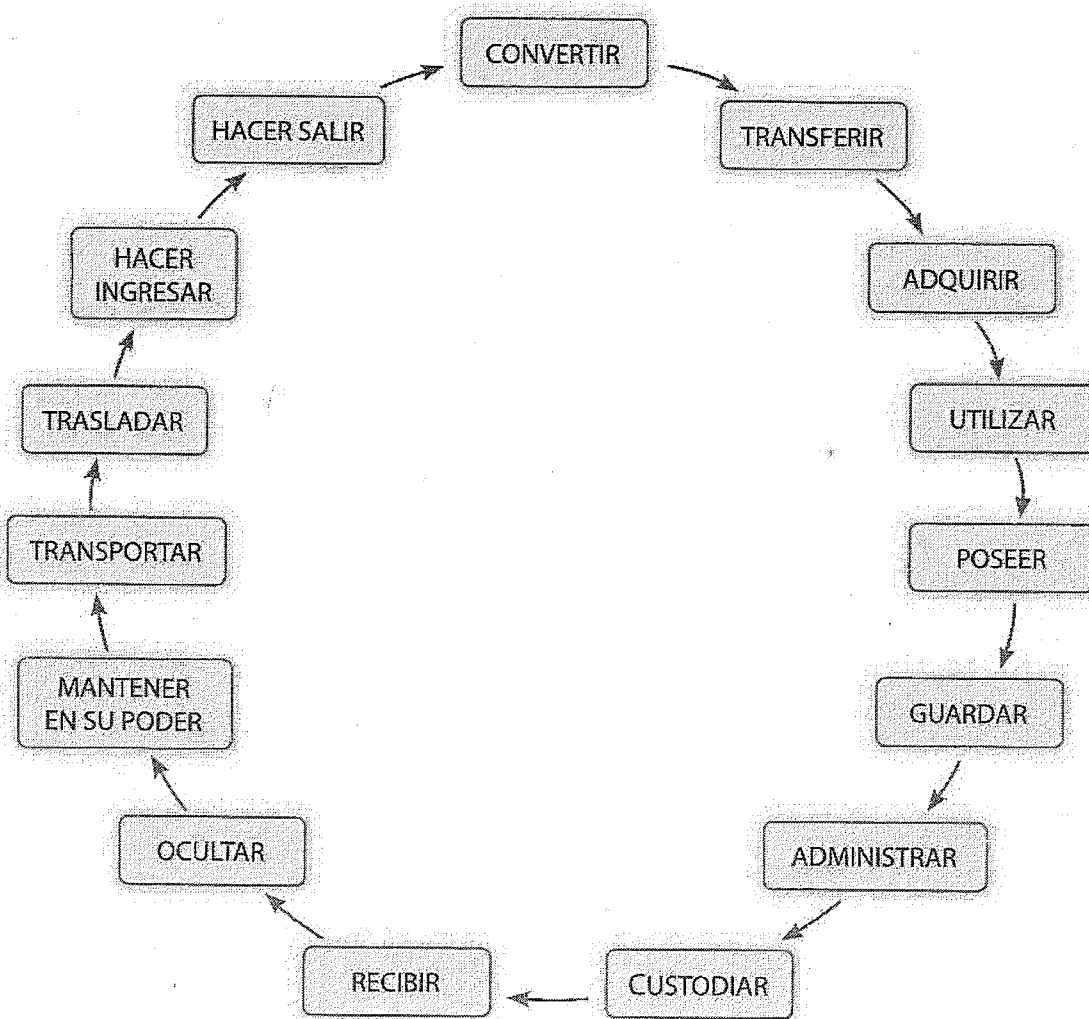
LAVADO DE ACTIVOS		ACTOS DE CONVERSIÓN Y TRANSFERENCIA	ACTOS DE OCULTAMIENTO Y TENENCIA	TRANSPORTE, TRASLADO, INGRESO O SALIDA POR TERRITORIO NACIONAL DE DINERO O TÍTULOS VALORES DE ORIGEN ILÍCITO
TIPO OBJETIVO	BIEN JURÍDICO PENAL	El sistema económico-financiero y el correcto funcionamiento de la administración de justicia.	El sistema económico-financiero y el correcto funcionamiento de la administración de justicia.	El sistema económico-financiero y el correcto funcionamiento de la administración de justicia.
	SUJETO ACTIVO	Cualquier persona natural por ser un tipo penal común o impersonal.	Cualquier persona natural por ser un tipo penal común o impersonal.	Cualquier persona natural por ser un tipo penal común o impersonal.
	SUJETO PASIVO	El Estado representado por medio de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Lavado de Activos y Procesos de Pérdida de Dominio.	El Estado representado por medio de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Lavado de Activos y Procesos de Pérdida de Dominio.	El Estado representado por medio de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Lavado de Activos y Procesos de Pérdida de Dominio.
	IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL COMPORTAMIENTO TÍPICO (DESVALOR DE LA ACCIÓN)	Convertir o transferir dinero, bienes, efectos o ganancias (activos) generadas por una actividad criminal previa (delito fuente).	Adquirir, utilizar, poseer, guardar, administrar, custodiar, recibir, ocultar o mantener en poder dinero, bienes, efectos o ganancias (activos) generadas por una actividad criminal previa (delito fuente).	Transportar o trasladar consigo o por cualquier medio dentro del territorio nacional dinero en efectivo o instrumentos financieros negociables emitidos «al portador» (activos) generados por una actividad criminal previa (delito fuente). Hacer ingresar o salir del país consigo o por cualquier medio el dinero en efectivo o instrumentos financieros negociables emitidos «al portador» (activos) generados por una actividad criminal previa (delito fuente).

La punibilidad del autolavado de activos en el marco normativo supranacional...

	<p>OBJETO MATERIAL DEL DELITO U OBJETO SOBRE EL CUAL RECAE LA CONDUCTA TÍPICA</p>	<p>El dinero, bienes, efectos o ganancias (activos) generadas por una actividad criminal previa (delito fuente), que serán luego objeto de una operación de conversión o transferencia.</p>	<p>El dinero, bienes, efectos o ganancias (activos) generadas por una actividad criminal previa (delito fuente), que serán luego objeto de una operación de adquirir, utilizar, poseer, guardar, administrar, custodiar, recibir, ocultar o mantener en poder.</p>	<p>El dinero en efectivo o instrumentos financieros negociables emitidos «al portador» (activos) generados por una actividad criminal previa (delito fuente), que serán luego objeto de una operación de transporte o traslado consigo o por cualquier medio dentro del territorio nacional. El dinero en efectivo o instrumentos financieros negociables emitidos «al portador» (activos) generados por una actividad criminal previa (delito fuente), que serán luego objeto de una operación de hacer ingresar o salir del país consigo o por cualquier medio.</p>
<p>TIPO SUBJETIVO</p>	<p>DOLO</p>	<p>El agente conoce y quiere realizar la conversión o transferencia del dinero, bienes, efectos o ganancias generadas u originadas por una actividad criminal previa (El agente conoce y quiere realizar todos los elementos que conforman el tipo objetivo, siendo que el actuar doloso debe abarcar la imputación del comportamiento). El agente debía presumir la conversión o transferencia del dinero, bienes, efectos o ganancias generadas u originadas por una actividad criminal previa (El agente debía presumir todos los elementos que conforman el tipo objetivo, siendo que el actuar doloso debe abarcar la imputación del comportamiento).</p>	<p>El agente conoce y quiere adquirir, utilizar, poseer, guardar, administrar, custodiar, recibir, ocultar o mantener en poder dinero, bienes, efectos o ganancias generadas u originadas por una actividad criminal previa (El agente conoce y quiere realizar todos los elementos que conforman el tipo objetivo, siendo que el actuar doloso debe abarcar la imputación del comportamiento). El agente debía presumir el adquirir, utilizar, poseer, guardar, administrar, custodiar, recibir, ocultar o mantener en poder dinero, bienes, efectos o ganancias generadas u originadas por una actividad criminal previa (El agente debía presumir todos los elementos que conforman el tipo objetivo, siendo que el actuar doloso debe abarcar la imputación del comportamiento).</p>	<p>El agente conoce y quiere realizar el transporte o traslado consigo o por cualquier medio, dentro del territorio nacional, el dinero en efectivo o instrumentos financieros negociables emitidos «al portador» (activos) generados por una actividad criminal previa (delito fuente); el agente debía presumir el transporte o traslado consigo o por cualquier medio, dentro del territorio nacional, el dinero en efectivo o instrumentos financieros negociables emitidos «al portador» (activos) generados por una actividad criminal previa (delito fuente). El agente conoce y quiere hacer ingresar o salir del país consigo o por cualquier medio el dinero en efectivo o instrumentos financieros negociables emitidos «al portador» (activos) generados por una actividad criminal previa (delito fuente); El agente debía presumir el hacer ingresar o salir del país consigo o por cualquier medio el dinero en efectivo o instrumentos financieros negociables emitidos «al portador» (activos) generados por una actividad criminal previa (delito fuente).</p>

	<p>TENDENCIA INTERNA TRAS-CENDENTE O FINALIDAD DELICTIVA</p>	<p>El agente debe tener el propósito o finalidad de evitar la identificación de su origen, incautación o decomiso del dinero, bienes, efectos o ganancias (activos) generados por una actividad criminal previa (delito fuente).</p>	<p>El agente debe tener el propósito o finalidad de evitar la identificación de su origen, incautación o decomiso del dinero en efectivo o instrumentos financieros negociables emitidos «al portador» (activos) generados por una actividad criminal previa (delito fuente).</p>
--	---	--	---

VERBOS RECTORES DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS EN EL DERECHO PENAL PERUANO



UNIDAD 7

DELITOS RELATIVOS A LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y EL URBANISMO

Competencias

- Analizar el estado actual de los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo en el código penal español, y su incidencia en la sociedad española.

PRIMERA LECTURA

Del Rosal Blasco, B. (2022). Delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo. En Del Rosal Blasco, B. (Coord.). Derecho Penal de Sociedades Mercantiles (pp. 594-617). Navarra, España. Thomson Reuters Aranzadi.

Aunque la apariencia física de la ciudad y su funcionamiento hayan constituido el objeto tradicional de urbanismo, hoy en día se han incorporado a su objeto de atención los procesos de adopción de otras muchas decisiones de alto valor y contenido social y económico. En esta lectura, se analizan críticamente las principales infracciones de legalidad urbanística.

Derecho Penal de Sociedades Mercantiles

BERNARDO DEL ROSAL BLASCO
(COORDINADOR)

BERNARDO DEL ROSAL BLASCO
FERNANDO ADAME GARCÍA
ÍNIGO SEGRELLES DE ARENAZA
NATALIA GARCÍA SALGUERO
FRANCISCO MENA VELA
MARÍA PÉREZ CALVO
JOSÉ IGNACIO GOMARA DÍEZ
ANDRÉS FALCETO RODAL

INCLUYE LIBRO
ELECTRÓNICO
**THOMSON REUTE
PROVIEW™**

THOMSON REUTERS
ARANZADI

BERNARDO DEL ROSAL BLASCO

*Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Alicante
Abogado-Socio de Del Rosal, Adame & Segrelles Abogados
(Coordinador)*

DERECHO PENAL DE SOCIEDADES MERCANTILES

AUTORES

BERNARDO DEL ROSAL BLASCO NATALIA GARCÍA SALGUERO
*Catedrático de Derecho Penal Abogada en Del Rosal,
Universidad de Alicante Adame & Segrelles Abogados
Abogado-Socio de Del Rosal,
Adame & Segrelles Abogados*

FERNANDO ADAME GARCÍA FRANCISCO MENA VELA
*Abogado-Socio de Del Rosal, Abogado en Del Rosal,
Adame & Segrelles Abogados Adame & Segrelles Abogados*

ÍÑIGO SEGRELLES DE ARENAZA MARÍA PÉREZ CALVO
*Profesor Titular de Derecho Penal Abogada en Del Rosal,
Universidad Complutense de Madrid Adame & Segrelles Abogados*

JOSÉ IGNACIO GOMARA DÍEZ
*Abogado-Socio de Del Rosal, Abogado en Del Rosal,
Adame & Segrelles Abogados Adame & Segrelles Abogados*

ANDRÉS FALCETO RODAL
Abogado en Del Rosal, Adame & Segrelles Abogados

THOMSON REUTERS

ARANZADI

Primera edición, 2022



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

© 2022 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Bernardo del Rosal Blasco (Coord.) y otros]

© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

Editorial Aranzadi, S.A.U.

Camino de Galar, 15

31190 Cizur Menor (Navarra)

ISBN: 978-84-1390-820-5

DL NA 141-2022

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

acuerdo con su capacidad económica y de facilitar el decomiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido.

Consecuentemente, el Legislador aclara que la suspensión no se concederá cuando conste que el penado ha facilitado información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio.

En segundo lugar, el Legislador traslada una orden a los jueces y tribunales, disponiendo expresamente que éstos revocarán la suspensión y ordenarán la ejecución de la pena, además de en los supuestos del art. 86 CP, cuando el penado no dé cumplimiento al compromiso de pago de la deuda tributaria o con la Seguridad Social, al de reintegro de las subvenciones y ayudas indebidamente recibidas o utilizadas, o al de pago de las responsabilidades civiles, siempre que tuviera capacidad económica para ello, o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio.

En esta ocasión, se elimina la facultad discrecional de los jueces y tribunales en orden a decidir sobre la suspensión de la pena de prisión en los casos en los que no se haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, llegando incluso al extremo de disponer que, en estos casos, el juez de vigilancia penitenciaria podrá denegar la concesión de la libertad condicional.

3. DELITOS RELATIVOS A LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y EL URBANISMO*

3.1. Introducción

Advierte FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, en las primeras páginas de un breve pero inteligente Manual de Derecho urbanístico¹¹³⁶, que aunque etimológicamente el término *urbanismo* nos remite, inmediatamente, a lo que es propio de la ciudad y, por tanto, podría limitar su objeto al de la ordenación de la misma, lo cierto es que, especialmente a partir de la II Guerra Mundial, las tensiones que sacuden la vida urbana y todo lo que ocurre en el interior de la ciudad es una función de los fenómenos que tienen lugar fuera de ella, en su entorno inmediato, y en el contexto general del país.

De modo que, aunque la apariencia física de la ciudad y su funcionamiento hayan constituido el objeto tradicional del urbanismo, hoy en día, éste ha incorporado a su objeto de atención los procesos de adopción de otras muchas decisiones de alto valor y contenido social y económico, incluyendo, últimamente, las que tienen que ver con la llamada *sostenibilidad*, es decir, con la necesidad de conservación de unas razonables condiciones medioambientales y de preservación de los escasos recursos naturales, sin renunciar, por ello, al progreso.

* A cargo de **Bernardo del Rosal Blasco**.

1136. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R.: *Manual de Derecho urbanístico*, 26.^a ed., Cizur Menor, 2019, pág. 20.

Luego, tomando el suelo como su eje operativo, el urbanismo contemporáneo se debe de ocupar, desde una perspectiva global e integradora, de todo lo que tiene que ver con las relaciones del hombre y el medio en el que éste desarrolla su vida, garantizándole al individuo el disfrute de una serie de condiciones vitales y derechos que, en este ámbito, le corresponden y que se vinculan a parcelas tan esenciales a su existencia como lo son las posibilidades de acceder a una vivienda digna o a disfrutar de un medio ambiente y un entorno seguro, adecuado y saludable¹¹³⁷.

En estos términos, no hace falta insistir mucho en la importancia que, para nuestra vida cotidiana, tienen el conjunto de decisiones políticas y legales que se adoptan en el ámbito urbanístico, porque la vida que un individuo desarrolla, lo que tiene facilidad para hacer o para llevar a cabo, o lo que le es imposible realizar, tiene mucho que ver, directa o indirectamente, con esas decisiones –buenas, malas o regulares– que se adoptan por los poderes públicos responsables de la materia urbanística. Dónde puede una persona y su familia residir, dónde puede llevar a sus hijos al colegio, dónde puede trabajar, dónde puede recibir ella y su familia atención sanitaria, dónde puede realizar sus compras y qué compras puede realizar, dónde y cómo puede desarrollar su tiempo de ocio, dónde y cómo puede viajar o desplazarse, qué posibilidades tiene de ser víctima de un delito o de una catástrofe natural, etc., son, en unos casos, decisiones y, en otros, consecuencias que un individuo deberá de ir adoptando o soportando en función de los medios y recursos que la ejecución del diseño urbano y territorial hayan puesto a su alcance. Como ha señalado la STS n.º 59/2012, de 21 de junio, *“en el urbanismo se encierra nada más y menos, que el equilibrio de las ciudades y de los núcleos de población en general y como el concepto de ciudad es abstracto, también incorpora el equilibrio físico y psíquico de las personas que en ellas viven: la armonía, la convivencia, las exigencias inexcusables de la ecología, de la naturaleza y del hombre, que tiene que coexistir buscando el ser humano el equilibrio mismo con el medio ambiente que le rodea y en el que vive. La humanidad, inmersa en sus exigencias respecto al modo de vivir de todos, al ‘habitat’ de cada uno, que, sin dejar de ser titular, de ese inmueble o parte de él, también afecta a todos los demás ciudadanos, ha tomado ya conciencia del problema. Todo ello exige unos planes y el sometimiento*

1137. Hay que tener en cuenta que la reforma de la LO 5/2010, modificó que modifica la rúbrica originaria del capítulo I del título XVI del libro II, “De los delitos sobre la ordenación del territorio” por la de “De los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”. Como ha explicado PAREJO ALFONSO (en GARCIA DE ENTE-RRÍA, E. y PAREJO ALFONSO, L.: *Lecciones de Derecho urbanístico*, 2.ª ed., Madrid, 1981), “la distinción básica entre los dos subsistemas de planeamiento territorial, el de la ordenación del territorio y el del urbanismo, es la siguiente: el de la ordenación del territorio está abocado a las grandes magnitudes, las decisiones básicas condicionantes de la estructura del territorio y dirigidas preferentemente a la coordinación de las Administraciones; El del urbanismo está referido a la ordenación local, con contenido precios y eficacia vinculante total, incluso para los particulares”. No obstante, aquí utilizaremos el término *urbanismo* para referirnos, indistintamente, a los dos subsistemas del planteamiento territorial.

riguroso a unas normas. Con el sistema se pone en juego nuestro porvenir. Por ello es un acto muy grave que las normas que se han establecido pensando en la justicia, en la certeza y en el bien común, después, mediante actos injustos, se incumplan”.

Precisamente porque el urbanismo, en última instancia, también debe incorporar, en el diseño y desarrollo de las ciudades y de los núcleos de población, el equilibrio físico y psíquico de las personas que los habitan, es decir, la armonía, la convivencia, las exigencias inexcusables de la ecología, de la naturaleza y del hombre, que tiene que coexistir buscando el ser humano el equilibrio mismo con el medio ambiente que le rodea y en el que vive, es por lo que le concierne el reconocimiento que, de forma expresa, hace la CE, de la utilización racional de todos los recursos naturales, como principio rector de la política social y económica, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva (art. 45, n.º 2). Y también le concierne que se puedan establecer, para quienes violen esa utilización racional de los recursos naturales, sanciones penales (art. 45, n.º 3).

Por ese motivo, y no solo para proteger el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47, n.º 1), que también, es por lo que el legislador penal decidió, en su momento, la penalización de determinadas infracciones de la legalidad urbanística, en los arts. 319 y 320 CP. Porque, además, por desgracia, en España contamos con una larga tradición de desarrollos urbanísticos vinculados a la falta de sostenibilidad en la explotación y uso del suelo y a una degradación medioambiental de dimensiones extremadamente preocupantes, por no hablar, también, de los fenómenos de corrupción asociados, que han invadido juzgados y tribunales de toda España en los últimos lustros¹¹³⁸.

En cualquier caso, a la hora de interpretar los diferentes tipos penales, no se puede olvidar que, técnicamente, el urbanismo alude a una disciplina jurídica que tiene que ver con el hecho social o colectivo de los asentamientos de población en el espacio físico, lo que convierte a la *ordenación urbanística* en el objeto esencial de las Leyes y las disposiciones de este importante sector de la realidad. Nuestro Derecho urbanístico, en su configuración actual, nació sin duda alguna con la Ley del Suelo de 1956, que es el primer texto legal que

1138. Señala la STS n.º 363/2006, de 28 de marzo, que al no haber podido asegurar nuestras Administraciones públicas la vigencia del ordenamiento jurídico en esta materia, es por lo que el legislador penal ha recurrido a la creación de los correspondientes tipos penales, que se contraen básicamente al castigo de las edificaciones sin licencia en el art. 319 y a la prevaricación administrativa, en el art. 320, en los que no se tutela la normativa urbanística, como valor formal o meramente instrumental, sino el valor material en la ordenación del territorio, en su sentido constitucional de utilización racional del medio ambiente orientada a los intereses generales (arts. 45 y 47 CE), es decir, de utilización racional como recurso natural limitado y la adecuación de su uso al interés general.

atribuye a los poderes públicos la completa responsabilidad sobre todo lo que concierne a la ordenación urbanística, en todo el territorio nacional, desde la planificación hasta la ejecución urbanística¹¹³⁹. La característica esencial del nuevo régimen legal que inaugura la Ley de 1956 sea la configuración del urbanismo como una *función pública*, lo que trajo como consecuencia la consiguiente alteración del estatuto jurídico de la propiedad del suelo, que pasó de un derecho de ejercicio cuasi-ilimitado a uno completamente sometido, en su contenido, a la legislación urbanística y a los planes de ordenación. La filosofía que subyace tras esa novedosa regulación no es otra que la que encuentra su apoyo en el hecho de que es la colectividad, con sus decisiones y, en concreto, con el plan de ordenación, la que produce artificialmente los importantes aumentos de valor que van vinculados a la calificación como urbano de un suelo inicialmente rústico que, por sí sólo, no es susceptible de otro aprovechamiento que el agrícola, el forestal o el ganadero¹¹⁴⁰.

Hito fundamental en el ámbito de las competencias públicas urbanísticas lo constituye la polémica y denostada STC n.º 61/1997, de 20 de marzo, que declaró inconstitucional aspectos esenciales del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por RDL 1/1992, de 26 de junio de 1990, reduciendo la competencia legislativa estatal a la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los propietarios del suelo, en el ejercicio de su derecho de propiedad urbana, mientras que la disciplina jurídica del hecho social o colectivo de los asentamientos de población en el espacio físico queda en las manos exclusivas de la legislación de las Comunidades Autónomas. La Sentencia permite, pues, la ruptura de la unidad del sistema jurídico del urbanismo y la instauración de regímenes urbanísticos propios en cada una de las Comunidades Autónomas; en algunos casos, fuera por completo del modelo originado de la Ley de 1956¹¹⁴¹.

3.2. Bien jurídico protegido

Una reiterada jurisprudencia ha venido reconociendo como bien jurídico protegido por los delitos contra la ordenación del territorio, no solo la ordenación del territorio como valor meramente formal, sino, también, utilización racional del medio como recurso natural limitado y la ordenación de su uso al interés general, que es un valor sustancial (así, STS n.ºs 363/2006, de 28 de marzo; 586/2017, de 20 de julio, o 615/2020, de 18 de noviembre).

1139. GARCIA DE ENTERRÍA, E. y PAREJO ALFONSO, L.: *Lecciones de Derecho urbanístico*, 2.ª ed., Madrid, 1981.

1140. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R.: *Manual...*, *op. cit.*, pág. 25.

1141. Como señaló, en su momento, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ ("El desconcertante presente e imprevisible y preocupante futuro del Derecho urbanístico español", en *REDA*, n.º 94, abril-junio 1994, pág. 189), la STC 61/1997, hizo estallar en mil pedazos el ordenamiento jurídico español.

Como se ha explayado la STS n.º 691/2019, de 11 de marzo de 2020, “la necesidad de protección no se proyecta sobre la normativa urbanística como un elemento formal, o meramente instrumental, para la ordenación constructiva de las edificaciones e instalaciones artificiales que se integran en el espacio natural, sino que lo hace sobre el valor constitucional que orienta la ordenación del territorio para suministrar a la sociedad una ‘utilización racional del suelo orientada a los intereses generales’ (arts. 45 y 47 CE), su lesión perjudica, en mayor o menor medida, a toda una colectividad. Por ello el delito lo es como reproche penal a concretos actos que atacan intereses supraindividuales o colectivos”.

En la doctrina, la definición del bien jurídico en los delitos urbanísticos ha sido controvertida. Así, por una parte, existe un grupo de autores que coinciden con la línea jurisprudencial acabada de señalar, al aceptar que el bien jurídico protegido por estos delitos está vinculado, más que a la normativa urbanística en sí, al valor material del urbanismo y la ordenación del territorio orientados en su sentido constitucional de una utilización del suelo dirigido a los intereses generales¹¹⁴². Otros autores¹¹⁴³, sin embargo, vinculan el bien jurídico más al cumplimiento de la normativa urbanística del Derecho administrativo, de modo que, sin negar que el bien jurídico pueda ser el uso racional del suelo o, si se quiere, la *utilización racional del medio como recurso natural limitado y la ordenación de su uso al interés general*, en el fondo, consideran este tipo de delitos como *formales*, pues, de lo que se trata, en última instancia, es de cumplir la normativa urbanística, que se

1142. Así, en otros, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: “Delitos relativos a la ordenación del territorio en el nuevo Código Penal de 1995”, *AP*, n.º 15, 1998, marg. 310; SUAREZ-MIRA RODRIGUEZ, C.: “La protección de la ordenación del territorio, el patrimonio histórico y el medio ambiente por el Estado, las Comunidades Autónomas y las administraciones locales”, en FARALDO CABANA, P. (Dir.) y PUENTE ABA, L. M. (coord.): *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código penal y la legislación especial*, Valencia, 2011, págs. 144 y ss.; SOUTO GARCÍA, E. M.: “Los delitos urbanísticos en España: La protección dispensada por el artículo 319 del Código penal español a la ordenación del territorio”, en *RDPC*, vol. XXXII, n.º 92, enero-junio 2010, pág. 96; OLMEDO CARDENETE, M., en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.): *Sistema...*, ob. cit., pág. 968.

1143. LÓPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARÁN, M.: *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Madrid, 1996, p. 158; LÓPEZ RAMÓN, F.: “Aspectos administrativos de los delitos urbanísticos”, en *RDUMA*, n.º 151, enero-febrero 1997, p. 54; DOMÍNGUEZ LUIS, J. A.: *Delitos relativos a la ordenación del territorio y protección del patrimonio histórico, medio ambiente y contra la seguridad colectiva*, Barcelona, 1999, p. 31; MARTÍNEZ ARRIETA, A.: “Delito urbanístico”, en *Empresa y delito en el nuevo Código Penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1997, p. 179.; MORALES PRATS, F., en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) y MORALES PRATS (coord.): *Comentarios...*, tomo II, *op. cit.*, pág. 773; MARTOS NÚÑEZ, J. A.: “Delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo y contra el patrimonio histórico-artístico”, en *Internacional Center for Criminal Studies*, 24 de noviembre de 2017, en <http://iccs.com.br/delitos-relativos-la-ordenacion-del-territorio-y-el-urbanismo-y-contra-el-patrimonio-historico-artistico-juan-antonio-martos-nunez/>; MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, C.: *Parte especial*, *op. cit.*, pág. 963.

configuraría como un conjunto de normas de seguridad o protección para procurar, precisamente, ese uso racional del suelo. Así y todo, no deja de haber posiciones que tratan de matizar o de dotar de contenido material al bien jurídico, intentando concretar una referencia tan genérica como la de la *utilización racional del medio como recurso natural limitado y la ordenación de su uso al interés general*.

En otros casos, como, por ejemplo, ACALE SÁNCHEZ¹¹⁴⁴ se vincula el bien jurídico al tipo de suelo en el que se lleva a cabo la ilegalidad, de modo que estaríamos en presencia de un bien jurídico plural, de modo que, dependiendo de dónde se efectúen las construcciones o edificaciones, el bien tutelado sería, alternativamente, la ordenación del territorio, el medio ambiente o el patrimonio histórico. GÓRRIZ ROYO¹¹⁴⁵, por su parte, recurre al concepto de “medio ambiente urbano” y define el bien jurídico como la utilización racional del territorio dirigida al logro de un medio ambiente urbano con el que preservar la calidad de vida de sus habitantes, y más concretamente, el uso racional del suelo tendente a dotar a este recurso natural del destino que le corresponde según su naturaleza ambiental, paisajística, artística, histórica, cultural, pública, agrícola o forestal¹¹⁴⁶.

En mi opinión, todas estas posiciones ofrecen una escasa utilidad, desde el punto de vista teleológico, para que el bien jurídico cumplan con sus funciones y, por tanto, creo que está en cierto MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ¹¹⁴⁷, cuando señala que los delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo son, esencialmente, “delitos de carácter formal, y su posible vinculación a bienes jurídico-penales individuales debe verse más bien como un fin mediato, cuya afectación real además únicamente se produciría a través de una reiteración generalizada de conductas”.

1144. *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, Barcelona, 2011, págs. 303 y ss..

1145. *Protección penal de la ordenación del territorio*, Valencia, 2003, págs. 584 y ss. En el mismo sentido, SÁNCHEZ ROBERT, M. J.: *El delito urbanístico. Artículo 319 del Código Penal español*, Madrid, 2014, pág. 74.

1146. Hay más posiciones, como es el caso, por ejemplo, de BOLDOVA PASAMAR (*Los delitos urbanísticos*, Barcelona, 2007, págs. 94 y ss.), quien señala como interés tutelado las funciones sociales que tienen asociadas las distintas clases de suelos; RODRÍGUEZ RAMOS (“La protección penal del urbanismo (pautas para criminalizar algunas conductas)”, en *RDU*, n.º 81, 1983, p. 39), que se refiere a la “calidad del hábitat”, o VERCHER NOGUERA (*La delincuencia urbanística. Aspectos penales prácticos sobre urbanismo y ordenación del territorio*, Madrid, 2002, pp. 58 y ss.), que se refiere a que lo que se protege es el normal cumplimiento de las normas administrativas para el uso racional del suelo, si bien ello incluye, en un sentido amplio, la calidad de vida y el hábitat en el que se desenvuelven los seres humanos.

1147. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Parte especial*, *op. cit.*, pág. 963.

3.3. Tipo básico del delito urbanístico

A) Tipo objetivo

El art. 319, n.º 2, CP castiga a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en el suelo no urbanizable con la pena de prisión de uno a tres años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años.

El tipo en cuestión constituye el tipo básico de los delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo, que sufrió una notable modificación en la reforma penal de la LO 5/2010, al elevarse las penas de prisión e inhabilitación existentes antes de la reforma y añadirse la pena de multa proporcional. Igualmente, se amplió el objeto material del delito, consistente antes en realizar edificaciones no autorizables en suelo no urbanizable, para pasar a ser ahora el de llevar a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en el suelo no urbanizable. La Exposición de Motivos de la LO 5/2010 entendía procedente llevar a cabo esa ampliación “a las obras ilegales o clandestinas de urbanización, ya que éstas pueden tener un mayor impacto sobre el territorio que las de mera construcción o edificación, a las que además suelen preceder”.

Como ha señalado la jurisprudencia del TS, la interpretación del tipo, y, en general, de todos los tipos de los denominados delitos urbanísticos, en la medida en que “no dejan de constituir la traducción penal de infracciones administrativas preexistentes”, plantean “problemas de diversa índole, que incluso afectan al principio de legalidad, si tenemos en cuenta la suma de conceptos normativos extrapenales que conllevan y en muchos casos su naturaleza de normas en blanco, habiéndose cuestionado incluso la vigencia del principio de intervención mínima que debe tener en cuenta el Legislador en relación con la Legislación penal” (STS n.º 1250/2001, de 26 de junio). Por ello, el intérprete debe entender que las infracciones administrativas descritas en la norma penal deben alcanzar *per se* un contenido de gravedad suficiente, muy difícil de definir en ocasiones. “Desde esta perspectiva la reiteración o exasperación de las conductas atentatorias contra el bien jurídico protegido por la norma penal debe alcanzar entidad suficiente para justificar su aplicación (...), siendo ello compatible con la sanción administrativa concreta y referida a aspectos parciales de dicha conducta que no tienen porqué participar necesariamente del mismo fundamento sancionador que los delitos” (STS n.º 1250/2001, de 26 de junio).

En una línea similar, la propia jurisprudencia ha señalado que “la distinción entre el ilícito penal y el administrativo radica en la gravedad de la infracción cuya calificación atiende, en primer lugar, a criterios materiales que reservan la sanción penal para aquellas conductas que pongan el bien jurídico protegido en una situación

de peligro grave; en segundo lugar, por razón del desvalor ético-social que la conducta merezca en el contexto cultural. El ámbito típico punitivo ha de restringirse, de acuerdo con los principios de intervención mínima, subsidiaridad y última ratio, a los supuestos en que resulte afectado el objeto material del delito, pues el elemento configurador de la tipicidad penal y de su antijuricidad material lo constituye la lesión del bien jurídico penal” (STS n.º 663/2005, de 23 de mayo).

Sujetos activos del delito lo pueden ser los promotores, constructores y técnicos directores.

La LOE, dedicó el su capítulo III, a los “agentes de la edificación” y en él se fijaban el contenido y habilitación de las personas, físicas o jurídicas, que intervienen el proceso de la edificación (art. 8), distinguiendo entre el promotor, el proyectista, el constructor, el director de la ejecución de la obra y los propietarios. Mientras que tanto el proyectista (art. 10) como los directores de obra (art. 12) precisan estar en posesión de la correspondiente titulación académica y profesional habilitante, es considerado en cambio promotor cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa o financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título, sin exigencia de titulación alguna (art. 9). Por su parte, el constructor, que asume contractualmente ante el promotor el compromiso de ejecutar con medios humanos y materiales, propios o ajenos, las obras o parte de estas con sujeción al proyecto y al contrato, deberá tener la titulación o capacitación profesional que habilita para el cumplimiento de las condiciones exigibles para actuar como constructor (art. 11).

Por tanto, como ya señaló la STS n.º 1250/2001, de 26 de junio, solo los técnicos deben poseer la titulación que profesionalmente les habilite para el ejercicio de su función, mientras que el promotor, sea o no propietario, no precisa condición profesional alguna, y los constructores solo la mera capacitación profesional. Por lo cual, debe entenderse que la cualidad profesional no puede predicarse de promotores y constructores, con independencia en relación con estos últimos de su responsabilidad fiscal o administrativa por falta de capacitación. Así, el argumento que alega una previsión de pena de inhabilitación especial para profesión u oficio, contenida en el precepto, no puede excluir de la autoría del delito a las personas que promuevan o construyan sin licencia o excediéndose de la concedida, y que no sean profesionales, pues no deja de tener sentido dicha inhabilitación aun en dicho caso, puesto que tales actividades están sujetas al régimen de licencia y autorización y ello ya comporta una relación con la Administración de que se trate, inhabilitación que conforme a lo dispuesto en el art. 45 CP deberá concretarse expresa y motivadamente en la sentencia (SSTS n.ºs 1250/2001, de 26 de junio; 690/2003, de 14 de mayo; 1227/2009, de 27 de noviembre; 54/2012, de 7 de febrero). Así

entendido, el delito se configura no como un delito especial propio¹¹⁴⁸ sino como un delito común¹¹⁴⁹.

La conducta típica consiste en llevar a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en el suelo no urbanizable.

La jurisprudencia ha ido dotando de contenido a los conceptos de “construcción” y de “edificación”, encerrando, ambos, el propio concepto de “obras”. Dentro del concepto de construcción entran ya tanto las edificaciones, como las obras de urbanización y otras construcciones. Por eso, la ampliación del objeto que se lleva a cabo por la LO 5/2010, a través de la ampliación de la conducta típica, en el apartado 2.º del art. 319 CP, equiparando las obras de construcción y las de edificación carece de sentido, pues se entiende que estas no son más que una clase de obras de construcción.

Así las cosas, por edificación se hace referencia a una concreta obra de construcción, la destinada a levantar edificios. Así, por ejemplo, en la SAP de Almería n.º 296/2008, de 10 de noviembre, se afirma que “*el término edificación, al que hace expresa referencia el apartado 2 del art. 319 CP, bien pudiera ser definido así, en aras de los principios de claridad y concisión, en cuanto a propiciadores de la*

1148. Así, GARCÍAS PLANAS, G.: *El delito urbanístico (delitos relativos a la ordenación del territorio)*, Valencia, 1997, pág. 75; BLANCO LOZANO, C.: *El delito urbanístico*, Madrid, 2001, pág. 105; BOLDOVA PASAMAR, M.A.: *Los delitos...*, *op. cit.*, pág. 105.; DE LA CUESTA AGUADO, P., en ALVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.) y MANJÓN-CABEZA OLMEDA y VENTURA PÜSCHEL, A. (coords.): *Derecho penal español. Parte especial (II)*, Valencia, 2011, pág. 972; MARTOS NÚÑEZ, J. A.: “Delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo y contra el patrimonio histórico-artístico”, en *Internacional Center for Criminal Studies*, 24 de noviembre de 2017, en <http://iccs.com.br/delitos-relativos-la-ordenacion-del-territorio-y-el-urbanismo-y-contra-el-patrimonio-historico-artistico-juan-antonio-martos-nunez/>.

1149. En el mismo sentido, ALCALÉ SÁNCHEZ, M.: “Delitos urbanísticos la confluencia de voluntades delictivas”, en TERRADILLOS BASOCO, J. y ALCALÉ SÁNCHEZ, M.: *Nuevas tendencias en el derecho penal económico*, Cádiz, 2008, pág. 190; GÓRRIZ ROYO, E.: “Los delitos sobre la ordenación del territorio: arts. 319 y 320 CP”, en ALVAREZ GARCÍA, F. J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dirs.): *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Valencia, 2010, pág. 370; CASTIÑEIRA PALOU, M. T.: “Los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo”, en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (Dir.) y PASTOR MUÑOZ, N. (coord.): *El nuevo Código penal. Comentarios a la Reforma*, Las Rozas, 2012, pág. 499; MORALES PRATS, F., en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) y MORALES PRATS (coord.): *Comentarios...*, tomo II, *op. cit.*, págs. 780-781; SÁNCHEZ ROBERT, M. J.: *El delito urbanístico...*, *op. cit.*, pág. 164; DE LA MATA BARRANCO, N.: “Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio y delitos contra el ambiente”, en DE LA MATA BARRANCO, N., DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A. y NIETO MARTÍN, A.: *Derecho penal económico y de la empresa*, Madrid, 2018, pág. 640; MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, C.: *Parte especial, op. cit.*, pág. 969; VERCHER NOGUERA, A.: “Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”, en CAMACHO VIZCAÍNO, A.: *Tratado de Derecho penal económico*, Valencia, 2019, págs. 1811-1812; OLMEDO CARDENETE, M., en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.): *Sistema...*, *op. cit.*, pág. 970-971.

seguridad jurídica: toda obra destinada a albergar personas, bien para servir de morada permanente o albergue transitorio, bien lo sea para otros fines, como por ejemplo servir de centro lúdico”.

Por otra parte, la STS n.º 1182/2006, de 29 de noviembre, ha definido las características de las construcciones, diciendo: “*no tenemos la menor duda de que la actividad mediante la cual aparece esa red de caminos donde antes no existía, debe calificarse como ‘construcción’ por cuanto se produce por la obra del hombre y con el empleo de los medios mecánicos y técnicos apropiados, una sustancial modificación con vocación de permanencia de la configuración original de zona geográfica afectada, debiéndose tener en cuenta, la significativa diferencia terminológica utilizada por el legislador que emplea el vocablo construcción como acción típica en el epígrafe primero del precepto y edificación en el segundo, mucho más restringido que el otro”.* De modo que, como ha señalado la SAP de Madrid, Sección 29.ª, n.º 608/2017, de 2 de noviembre, de “*ahí ha de entenderse que las obras de urbanización, que consisten precisamente en modificación del terreno, preparándolo para la posterior construcción sobre el mismo, dotándolo de instalaciones necesarias como el acondicionamiento del precio para la urbanización, alcantarillado, luces, agua, distribución del suelo en parcelas, destino de zonas para vías pública etc., entran dentro del concepto de obras de construcción”.*

Aparte de ello, otras resoluciones, como la STS n.º 335/2009, de 6 de abril, ha considerado que una piscina y sus anexos sí constituyen una obra o edificación a los efectos de configurar el tipo objetivo del art. 319 CP, y la STS del 15 de octubre 2014 ha señalado que los “*excesos de altura, o volumen o de otra naturaleza constituyen construcción no autorizada y son incardinables en el tipo”.* Igualmente, “*las modificaciones o ampliaciones de construcciones previas son también construcción cuando son relevantes por sí mismas, relevancia que no puede minimizarse... a la vista de los volúmenes”* (STS n.º 676/2014, de 15 de octubre).

Por tanto, en mi opinión, deberían ser incluidas en el tipo, de acuerdo con la terminología del ordenamiento administrativo urbanístico (art. 11 del TRLSRU): a) los movimientos de tierras, explanaciones, parcelaciones, segregaciones u otros actos de división de fincas en cualquier clase de suelo, cuando no formen parte de un proyecto de reparcelación; b) las obras de edificación, construcción e implantación de instalaciones de nueva planta; c) la ubicación de casas prefabricadas e instalaciones similares, ya sean provisionales o permanentes; d) la tala de masas arbóreas o de vegetación arbustiva en terrenos incorporados a procesos de transformación urbanística y, en todo caso, cuando dicha tala se derive de la legislación de protección del dominio público.

La jurisprudencia del TS ha señalado que, entre los elementos constitutivos del tipo penal, no se exige que la agresión al bien jurídico se materialice en un resultado lesivo de una gravedad marcada o específica, porque el bien jurídicamente protegido y que resultó agredido, por el específico comportamiento en cuestión, persiste pese a la realidad de otros ataques, de modo que el incumplimiento de las normas urbanísticas por parte de otros vecinos no

agota el bien jurídico y la necesidad de su protección, como no exime al acusado de sus obligaciones y de su propia responsabilidad (STS n.º 691/2019, de 11 de marzo de 2020).

Las obras de obras de urbanización, construcción o edificación deben ser no autorizables en el suelo no urbanizable.

Según la jurisprudencia del TS, el término “no autorizable” significa que la obra, ya iniciada o realizada, no pueda ser reconocida posteriormente como ajustada a la legalidad. Ahora bien, pretender que el contenido semántico de la expresión “no autorizable”, permite sostener la atipicidad de los hechos cuando exista una posibilidad de autorización potencial y remota de la edificación, no es aceptable. *“El tipo penal no contempla una remisión a cualquier hipotético tiempo futuro y a la posibilidad de que pueda llegar a modificarse la legalidad urbanística, o a que concurra un momento en el que ya no sea posible actuar por haberse cerrado la vía contencioso-administrativa por falta de ejercicio de la acción o por defectos formales en su planteamiento. Tal consideración vaciaría de contenido el precepto sancionador por la siempre posible eventualidad de que llegue a alterarse la legalidad urbanística. El término ‘no autorizable’ hace referencia al momento de la edificación y contempla la naturaleza de la ilegalidad material que rodea a la construcción”* (STS n.º 691/2019, de 11 de marzo de 2020).

Por otra parte, el TRLSRU distingue dos situaciones básicas del suelo: el suelo rural y el suelo urbanizado (art. 21).

El suelo rural, a su vez, puede constituirse:

a) bien por el suelo preservado por la ordenación territorial y urbanística de su transformación mediante la urbanización, que deberá incluir, como mínimo, los terrenos excluidos de dicha transformación por la legislación de protección o policía del dominio público, de la naturaleza o del patrimonio cultural, los que deban quedar sujetos a tal protección conforme a la ordenación territorial y urbanística por los valores en ellos concurrentes, incluso los ecológicos, agrícolas, ganaderos, forestales y paisajísticos, así como aquéllos con riesgos naturales o tecnológicos, incluidos los de inundación o de otros accidentes graves, y cuantos otros prevea la legislación de ordenación territorial o urbanística,

b) bien por el suelo para el que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística prevean o permitan su paso a la situación de suelo urbanizado, hasta que termine la correspondiente actuación de urbanización, y cualquier otro que no reúna los requisitos a que se refiere el apartado siguiente (suelo urbanizado)¹¹⁵⁰.

1150. El suelo urbanizado es el que, estando legalmente integrado en una malla urbana conformada por una red de viales, dotaciones y parcelas propia del núcleo o asentamiento de población del que forme parte, o bien ha sido urbanizado en ejecución del correspondiente instrumento de ordenación, o bien tiene instaladas y operativas,

Algunos autores entienden que solo puede integrar el tipo del art. 319, n.º 2, CP aquellos supuestos de obras no legalizables en el suelo rural preservado por la ordenación territorial y urbanística de su transformación mediante la urbanización, pero no así las llevadas a cabo suelos para el que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística prevean o permitan su paso a la situación de suelo urbanizado, hasta que termine la correspondiente actuación de urbanización¹¹⁵¹.

A este respecto, debemos recordar, sin embargo, que el TS insiste en que un posible cambio de planeamiento no desactiva la antijuricidad de la conducta porque las normas de planeamiento urbanístico, como cualesquiera otras, son de obligado cumplimiento. De modo que, si la conducta dejara de ser típica, porque la mera posibilidad de cambiar el planeamiento, o la normativa urbanística, vaciaría esta tipología. De hecho, en el caso analizado, todas las edificaciones que motivan la condena se autorizaron, pues contaban con la correspondiente licencia; lo que no desdice la cualidad de las edificaciones de “no autorizables”, ni evita su tipicidad. La finalidad de tal requisito normativo únicamente atiende a no tipificar aquellas construcciones realizadas sin licencia, aunque de haberse solicitado, se habría concedido, en cuanto no afectan al buen orden del territorio, con independencia del ilícito administrativo incurrido por la omisión; o bien, aquellos supuestos donde la no concesión de la licencia derivaba de defecto subsanable en ese momento y en atención a la legislación entonces vigente (STS n.º 88/2018, de 21 de febrero).

Dicho de otra forma, aunque se produjera la hipótesis de un cambio en la calificación del suelo, ello no afectaría a la antijuricidad de la conducta pasada, ni supone la obligación de una valoración diferente y más benigna de la misma, lo relevante es la normativa que regía en el momento de los hechos, por ello no procede la autorización solicitada por ser manifiestamente inviable la pretensión de revisión que se intenta articular, porque la simple manifestación de voluntad del Consistorio de proceder a modificar el Plan de Ordenación Urbana, que tras su aprobación cambiaría la clasificación del suelo, no

conforme a lo establecido en la legislación urbanística aplicable, las infraestructuras y los servicios necesarios, mediante su conexión en red, para satisfacer la demanda de los usos y edificaciones existentes o previstos por la ordenación urbanística o poder llegar a contar con ellos sin otras obras que las de conexión con las instalaciones preexistentes, o bien está ocupado por la edificación, en el porcentaje de los espacios aptos para ella que determine la legislación de ordenación territorial o urbanística, según la ordenación propuesta por el instrumento de planificación correspondiente. A partir de esta clasificación, la legislación autonómica puede subclasificar los suelos de la forma más conveniente; véanse, por ejemplo, el art. 10 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía.

1151. GÓRRIZ ROYO, E.: “Los delitos sobre la ordenación del territorio...”, en *op. cit.*, pág. 376; MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, C.: *Parte especial, op. cit.*, pág. 967. En contra, sin embargo, OLMEDO CARDENETE, M., en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.): *Sistema...*, *op. cit.*, pág. 974.

varía el carácter de “edificación no autorizable” al tiempo de realizarse los hechos que es lo que exige el tipo penal aplicable. El delito no desaparece por esa intención del Consistorio de proceder a modificar el Plan. Por otra parte, la existencia de otras construcciones en las mismas condiciones no acredita la legalidad de la realizada por los acusados (AATS de 17 de marzo de 2014 y 4 de mayo de 2013).

Por tanto, de acuerdo con el criterio expresado por el TS, toda obra llevada a cabo en suelo rural entra en el ámbito del tipo¹¹⁵², si bien, aquellas obras clandestinas llevadas a cabo en suelo urbanizado que, de haberse solicitado, hubieran obtenido licencia, sí quedan fuera del tipo, al margen de que les sea aplicable al ámbito administrativo-sancionador¹¹⁵³.

B) Tipo subjetivo

El tipo del art. 319, n.º 2, CP es, obviamente, un tipo doloso, incluyendo la posibilidad del dolo eventual (SAP de Valencia, Sección 2.ª, de 24 de octubre de 2002)¹¹⁵⁴.

3.4. Tipo agravado del delito urbanístico

A) Tipo objetivo

El art. 319, n.º 1, castiga con las prisión de un año y seis meses a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección.

La especialidad del tipo agravado reside, únicamente, en el tipo de suelo sobre el que se llevan a cabo las obras de urbanización, construcción o edificación, que, en este caso, son suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de

1152. Señala OLMEDO CARDENETE [en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.): *Sistema...*, *op. cit.*, pág. 974], otros supuestos, como él dice, “más benévolos”, en los que los tribunales entendieron que el precepto solo acoge “edificaciones” “no susceptibles de ser legalizadas” (así AAP de Vizcaya de 30 de mayo de 2005, SAP de Córdoba, Sección 2.ª, 135/2009, de 22 de mayo). Pero parece que el criterio del TS, y el de otras AAPP (así, SAP de Sevilla, Sección 1.ª, 711/2006, de 22 de diciembre) es inequívoco.

1153. OLMEDO CARDENETE, M., en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.): *Sistema...*, *op. cit.*, pág. 974.

1154. En el mismo sentido, MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, C.: *Parte especial*, *op. cit.*, pág. 969.

dominio público o suelos con reconocido valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o de especial protección.

La definición de qué zonas deben de estar destinadas a viales, a zonas verdes, cuáles son los suelos considerados bienes de dominio público o suelos con reconocido valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o de especial protección se determinan, básicamente, en los planes de urbanismo, que son la institución central del derecho urbanístico español, estableciéndose, a través de ellos, el régimen de derechos y deberes de la propiedad del suelo mediante su clasificación y calificación, si bien la aprobación definitiva de los mismos es, siempre, competencia de la Comunidad Autónoma¹¹⁵⁵. Porque, efectivamente, el art. 25 de la LRBRL, establece que el Municipio ejercerá, en todo caso, como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, entre otras, en las siguientes materias: a) Urbanismo: planeamiento, gestión, ejecución y disciplina urbanística. Protección y gestión del Patrimonio histórico. Promoción y gestión de la vivienda de protección pública con criterios de sostenibilidad financiera. Conservación y rehabilitación de la edificación; b) Medio ambiente urbano: en particular, parques y jardines públicos, gestión de los residuos sólidos urbanos y protección contra la contaminación acústica, lumínica y atmosférica en las zonas urbanas.

Como ha señalado DE LA MATA BARRANCO¹¹⁵⁶, ningún problema plantea la interpretación de lo que es un vial, una zona verde o un bien de dominio público, que perfectamente puede abarcar a los anteriores en cuanto que están afecto a un uso público. Y en cuanto al resto, habrá que acudir a la legislación vigente, estatal, autonómica o local en la materia para comprobar si existe una declaración de reconocimiento del especial valor del suelo sobre

1155. Señaló la STS n.º 61/1997, de 20 de marzo, del TC, que *“el orden constitucional de distribución de competencias ha diseccionado ciertamente la concepción amplia del urbanismo que descansaba en la legislación anterior a la Constitución de 1978, pues no es posible desconocer, como se ha dicho, que junto a la atribución de la competencia urbanística a las Comunidades Autónomas, el art. 149.1 C. E. reconoce al Estado la competencia, también exclusiva, sobre las condiciones básicas de ejercicio de los derechos constitucionales o la legislación sobre expropiación forzosa, o el sistema de responsabilidad o el procedimiento administrativo común, por citar algunos de los instrumentos de los que el urbanismo, con esa u otra nomenclatura, suele hacer uso. Pues bien, expuesto lo anterior, ha de afirmarse que la competencia autonómica exclusiva sobre urbanismo ha de integrarse sistemáticamente con aquellas otras estatales que, si bien en modo alguno podrían legitimar una regulación general del entero régimen jurídico del suelo, pueden propiciar, sin embargo, que se afecte puntualmente a la materia urbanística (establecimiento de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad urbana, determinados aspectos de la expropiación forzosa o de la responsabilidad administrativa). Pero ha de añadirse, a renglón seguido, que no debe perderse de vista que en el reparto competencial efectuado por la CE es a las Comunidades Autónomas a las que se ha atribuido la competencia exclusiva sobre el urbanismo, y por ende es a tales Entes públicos a los que compete emanar normas que afecten a la ordenación urbanística”*.

1156. DE LA MATA BARRANCO, N.: “Delitos contra el urbanismo...”, en *op. cit.*, pág. 649.

el que se construye, que, obviamente, tendrá que haber sido respetada por el Plan general.

Problema interesante, que se ha planteado en una sentencia relativamente reciente del TS, es si el de la relación concursal de este tipo agravado con el del art. 338 CP (daños a espacio natural protegido). La STS n.º 216/2020, de 22 de mayo ha entendido que no es posible aplicar, a la vez, el delito de daños cualificado (art. 338) y el delito urbanístico agravado (art. 319, n.º 2), porque la doble agravación resulta desproporcionada, ya que ponderaría dos veces una misma circunstancia: el especial valor ecológico. Ahora bien, ubicar estos casos en exclusiva en el art. 319, n.º 1, CP “*significa equiparar supuestos diversos y desactivar el art. 338 CP en contra de lo que se antoja la voluntad del legislador que quiere dotar de especial tutela a esos espacios*”. Por tanto, “*los hechos pueden ser castigados con arreglo a los arts. 319.2 y 338; o con arreglo al art. 319.1. Ambas calificaciones tienen el mismo grado de especialidad (se agrava por el valor ecológico). En un caso, cuando el mismo ha sido reconocido exclusivamente a nivel de planeamiento urbanístico; en el otro, cuando ese reconocimiento es más general. Al ser inaplicable el principio de especialidad (art. 8.1) habrá que acudir a los criterios subsidiarios para solventar esta concurrencia de normas, lo que nos sitúa en el marco del principio de alternatividad. Ha de prevalecer la calificación que pivota sobre los arts. 319.2 y 338 por ser más grave. Así evitarnos el bis in ídem que llevó a la Audiencia a eludir la aplicación del art. 338; pero, al mismo tiempo, no arrinconamos ese precepto de forma improcedente haciéndolo inoperante en el ámbito urbanístico. El incremento penológico del art. 338 no ha de operar sobre el art. 319.1 CP en tanto éste se refiere a ‘la construcción no autorizada en lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor ecológico’, sino sobre el art. 319.2”.*

B) Tipo subjetivo

Como en el caso del tipo del art. 319.2, el tipo del art. 319, n.º 1, CP es un tipo doloso, incluyendo la posibilidad del dolo eventual.

3.5. Disposiciones comunes

A) La demolición de la obra

El art. 319, n.º 3, CP, dispone que, en cualquier caso, los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, y valorando las circunstancias, y oída la Administración competente, condicionarán temporalmente la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de aquéllas. En todo caso se dispondrá el decomiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.

Ha puesto de manifiesto el TS, al analizar su naturaleza jurídica, que la demolición de una obra o su reposición a su estado originario no es una pena, sino una medida que posee un carácter civil más que penal; se trata de restaurar la legalidad, de volver a la situación jurídica y fáctica anterior a la consumación del medio. No se trata de una pena porque no está recogida en el catálogo de penas del CP ni puede considerarse responsabilidad civil derivada de delito, dado su carácter facultativo, aunque no arbitrario. Esta consideración de la demolición como consecuencia jurídica del delito permite dejar la misma sin efecto si, después de establecida en sentencia, se produce una modificación del planeamiento que la convierta en innecesaria, por lo que la posibilidad de una futura legalización no obsta a su ordenación en el ámbito penal (STS n.º 529/2021, de 21 de junio).

Respecto a su aplicación, la STS n.º 3801/2020, de 18 de noviembre, señala que está claro que el CP viene a exigir que no puede hablarse de una especie de automatismo en la aplicación de la demolición de la obra ilegal, ya que señala que los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada. Pero ello no convierte en que sea la excepción la demolición, sino que se deberá explicitar en la sentencia la medida. Es evidente, pues, que se precisa de una adecuada motivación, pero tanto para conceder como para denegarla. En cualquier caso, no sería admisible que este precepto penal permitiera mayor discrecionalidad en este punto y, con ello, una mayor laxitud ante los ataques más graves (los que competen a la jurisdicción penal) que ante los más leves (los que competen a la contencioso-administrativa).

En consonancia con ello –sigue diciendo la citada resolución–, y aunque se reconozca el carácter no preceptivo de la orden de demolición, se debe realizar una interpretación restrictiva de la potestad, de modo que solo podrá dejar de ordenarse la demolición en supuestos muy excepcionales, lo que sucederá, por ejemplo, cuando la demolición de la obra ilegal pueda llegar a causar un perjuicio a los bienes jurídicos mayor que su mantenimiento, lo que podría ocurrir, por ejemplo, en los casos de terceros adquirentes de la obra, lo que dio lugar a las matizaciones que introdujo la LO 1/2015 en el n.º 3. *“Con ello, debe huirse de una posible conclusión que abogara por un resultado de que no haya obligación de demolición respecto de las infracciones urbanísticas más graves, que son aquellas en las que se ha derivado a la vía penal la construcción por reunir los elementos del tipo penal y cometer un delito contra la ordenación del territorio, pero sí en relación con los casos menos graves, los que caen dentro del ámbito del Derecho administrativo urbanístico. La demolición ha de acordarse tan pronto se constate la existencia de la obra y ésta sea no autorizable y no legalizable”*¹¹⁵⁷.

1157. Así, POZUELO PÉREZ, L.: “Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”, en DIAZ 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*, Madrid, 2011, pág. 483.

En un sentido similar, la STS n.º 691/2019, de 11 de marzo, señala que “la reparación del daño, ahora en la forma de demolición de la construcción no autorizada, será, en principio, la regla, porque es a lo que literalmente obliga el art. 109 Código Penal. Por eso, el art. 319.3.º del Código Penal no podría hacer meramente facultativo u opcional lo que tiene ese carácter necesario. De este modo, lo que resulta de una adecuada comprensión sistemática de aquella primera disposición y de las con ella concordantes en relación con esta última, es un marco de limitada discrecionalidad en la modulación por los tribunales de tal deber legal, a tenor de las particularidades del caso concreto, con un criterio de proporcionalidad. Es la única inteligencia razonable de la interacción de ambos vectores normativos, dirigida, tanto a evitar la consolidación de antijurídicas situaciones de hecho, como la desmesura en las consecuencias representada, por ejemplo, por un eventual grave perjuicio para una colectividad, por la aplicación a ultranza del imperativo de que se trata en cualesquiera circunstancias”. Por tal motivo, y con carácter general, deberá acordarse la demolición “cuando conste patentemente que la construcción de la obra está completamente fuera de la ordenación y no sean legalizables o subsanables; o en aquellos supuestos en que haya existido una voluntad rebelde del sujeto activo del delito a las órdenes o requerimientos de la Administración; y, en todo caso, cuando al delito contra la ordenación del territorio se añada un delito de desobediencia a la autoridad administrativa o judicial”.

Además, el TS no admite la praxis de remitir a la ulterior actuación administrativa la demolición, lo que entrañaría una injustificada dejación de la propia competencia de los tribunales penales. Y tampoco es factible, por ello, argüir la impunidad administrativa, o desidia de los poderes públicos en su labor de policía urbanística para pretender que los jueces y tribunales no restablezcan la legalidad tratando de restaurar el bien jurídico protegido por el delito al estado en que se encontraba antes de ser lesionado (STS n.º 443/2013, de 22 de mayo).

Por otra parte, el CP condiciona la evitación directa de la demolición, a la constitución de garantías que aseguren el pago de aquéllas y, en todo caso, se dispondrá el decomiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.

Como ha señalado la STS n.º 615/2020, de 18 de noviembre, se permite, de esta forma, el abono de garantías para evitar la demolición en el caso de adquirentes terceros de buena fe, por ejemplo. O, en su defecto, se añade que “en todo caso” se dispondrá el comiso.

Se otorga, pues, una medida de consignación para evitar la demolición, y en su defecto de demolición, el comiso. Todo ello para evitar que la infracción, no solo administrativa, sino lo que es más grave, penal sea un beneficio para el infractor, a fin de “consolidar” lo ilegalmente construido por el delito cometido. Como señala la citada Sentencia, debe aceptarse y consolidarse, como regla general, que en el caso de que se aprecie un delito contra la ordenación del territorio y urbanismo, la demolición debe ser la

regla general y que la demolición es definible como una consecuencia, una obligación de hacer derivada del delito, que conectaría con lo dispuesto en los arts. 109 y ss. CP relativos a la reparación del daño con las matizaciones antes expuestas.

De ello derivan importantes consecuencias, pues la reparación del daño, en la forma de demolición de la construcción no autorizada, se erige en la regla general, tal como literalmente impone el art. 109, apartado 1.º, CP, lo que supone que la lectura del art. 319, n.º 3, CP no se puede interpretar en clave de mera potestad atribuida al órgano jurisdiccional, dado el carácter ineludible que define a este tipo de medidas.

B) La responsabilidad penal de las personas jurídicas

Establece el art. 319, n.º 4, CP que, en los supuestos previstos en el art. 319, cuando fuere responsable una persona jurídica de acuerdo con lo establecido en el art. 31 bis CP, se le impondrá la pena de multa de uno a tres años, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del doble al cuádruple del montante de dicho beneficio.

Además, atendidas las reglas establecidas en el art. 66 bis CP, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del n.º 7 del art. 33 del mismo texto punitivo.

Los delitos urbanísticos se convierten, así, en uno de los delitos de los que pueden ser responsables las personas jurídicas, con toda la problemática que ello plantea, y que hemos tratado profusamente en este libro.

3.6. El delito de prevaricación urbanística

A) Introducción

El art. 320, n.º 1, castiga, con la pena establecida en el art. 404 de este Código y, además, con la de prisión de un año y seis meses a cuatro años y la de multa de doce a veinticuatro meses, a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes, o que con motivo de inspecciones haya silenciado la infracción de dichas normas o que haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio.

Y el n.º 2 de ese mismo precepto, castiga, con iguales penas, a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de la aprobación de los instrumentos de planeamiento, los proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación,

construcción o edificación o la concesión de las licencias a que se refiere el apartado anterior, a sabiendas de su injusticia.

El texto original del CP de 1995 castigaba a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes, en el n.º 1, y al que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia, en el n.º 2.

La reforma de la LO 5/2010, pues, amplió el objeto del informe o de la resolución sobre los que se proyecta la prevaricación e introdujo las prevaricaciones omisivas.

En este caso, se puede decir que estamos ante un delito es pluriofensivo, porque no solo se tutela el correcto funcionamiento de la Administración pública, de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación. Garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal, como en el caso de la prevaricación general (STS n.º 1015/2002, de 31 de mayo, entre otras muchas), sino, igualmente, a la ordenación del territorio¹¹⁵⁸, lo que, ciertamente, exige, como ha señalado la STS n.º 1127/2009, de 27 de noviembre, que la prevaricación, especial por urbanística, que sanciona el art. 320 CP, incorpore una injusticia en la conducta consistente en la puesta en peligro de la ordenación del territorio.

La STS n.º 752/2016, de 11 de octubre, recogiendo precedentes jurisprudenciales anteriores, se expone la relación existente entre el delito de prevaricación del art. 404 y el del art. 320. Aunque en ambos casos sean aplicables consideraciones relativas al bien jurídico protegido, a la condición del autor, a la arbitrariedad de la actuación administrativa de que se trate y a la actuación “a sabiendas de la injusticia”, existen también algunas diferencias. Así, en la STS n.º 497/2012, de 4 de junio, partiendo de que, en el caso del art. 320 CP nos encontramos ante una prevaricación especial por razón de la materia sobre la que se realiza (la normativa urbanística), se afirmaba que “mientras que la modalidad genérica del art. 404 se exige que la autoridad o funcionario, además de una actuación a sabiendas de su injusticia, produzca una resolución arbitraria, en la urbanística el contenido de la conducta consiste en informar o resolver favorablemente a sabiendas de su injusticia. En ambos casos, el

1158. GÓRRIZ ROYO, E.: “Prevaricaciones urbanísticas del art. 320: Problemas legislativos no resueltos y dificultades aplicativas en la práctica reciente”, en *EPC*, vol. XXXVIII, 2018, pág. 122 y ss.; DE LA MATA BARRANCO, N.: “Delitos contra el urbanismo...”, en *op. cit.*, pág. 650; MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial, op. cit.*, pág. 975.

contenido de la acción es similar, pues la arbitrariedad es una forma de injusticia. De ahí que pueda ser aplicada a la prevaricación especial la jurisprudencia de esta Sala sobre la genérica, bien entendido que en la interpretación del tipo no debe olvidarse el análisis de la conducta desde la perspectiva de la anti-juricidad material, aplicando, en su caso, los criterios de proporcionalidad, insignificancia e intervención mínima cuando no se aprecie afectación del bien jurídico tutelado (así, STS n.º 463/2018, de 11 de octubre, entre otras”).

B) Conductas típicas

El art. 320 contiene tres tipos de conductas típicas: (i) informar actos administrativos, ya sean licencias o autorizaciones, contrarios a las normas de ordenación o urbanísticas; (ii) silenciar la infracción de dichas normas u omitir la realización de inspecciones de carácter obligatorio; y (iii) votar o resolver a favor de la concesión de licencias, proyectos, etc.

Todas ellas deben de ser llevadas a cabo por una autoridad o funcionario público (art. 24 CP), lo que configura a los delitos incluidos en el art. 320 como delitos especiales propios.

Como ha señalado una doctrina y una jurisprudencia completamente consolidadas, este concepto de funcionario público a efectos penales es mucho más amplio que el concepto administrativo de funcionario público y sus elementos nucleares son el *título de incorporación* y el *ejercicio de las funciones públicas*.

Así, según la STS n.º 876/2006, de 6 de noviembre, ambos elementos integran “*el concepto de funcionario público a los efectos del Código Penal, de manera que es la concurrencia de ambos la que determina el exacto contenido, sin que pueda extenderse tal condición a toda persona que participa en el ejercicio de funciones públicas, pues el concepto penal requiere la concurrencia de ambos*”. De modo que, como sigue explicando la citada resolución, “*para situar el concepto es preciso atender no solo la participación en el ejercicio de funciones públicas, pues en muchas ocasiones es la Ley la que transfiere al ciudadano la realización de funciones públicas, sino también, como elemento esencial, a la posesión del título habilitador de la condición de funcionario público*”. Por tanto, “*para que una persona pueda ser considerada funcionario público a los efectos penales es necesario que acceda a la función pública mediante alguno de los siguientes títulos: a) por disposición inmediata de la Ley; b) por elección; y c) por nombramiento de autoridad competente*”.

Es bastante habitual, en el ámbito urbanístico, que algunas entidades locales, ante la vacante de plazas, especialmente de carácter técnico, suscriban contratos denominados de consultoría o arrendamiento de servicios con profesionales o con empresas de profesionales, para llevar a cabo funciones públicas municipales. También suele suceder que la Administración, para realizar su función pública, encargue a una empresa o a un profesional la emisión de un informe sobre alguna cuestión específica, en materia urbanística

o medioambiental, que se acabará incorporando a un expediente y servirá de fundamento a la resolución administrativa que se dictará, como puede ser el otorgamiento de una licencia urbanística o ambiental, con las consecuencias que ello tiene.

En el primer caso, la actividad que presta el técnico, que ha sido designado por la autoridad competente, no impedirá su consideración como funcionario público a efectos penales, porque la naturaleza jurídica del contrato de prestación de servicios suscrito no impide que se pueda considerar que, de manera efectiva, realiza funciones públicas, aún en el caso de que se utilice, previamente, la ficción, pantalla o contrato (que puede ser en fraude de ley) de adjudicar la actividad a una persona jurídica. En algún caso el TS ha considerado que, a estos efectos, hay que “levantar el velo” de la persona jurídica para ubicar la autoría en la persona física (así, STS n.º 166/2014, de 28 de febrero).

En el segundo caso, desde el momento en el que ha existido una designación para realizar esa actividad pública, aunque sea puntual y por la vía de un contrato, y se participa en la función pública con la emisión del informe o dictamen solicitado, que se incorporará en un expediente administrativo y que será alguno de los fundamentos de la resolución que se dicte, no hay duda de que quien emite ese informe, en un sentido favorable al otorgamiento de la licencia, por ejemplo, contraria al ordenamiento jurídico y con conocimiento de su ilegalidad, tendrá la consideración de funcionario público a efectos penales.

La primera de las conductas, como hemos visto, consiste en *informar favorablemente*, a sabiendas de su injusticia, instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes.

La conducta consiste, pues, en dictaminar sobre un asunto de la competencia del informante, y hacerlo de forma favorable a continuar un trámite o a emitir una resolución cuando, en realidad, el informe no debía de concluir de esa forma. Aunque hay que estar atentos a lo que la legislación autonómica correspondiente disponga y a lo propio que hagan las normas municipales en cuestión, pero, normalmente, en el ámbito urbanístico (como en otros de las Administraciones públicas), existen dos tipos de informes: el informe técnico, habitualmente redactado, como es obvio, por técnicos (ingenieros, arquitectos, ingenieros técnicos, arquitectos técnicos, etc.), en el que se comprueban los parámetros urbanísticos mencionados en el mismo desde la perspectiva técnica (por ejemplo, art. 20 del RD 2187/1978), y el informe jurídico, que se elabora a partir del anterior, indicándose en él aspectos procedimentales para el otorgamiento de la licencia, sobre el órgano competente para resolver, o la procedencia del otorgamiento o denegación de la licencia. También puede recoger la propuesta de resolución y, en este caso, sirve de fundamento

para que el órgano competente otorgue o deniegue la licencia. Los informes técnicos y jurídicos pueden ser preceptivos u obligatorios en el expediente correspondiente o facultativos y pueden o no ser vinculantes para el órgano que resuelva o determinantes, es decir, que cabe motivadamente el disenso. Aparte de ello, por razón de la materia, hay informes sectoriales, de distintos departamentos del gobierno de la Comunidad Autónoma, e informes estatales, en este último caso, cuando un plan de urbanismo afecta a ámbitos de competencia estatal (carreteras, puertos, aeropuertos, aguas, etc.). Finalmente, por razón del momento en el que se tienen que solicitar, estos pueden ser necesarios en la fase de aprobación inicial del plan, en la fase de avance o en la fase de aprobación definitiva.

Por otra parte, el tipo del art. 320, en lo que a los objetos del informe se refiere, incluye, en primer lugar, los instrumentos de planeamiento, que son los planes nacionales de ordenación, los planes directores territoriales de coordinación, los planes generales municipales, las normas complementarias y subsidiarias de planeamiento y todos aquellos otros que determinen las legislaciones autonómicas correspondientes. Por su parte, los proyectos de urbanización son instrumentos de gestión urbanística, proyectos de obras cuya finalidad es llevar a la práctica, en suelo urbano, las determinaciones correspondientes de los planes generales y de las normas complementarias y subsidiarias del planeamiento, y, en suelo urbanizable, la realización material de las propias de los planes parciales (art. 67 RD 2159/1978). El proyecto de parcelación es una de las fases del proceso de división o segregación del terreno ya sea suelo urbano o suelo rural. Un proyecto de reparcelación es un documento predominantemente jurídico que tiene por objeto, en el caso de las parcelaciones, transformar las fincas rústicas en urbanas y repartir los beneficios y cargas derivados del proceso urbanístico. Un proyecto de construcción de arquitectura, ingeniería civil u otra especialidad es un conjunto de documentos que definen de forma precisa la obra antes de que se lleve a cabo. Un proyecto de edificación es un conjunto de documentos mediante los cuales se definen y determinan las exigencias técnicas de una edificación que se va a realizar. Y, finalmente, una licencia urbanística es un acto administrativo que tiene por objeto autorizar una actividad en el campo de la construcción, mediante el cual la Administración urbanística realiza un control reglado de legalidad sobre las obras o usos de suelo o cualquier acto de transformación urbanística solicitado por el promotor de estas, con carácter previo a su realización.

La segunda de las conductas previstas es la de silenciar una infracción, que ha sido detectada con motivo de una inspección, o haber omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio. Son las que se ha venido en llamar conductas de prevaricación urbanística omisiva.

Así como en el caso anterior, la conducta se proyectaba sobre dos de las tres ámbitos o ramas del urbanismo, el planeamiento u ordenación y gestión

y ejecución del planeamiento previamente aprobado, esta se proyecta sobre la tercera de las mismas, la disciplina urbanística (art. 2 del antiguo RD 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana). La inspección urbanística es la actividad que los órganos administrativos competentes en materia de edificación y uso del suelo han de realizar con la finalidad de comprobar que todos los actos, las operaciones y las actividades sometidos a licencia se sujetan a la legalidad y la ordenación territorial y urbanística aplicables. Todas las normas autonómicas contienen previsiones en este sentido.

En este caso, el sujeto activo, o bien omite poner de manifiesto infracciones que han sido detectadas en el curso de la inspección o, simplemente, omite el acto de la propia inspección, sin que sea necesario que hubiera una infracción detectable si es que se hubiera realizado.

Finalmente, la última de las conductas consiste en resolver o votar a favor, por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado, de la aprobación de los instrumentos de planeamiento, los proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de las licencias a que se refiere el apartado anterior, a sabiendas de su injusticia.

Todas las conductas tienen que haber sido realizadas “a sabiendas de su injusticia”. Al igual que en relación al tipo general del delito de prevaricación del art. 404 CP, esa referencia expresa, en el tipo, que el delito se ha de cometer con plena conciencia de que se informa, vota o resuelve al margen del ordenamiento jurídico, o que se oculta la infracción o no se realiza la inspección, al margen del ordenamiento jurídico, y que eso ocasiona un resultado materialmente injusto. El sujeto quiere, pues, ese resultado, anteponiendo el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento (STS n.º 766/1999, de 18 de mayo; 497/2021, de 4 de junio).

Problema importante, resuelto por la STS n.º 127/2009, de 27 de noviembre, es el de la aplicación del art. 320 junto al 319. La Sala entendió que no conculca el principio *non bis in idem*, pues no cabe desconocer que bien tutelado con la sanción penal a la prevaricación urbanística no es sólo la ordenación del territorio sino también la Administración pública, como en toda prevaricación administrativa; y tras denegar expresamente relación de consunción o subsidiariedad, reitera que la aplicación del art. 319 junto al 320 no encierra colisión con el principio *non bis in idem*, por cuanto no se da coincidencia total de “desvalores” en bienes jurídicos protegidos; y tampoco se trata de mera progresión en el ataque a un solo y mismo bien penalmente tutelado.

Ninguno de los dos delitos lleva en sí la acción ni el desvalor del otro. Cada uno de ellos protege un bien jurídico distinto, así, el bien jurídico protegido en el art. 319, n.º 2, es la utilización racional del territorio, mientras que el art. 320 es un supuesto especial de la prevaricación del art. 404, al cual específicamente se refiere que tutela el correcto ejercicio de la función pública de

acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación; de modo que garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho, con el fin de evitar el “ejercicio arbitrario del poder” proscrito por el art. 9, n.º 3, de la CE.

4. DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE*

4.1. Introducción

El delito medioambiental viene regulado en el Capítulo III del Título XVI del CP (arts. 325 a 331 CP), bajo la rúbrica “de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”.

Desde un punto de vista histórico, nos encontramos con los delitos que, probablemente, han experimentado una evolución vertiginosa en las últimas décadas, en consonancia con la creciente preocupación de la sociedad acerca de una cuestión que, en la actualidad, se presenta como uno de los desafíos más acuciantes de la humanidad y prácticamente nadie cuestiona la necesidad de acudir a la legislación penal para proteger los ataques más intolerables al medio ambiente.

Al hilo de lo anterior, quizá resulte adecuado recordar que el primer reconocimiento internacional de los derechos ambientales de las personas se realizó en la Conferencia de la ONU sobre el Medio Humano, celebrada en Estocolmo en 1972, donde se proclamaba la necesidad de un criterio y unos principios comunes que ofrezcan a los pueblos del mundo inspiración y guía para preservar y mejorar el medio humano, recogiendo 26 principios de actuación dirigidos a la protección del medio ambiente.

Desde entonces, la preocupación internacional sobre la materia ha ido exponencialmente en aumento, en línea con el interés sobre la cuestión en las sociedades de los países de nuestro entorno.

Centrándonos en el ámbito nacional, la primera vez que se introdujo la necesidad de otorgar una prioridad máxima de protección al medio ambiente, se produjo con ocasión de la promulgación de la CE, que dedicó expresamente el art. 45 CE a consagrar el medio ambiente como un derecho de todas las personas y un bien digno de protección¹¹⁵⁹. De hecho, la apuesta de la CE

* A cargo de **Fernando Adame García**.

1159. Art. 45 de la CE: “1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, al apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. 3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado”.

UNIDAD 8

DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE

Competencias

- Analizar el estado actual del delito ecológico y su impacto en el medio ambiente.
- Comprender la importancia de la regulación de los delitos ambientales en la conservación de los ecosistemas peruanos.

PRIMERA LECTURA

Baucells Lladós, J. (2018). Los problemas del nuevo delito ecológico en la reforma penal de 2015. En Morales Prats, F., Tamarit Sumalla, J. y García Alberó, R. (Coords.). Represión Penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares (pp. 771-785). Navarra, España. Thomson Reuters Aranzadi.

El legislador español se excusa en la Directiva 2009/123/CE para plantear un cambio radical en la política criminal en materia ambiental, respecto de la cual no se ha tenido la oportunidad de debatir. Pero sobre todo, un cambio radical que no deseaba ni reclama Europa, innecesario y que puede plantear algunos problemas de aplicación insalvables.

Represión Penal y Estado de Derecho

Homenaje al Profesor
Gonzalo Quintero Olivares

FERMÍN MORALES PRATS
JOSEP M^a TAMARIT SUMALLA
RAMÓN GARCÍA ALBERO
(COORDINADORES)

INCLUYE LIBRO
ELECTRÓNICO
**THOMSON REUTERS
PROVIEW™**

THOMSON REUTERS

ARANZADI

FERMÍN MORALES PRATS

Catedrático de Derecho Penal. Universitat Autònoma de Barcelona

JOSEP M.^a TAMARIT SUMALLA

*Catedrático de Derecho Penal. Universitat de Lleida y
Universitat Oberta de Catalunya*

RAMON GARCIA ALBERO

Catedrático de Derecho Penal. Universitat de Lleida

REPRESIÓN PENAL Y ESTADO DE DERECHO

Homenaje al Profesor Gonzalo
Quintero Olivares

THOMSON REUTERS

ARANZADI

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

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2018 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Fermín Morales Prats, Josep M.^a Tamarit Sumalla y Ramón García Albero]

© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

Editorial Aranzadi, S.A.U.

Camino de Galar, 15

31190 Cizur Menor (Navarra)

ISBN: 978-84-1309-027-6

DL NA 2759-2018

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

Los problemas del nuevo delito ecológico en la reforma penal de 2015

JOAN BAUCCELLS LLADÓS

*Profesor titular de derecho penal
Universitat Autònoma de Barcelona*

I. INTRODUCCIÓN

Me hace mucha ilusión participar en este merecido homenaje al profesor Quintero Olivares. Al margen de ser y de haber sido siempre un referente intelectual desde mis primeros pasos académicos, tuve el inmenso privilegio de trabajar e intimar con él cuando se incorporó a la cátedra de la Universitat Rovira i Virgili. Guardo un precioso recuerdo de esa época en el que, sin duda, contribuyeron las complicidades y las conversaciones que mantuve con Gonzalo en los paseos y terrazas de nuestra querida Tarragona. También tenía claro el objeto de mi contribución. Ambos prometimos lealtad medioambiental al Grupo de investigación departamental en el que nos integramos así que, debía versar inevitablemente sobre el derecho penal ambiental del que tanto habíamos hablado¹.

La reforma penal de 2015 introdujo en el artículo 325.1 CP una nueva tipificación de delito ecológico en el que la relevancia del acto de contaminación se hacía depender de que «*por sí mismos o conjuntamente con otros, cause o pueda causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas*».

1. Uno de los resultados de esos diálogos fue BAUCCELLS, J. *Nuevas perspectivas de la política criminal europea en materia ambiental*, Atelier, Barcelona, 2008 en cuyos agradecimientos ya aparece el reconocimiento al estímulo intelectual de Quintero Olivares en su elaboración.

En el texto vigente hasta esa fecha, el delito ecológico se construía sobre las mismas conductas de contaminación (emisiones, vertidos, radiaciones, ...) pero exigiendo para su tipicidad que pudieran perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas. Así, de una primera aproximación a la reforma, parecería que la principal novedad consistiría en dejar de fundamentar la protección penal en la puesta en peligro del equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas –que pasaría a constituir el desvalor de resultado de los otros tipos agravados– y pasar a fundamentar el nuevo tipo básico en la lesión, el daño, a los objetos medioambientales: el agua, el aire, el suelo, animales o plantas.

En definitiva, según la opinión de los primeros comentaristas de esta reforma, la voluntad del legislador español fue la de avanzar las barreras de la protección penal del medio ambiente para sancionar «un desvalor de resultado distinto y supuestamente de menor gravedad que el ahora contemplado en el segundo apartado»².

II. UNA REFORMA PROBLEMÁTICA

1. LA AUSENCIA DE COARTADA EUROPEA

Pese a esta primera impresión, la verdad es que esta *ratio legis* del legislador no fue en ningún momento verbalizada en la discusión y aprobación de la reforma³. La única fundamentación fue la ofrecida en la presentación de las sendas enmiendas del Grupo parlamentario popular justo antes de su entrada en el Senado y el argumento fundamental era otro: residía en la necesidad de adaptar el código penal a las Directivas europeas.

Así, en relación al artículo 325.1 la enmienda núm. 846 del Grupo parlamentario popular afirmaba que «*la modificación propuesta responde a la necesidad de adaptar el precepto a lo dispuesto en la Directiva 2009/123/CE, por la que se modifica la Directiva 2005/35/CE, relativa a la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones para las infracciones. El actual artículo 325 exige –se*

2. HAVA, E. «Modificaciones en delitos ambientales» en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) *Comentario a la reforma penal de 2015*, Thompson Reuters-Aranzadi, Cizur menor, 2015, p. 657.

3. La modificación fue propuesta en la última fase de la tramitación parlamentaria, justo antes de que el texto fuera remitido al Senado. De modo que este tipo no fue informado por los correspondientes organismos preceptivos (Consejo fiscal, Consejo General del Poder Judicial) ni fue, tan siquiera discutido en el trámite de reforma en el Senado. Así lo ha advertido GORRIZ, E. «Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (art. 325, 326, 326 bis, 327 y 328 CP» en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.) *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*. 2.^a edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 1010.

decía— que las conductas «puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales», mientras que en la normativa comunitaria solamente se requiere que se produzca un «deterioro de la calidad del agua» (art. 5 bis, apartado tres de la Directiva 2009/123/CE)».

En definitiva, la voluntad manifestada expresamente por el legislador era la de cumplir a pie de la letra las Directivas europeas, a pesar de que... ¡estas mismas Directivas ya habían sido traspuestas, según el mismo legislador, en la reforma penal de 2010! En los últimos tiempos estamos demasiado acostumbrados a que el legislador penal fundamente la necesidad de reforma penal exclusivamente en pretendidas obligaciones europeas que, en realidad, no son sólo innecesarias, sino que llegan a ser incluso contraproducentes.

No es cierto que la Directiva 2009/123/CE obligara al Estado español a introducir el nuevo artículo 325.1. Su artículo 4 obliga a España sólo a sancionar las descargas de sustancias contaminantes procedentes de buques. En cambio, el nuevo artículo 325.1 CP no sólo tipifica actos de contaminación proveniente de buques sino de cualquier tipo de sujeto activo y sobre cualquier objeto no marino. Además, la Directiva circunscribe la obligación de tipificar como infracción penal esas descargas sólo cuando sean realizadas en las zonas enumeradas en el artículo 3, apartado 1. Es decir, sobre el agua e, indirectamente podría alcanzar también a animales o plantas acuáticas. Y, sin embargo, el artículo 325 se refiere también a actos de contaminación sobre la calidad del aire, el suelo así como en animales o plantas no acuáticos.

En definitiva, el legislador penal español se excusa en una Directiva para plantear, como veremos, un cambio radical en la política criminal en materia ambiental de la que creo que no ha sido demasiado consciente o, como mínimo, respecto al cual no se ha tenido oportunidad de debatir. Pero sobre todo, un cambio radical que no deseaba ni reclamaba Europa y que, de un lado, vuelve a ser innecesaria [epígrafe II.2] y, de otro, puede plantear algunos problemas de aplicación insalvables [epígrafes II.3 y II.4].

2. FALTA DE NECESIDAD DE REFORMA

La doctrina y la jurisprudencia ya venían considerando el art. 325.1 en su redacción anterior como un delito de «*resultado material*» en el que debía constatar una efectiva alteración del elemento medioambiental afectado por la conducta contaminante⁴. En definitiva, la mayoría de los atentados

4. Entre la doctrina, ver por todos, MARTINEZ BUJÁN, C. *Derecho penal y económico de la empresa. Parte especial*, 2.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 822; DE LA CUESTA, M.P. *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; SILVA SÁNCHEZ, J.M.ª *Delitos contra el medio ambiente*, Tirant lo Blanch,

medioambientales que eran sancionados por nuestros tribunales penales incluían ya supuestos en los que existían daños para los elementos del ecosistema. En otras palabras, aunque el legislador viniera exigiendo un resultado de grave puesta en peligro del equilibrio del ecosistema, los tribunales españoles han venido considerando subsumible en el delito ecológico actos graves de contaminación, entendidos como «daños materiales» a los diversos objetos constitutivos del medio ambiente: agua, aire, suelo, animales o plantas.

En conclusión, el único argumento verbalizado por el legislador para justificar la reforma penal de 2015 (la necesidad de adaptarse a la normativa comunitaria), no era de recibo puesto que con la redacción anterior, el ordenamiento jurídico español ya cumplía con las obligaciones de incriminación penal propuestas por Europa: sancionar los daños sustanciales a las aguas⁵. Pero lo más grave es que con su introducción, el nuevo artículo 325.1 CP presenta una serie de problemas difíciles de resolver.

3. PROPUESTA DE UN BIEN JURÍDICO CONTROVERTIDO: UNA CONCEPCIÓN ECOCÉNTRICA PURA DE MEDIO AMBIENTE

Desde la introducción del delito ecológico en el código penal de 1983 el bien jurídico protegido en este delito ha superado las definiciones antropocéntricas que limitaban el alcance de los daños al medio ambiente a aquellos que afectaban al ser humano, su salud, su propiedad o su bienestar⁶. De hecho, su artículo 347 bis ya no adoptó un modelo «antropocéntrico puro» —también llamado «antropocéntrico radical»— puesto que, en efecto, construía el tipo penal alrededor de la puesta en concreto peligro grave de la «salud de las personas», pero alternativamente también permitía la sanción de la idoneidad del acto de contaminación para «poder perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles». Pese a ello, es cierto que podía construirse el injusto penal exclusivamente sobre la

Valencia, 1999, pp. 23-24; DE LA MATA, N.-LANDA, J.M. «Delincuencia ambiental y jurisprudencia penal» en QUINTERO OLIVARES, G.-MORALES PRATS, F. (Coor.) *Estudios de derecho ambiental, LH al prof. Miquel Prats Canut*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 115.

5. En este sentido también se ha pronunciado HAVA, E. *Ob.cit.* p. 657 al afirmar que «aquellas conductas que causen un deterioro (esto es, un efectivo menoscabo) de la calidad de las aguas (son), supuestos que en su mayoría probablemente podría haberse entendido incluidos en el ámbito de aplicación de la anterior redacción del artículo 325 CP».

6. El Proyecto de CP de 1980 propuso un concepto antropocéntrico puro al pretender ubicar el delito ecológico dentro de los «delitos contra la salud pública» circunscribiendo la tutela penal del medio ambiente a la perspectiva unidimensional de la salud pública [JORGE BARREIRO, A. *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*, Comares, Granada, 2005, p. 48].

puesta en peligro de la salud de las personas. Además, la referencia a «plantaciones útiles» dejaba una rémora de afectación medioambiental con interés o relevancia para el ser humano. Por estas dos razones –junto a la ubicación sistemática de estos delitos bajo la rúbrica de los «delitos contra la salud pública»– parecía que de *lege lata* el código apostaba por una concepción «antropocéntrica moderada».

Con la reforma del código penal de 1995 se da un paso importante en la construcción de un bien jurídico más ecocéntrico. De un lado, estas figuras se incorporan bajo una nueva rúbrica «De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente». Además, incriminó por sí solas las conductas de contaminación que mostraran idoneidad para «poder perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales». En realidad, no es que el legislador penal español renunciara a un concepto antropocéntrico, más bien lo relegaba a un tipo con mayor pena. Pero era evidente que el delito ecológico se fundamentaba sobre una concepción «ecocéntrica moderada»⁷ que permitía sancionar como delito ecológico comportamientos provocados en «los sistemas naturales», sin repercusión inmediata y aparente sobre las actividades económicas y sociales humanas.

Por lo que nos interesa aquí, no se exigía sólo que el peligro de los actos de contaminación recayera sobre la calidad de los objetos componentes del medio ambiente (esto es, el agua, el suelo, el aire, los animales o las plantas) –como sucede en el código penal alemán, por ejemplo–, sino que la lógica de la fragmentariedad iba más allá exigiendo que el peligro recayera sobre algo que debe considerarse mucho más grave: «el equilibrio de los sistemas naturales». Como advirtió la doctrina, se trataba «del mantenimiento de las propiedades del suelo, del aire y el agua, así como de la fauna y la flora y 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»⁸. En esa línea, la mejor jurisprudencia vino entendiendo esa referencia como un sinónimo de «equilibrio del ecosistema» afectado.

Pues bien, parece que la reforma penal de 2015 culminaría este proceso de lo que podríamos llamar «plena ecocentrificación» del bien jurídico

7. Así lo ha venido considerando el sector mayoritario de la doctrina. Ver, por todos, ALASTUEY, M.C. *El delito de contaminación ambiental*, Comares, Granada, 2004 p. 50; SUÁREZ-MIRA, C. «El bien jurídico protegido» en FARALDO, P. (Dir.) *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el código penal y la legislación especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 78; GORRIZ, E. *Protección penal de la ordenación del territorio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 468-469; TERRADILLOS, J. *Derecho penal del medio ambiente*, Trotta, Madrid, 1997, p. 42-43.

8. BACIGALUPO, E. «La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente» en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. V, 1982, pp. 200-201.

protegido imponiendo una concepción «*ecocéntrica pura*» del bien jurídico, donde lo relevante penalmente es sólo dañar o poner en peligro los objetos materiales que constituyen el medio ambiente, sin considerar la peligrosidad para el ecosistema, ni la salud de las personas⁹. Una propuesta políticocriminal que como se puede intuir es muy discutible y problemática.

El debate se ha planteado fundamentalmente en Alemania donde se tipifica como delito ecológico una conducta parecida al nuevo 325.1 CP: «*quien, sin autorización, contamine el agua o, de cualquier modo, altere perjudicialmente sus cualidades propias*» (art. 324 StGB). La doctrina alemana ha tenido la ocasión de advertir, en primer lugar, que tal concepción confunde el concepto de medio ambiente que interesa al Derecho en general y al Derecho penal en particular con el que interesa a la Ecología como ciencia¹⁰. En este sentido, el derecho penal, identificando el objeto de los actos de contaminación con el bien jurídico, no sabría encontrar ningún elemento valorativo que justificara suficientemente la intervención penal.

En segundo lugar, la doctrina alemana también ha advertido que una concepción ecocéntrica tan radical resultaría insostenible en sociedades como las contemporáneas pues al sancionar cualquier acto de contaminación de las aguas, sin autorización administrativa, supone una renuncia absoluta al progreso técnico e industrial¹¹ y permite criminalizar prácticamente cualquier intervención humana en el medio ambiente¹². Como tuvo ocasión de señalar nuestro homenajeado, la definición del bien jurídico medio ambiental «*arranca de la asunción de que existe un campo de actividades contaminantes o atentatorias para el medio ambiente que está consentido por el sistema social y político*»¹³. En otras palabras, no cualquier daño sustancial a la calidad del agua, aire o suelo puede ser constitutivo de delito sin riesgo de criminalizar la actividad económica de nuestras sociedades. Por no hablar, en tercer lugar, de la subyacente polémica de la cuestión relativa a su asociación con una

9. En palabras de MUÑOZ CONDE, F.-LÓPEZ PELEGRÍN-GARCÍA ÁLVAREZ, *Manual de Derecho penal medioambiental*, 2.^a, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 222. no se protege la alteración de los sistemas naturales sino el mantenimiento de las propiedades del suelo, aire y agua así como de la flora y fauna.

10. En ese sentido BLOY, R. «Die Straftaten gegen die Umwelt im System des Rechtsgüterschutzes» en ZStW, 100, 1988, p. 494-495; BLOY, R. «Umweltstrafrecht: Geschichte-Dogmatik-Zukunftsperspektiven» en JuS, 1997, p. 580.

11. KHULEN, L. *Zum Umweltstrafrecht in der Bundesrepublik Deutschland*, Wirtschaft und Verwaltung, 1991, p. 697.

12. En este sentido, ALASTUEY, M.C. *El delito...* *Ob.cit.* p. 36 y JORGE BARREIRO, A. *Estudios...* *Ob.cit.* p. 41.

13. QUINTERO OLIVARES, G. «Bien jurídico, derecho público subjetivo y legitimación en el derecho penal ambiental» en QUINTERO OLIVARES, G.-MORALES PRATS, F. (Coord.) *Ob.cit.*, p. 220-221.

ética ecológica que pretenda el reconocimiento de derechos propios de la naturaleza¹⁴.

Pero además, no solo supone el recurso a una técnica administrativa de redacción de los preceptos penales que adelanta las barreras de intervención penal cuestionando el principio de intervención penal mínima y subsidiariedad¹⁵, sino que –como veremos detenidamente más adelante– plantea ineludibles problemas de delimitación con las infracciones administrativas.

Atendiendo al nulo debate legislativo que existió de este precepto¹⁶, parece evidente que el legislador desatendió la oposición mayoritaria de la doctrina a una tal concepción «ecocéntrica radical» del bien jurídico protegido¹⁷.

4. CONSECUENCIAS NEGATIVAS DE SU INTRODUCCIÓN PARA LA DELIMITACIÓN ENTRE TIPOS PENALES E INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS

No quiero apuntar en este apartado todos los problemas dogmáticos y político criminales que plantea la introducción del nuevo artículo 325.1 CP. Ya se ha advertido por parte de la doctrina de cuestiones tan relevantes como la vulneración del juicio de imputación objetiva y del principio de culpabilidad con el uso de la técnica de los delitos cumulativos¹⁸; o la vulneración del principio de proporcionalidad y la introducción de un factor criminógeno con la previsión de la misma pena tanto para los actos que «causen» (tipo de resultado o lesión) o «puedan causar» (tipo de peligro concreto) daños sustanciales

14. KAUFMANN, A. «Gibt es Rechte der Natur?» en *Festschrift für Günter Spendel zum 70 Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlin-NY, 1992, p. 62.

15. Así también lo considera JERICÓ, L. «Análisis de la relevancia penal de la contaminación acústica en ámbitos urbanos tras la reforma de los delitos contra el medio ambiente (LO 1/2015, de 20 de marzo)» en *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 18-12, 2016, p. 16.

16. Ver *supra* epígrafe II.1.

17. La doctrina mayoritaria en España se ha manifestado en contra de una concepción ecológica radical y a favor más bien, de una concepción antropocéntrica. Ver por todos, con numerosas referencias bibliográficas ALASTUEY, M.C. *El delito...* *Ob.cit.* p. 35-36; PUENTE, L.M. «Los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente» en FARALDO, P. (Dir.) *Ordenación...* *Ob.cit.* p. 238 nota 2. Entre la doctrina española sólo MARTOS NÚÑEZ (*Derecho penal ambiental*, Exlibris, Madrid, 2006, p. 30) considera que los objetos de la naturaleza merecen y necesitan protección por sí mismos.

18. Al referirse a actos de contaminación cometidos «por sí mismos o conjuntamente con otros» penaliza modalidades contaminantes que en sí mismas no realizan la conducta típica; lo que ha llevado a la doctrina a mantener que, en aplicación de estos principios aludidos, las conductas contaminantes que no colmen las exigencias típicas deberían ser consideradas atípicas. Así, GORRIZ, E. «Delitos...» en *Ob.cit.* p. 1014; JERICÓ, L. *Ob.cit.* p. 18.

a las propiedades del agua, suelo, aire, flora o fauna¹⁹. Quiero referirme en este apartado exclusivamente a las consecuencias negativas para la hasta ahora delimitación entre los diversos tipos penales y las infracciones administrativas.

4.1. ¿Tipo básico o tipo atenuado?

Una de las principales problemáticas de la reforma es la consideración del nuevo artículo 325.1 CP como tipo básico o como tipo atenuado del 325.2 CP. El tema ya ha creado polémica entre los autores que han empezado a analizar el precepto. A partir del tenor gramatical del artículo 325 la posición hasta ahora mayoritaria de la doctrina considera que el nuevo párrafo primero constituye el tipo básico del delito ecológico. En efecto, el art. 325.2 arranca con una remisión que alude a «*si las anteriores conductas*» –refiriéndose al 325.1 CP– pudieran considerarse más graves por «poder perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales», deberá imponerse una pena superior (prisión de dos a cinco años)²⁰.

Una opinión minoritaria de la doctrina, en cambio, entiende que el artículo 325.2 CP continúa siendo el tipo básico respecto al cual, el art. 325.1 funcionaría como atenuado. El principal dato para aseverarlo sería que este delito prevé la misma pena que la establecida para el delito del art. 325 CP antes de la reforma de 2015 y, en consecuencia, atendiendo al principio de proporcionalidad, no parecería justificado añadir más requisitos típicos (los daños sustanciales a la calidad del agua, aire, del suelo o de las aguas, o animales o plantas previstos en el básico) a una conducta ya existente para castigarla con la misma pena²¹.

En mi opinión, además de estos argumentos, lo decisivo para rechazar el art. 325.1 CP como tipo básico son las consecuencias prácticas que ello supondría

19. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. «Contaminación ambiental, residuos e instalaciones peligrosas para los recursos naturales y el ambiente tras la reforma de 2015» en *Revista Penal*, núm. 36, 2015, p. 90; GÓMEZ RIVERO, C. *Nociones fundamentales de Derecho Penal Parte Especial*, 2.ª edición, Tecnos, Madrid, 2015, 428; GÓRRIZ ROYO, E. «Delitos...» en *Ob.cit.* p. 1015; HAVA, E. *Ob.cit.* p. 658; MARTÍNEZ-BUJÁN, C. *Ob.cit.* p. 943; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal Parte Especial*, 20.ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 500.

20. Aunque no se refiera expresamente a este argumento gramatical, éste parece que es el que conduce a HAVA, E. *Ob.cit.*, p. 659 a afirmar «la inclusión del *nuevo tipo básico* en el primer apartado del artículo 325 CP ha provocado que lo que queda de la anterior redacción haya sido relegado a su apartado segundo» [el subrayado es mío]. También se han pronunciado en ese sentido, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. «Contaminación...» en *Ob.cit.*, p. 90; GÓMEZ RIVERO, C. *Ob.cit.*, p. 425; MUÑOZ CONDE, E. *Derecho Penal... Ob.cit.*, p. 501.

21. Con este principal argumento se ha pronunciado GÓRRIZ, E. «Delitos...» en *Ob.cit.*, p. 1017.

para su aplicación. Obsérvese que, de un lado, esto dificultaría muchísimo la aplicación del tipo agravado –art. 325.2 CP– puesto que habría que probar no sólo la puesta en peligro grave del equilibrio de los sistemas naturales, sino también probar el daño sustancial –o la posibilidad del mismo– contra un elemento natural, además de la relación de causalidad entre ambas, ambos requisitos exigidos en el tipo básico²².

Pero, en segundo lugar, imposibilitaría la condena de los supuestos de contaminación acústica. Como establece el propio precepto se requiere que la emisión de ruido, contraviniendo la normativa administrativa en la materia, cause o pueda causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o animales o plantas. Resulta artificioso considerar que la emisión de ruidos en exceso puede afectar a la calidad del aire. Esta puede verse alterada con la emisión de gases contaminantes, pero difícilmente por la emisión de ruidos²³.

Sin duda, ninguna de ambas conclusiones eran las pretendidas por el legislador ni las deseables desde un punto de vista político criminal. De todos modos, pese a sus ventajas, la configuración del artículo 325.1 CP como tipo atenuado respecto al 325.2 también provoca consecuencias prácticas no deseables.

De un lado, este planteamiento provocará graves problemas concursales. Vistos los supuestos que hasta el momento han llegado a nuestros tribunales, no serán pocos los casos en que ambos preceptos puedan aplicarse a un supuesto de hecho. Por ejemplo, cuando se realicen vertidos a un río que, además de causar un daño sustancial a la calidad de las aguas, puedan perjudicar gravemente el equilibrio del ecosistema natural²⁴. De considerarse que el art. 325.2 CP fuera un tipo agravado, el problema no se plantearía puesto que el tipo agravado daría respuesta a todo el desvalor de la conducta. Considerando el art. 325.2 como básico, en cambio, cualquier solución deja de ser plenamente satisfactoria. Si se decide que estamos ante un concurso aparente de normas, sólo podrá resolverse a través del principio de alternatividad (art. 8. 4.º CP), es decir, a favor del artículo 325.2 –que prevé una pena más grave– y, sin duda, esta solución revela hasta qué punto la reforma era innecesaria.

22. Ver GORRIZ, E. *Ult. Ob. cit.*, p. 1017.

23. Así lo ha advertido ya JERICÓ, L. *Ob.cit.* p. 27 al considerar «escasamente probable que la emisión de ruidos afecte a la calidad del suelo o de las aguas, ello implicará que este precepto será de difícil aplicación para los casos de contaminación acústica en ámbitos urbanos, a no ser que la emisión de ruidos pueda afectar a los animales que vivan en estos entornos (al derivar por ejemplo en un elevado cuadro de estrés al estar sometidos estos animales a un nivel importante de ruido), cuyo castigo penal podría rozar, desde mi punto de vista, lo esperpéntico»

24. Ver HAVA, E. *Ob. cit.*, p. 659.

Si se decide que estamos ante un concurso de delitos, ello sería sólo posible si concluyéramos que ambos preceptos tutelan bienes jurídicos distintos: el equilibrio de los ecosistemas en el segundo párrafo y los elementos u objetos ambientales aisladamente considerados en el primero. Cuestión que, como vimos en su momento, es más que discutible²⁵.

De otro lado, la consideración del art. 325.1 como tipo atenuado en sentido estricto implica que para aplicar el tipo atenuado deben darse los elementos del tipo básico más los específicamente atenuantes previstos en él. Este planteamiento no es capaz de explicar satisfactoriamente por qué la causación de un injusto más grave como el que genera un peligro grave para el equilibrio de los sistemas naturales más la causación de daños sustanciales en los elementos materiales merece una pena inferior (prisión de seis meses a dos años) a la del tipo básico (prisión de dos a cinco años) donde sólo se exige lo primero.

4.2. La calificación de «sustancial» respecto al daño

Entre las consecuencias negativas de la introducción del artículo 325.1 para la delimitación entre tipos penales e infracciones administrativas también debe destacarse el recurso al concepto jurídico indeterminado «*daño sustancial*» que planteará muchísimos problemas de interpretación e inseguridad jurídica²⁶.

Buena prueba de estas dificultades interpretativas son la ausencia de propuestas de definición de «daño sustancial» realizadas hasta ahora por la doctrina. Esta se ha limitado a advertir que deben tener en cuenta criterios cuantitativos y no cualitativos²⁷ o, por ejemplo, requiriendo que en todo caso deba tratarse de un daño grave²⁸, es decir, sustituyendo un concepto jurídico indeterminado por otro.

Tampoco muy tranquilizadora es la posición de la escasa jurisprudencia que hasta el momento ha venido aplicando el nuevo precepto. En este sentido, la SAP de Madrid núm. 903/2015, de 6 noviembre, en un caso de vertidos consideró que «*las consecuencias nocivas deben concretarse, judicialmente, caso por caso, de la mano de los correspondientes informes periciales y deben suponer: efectos negativos probables, valorando para ello, además del hecho en sí, parámetros como su intensidad, prolongación en el tiempo, deterioro del suelo, la vida de la fauna y flora circundante,*

25. Sobre la problemática de una concepción «ecocéntrica pura» ver *supra* epígrafe II.3.

26. GÓRRIZ ROYO, E. «Delitos...» en *Ob.cit.* p. 1016; MARTÍNEZ-BUJÁN, C. *Ob.cit.* p. 943; MUÑOZ CONDE, F./LÓPEZ PELEGRÍN/GARCÍA ÁLVAREZ, *Ob.cit.* p. 231.

27. OLMEDO CARDENETE, «Principales novedades introducidas por la LO 1/2015, de 30 de marzo en los delitos contra el medio ambiente, flora, fauna y animales domésticos» en Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes orgánicas 1/2015 y 2/2015), Dykinson, Madrid, 2015, p. 770.

28. MUÑOZ CONDE/LÓPEZ PELEGRÍN/GARCÍA ÁLVAREZ, *Ob.cit.* p. 233.

peligro para la salud de las personas y la dificultad para restablecer el medio afectado». Especialmente preocupante es la referencia a su valoración a partir del peligro para la salud de las personas o la dificultad para restablecer el ecosistema, puesto que éstos son, precisamente, los parámetros para valorar el injusto del artículo 325.2 CP.

Por todos los motivos apuntados hasta ahora consideramos que el artículo 325.1 debería eliminarse con urgencia de nuestro código penal por innecesario y distorsionador. Sin embargo, y hasta ese momento, propongo a continuación una propuesta que permita aplicarla con un mínimo de coherencia.

III. UNA PROPUESTA DE SOLUCIÓN

1. EL MANTENIMIENTO DE UNA CONCEPCIÓN «ECOCÉNTRICA MODERADA»

A pesar de la redacción que de *lege lata* presenta el nuevo precepto, no necesariamente debe concluirse que estamos ante una concepción «*ecocéntrica pura*» del bien jurídico protegido, con todas las consecuencias que de ello se derivan. También con la redacción que presentaba el código penal de 1995, hubo autores que defendieron una concepción «*antropocéntrica moderada*» de la que deducían importantes consecuencias interpretativas²⁹. Pues bien, incluso a pesar del tenor literal del nuevo 325.1 considero que puede y debe continuar manteniéndose un concepto «*ecocéntrico moderado*». En realidad, ésta ha sido la opinión mayoritaria –diría unánime– de la doctrina alemana respecto a su artículo 324 StGB. Cuando se ha aproximado al bien jurídico protegido en este precepto, los autores alemanes han considerado que sería «la incolumidad del estado natural, pero no como un fin en sí mismo, sino en interés de la comunidad. O, con otras palabras, las funciones que son propias de las aguas en estado natural y ofrecen relevancia para el medio ambiente y el hombre en

29. Es el caso, p.ej. de Silva Sánchez quien, su concepción antropocéntrica del medio ambiente le lleva a interpretar que el último inciso del artículo 325 –el que exige aptitud de la acción para perjudicar bienes jurídicos individuales– es el que debe guiar la interpretación de todo el precepto. Refiriéndose a los dos incisos señalaba que «no se trata, en realidad, de intereses distintos afectados por una sola conducta, sino de progresión en una misma línea de afectación». Así en el anterior artículo 325.1 «la puesta en peligro grave del equilibrio de los sistemas naturales requiere algún tipo de afectación de intereses personales (de modo que esto no sea únicamente la *ratio legis*, el fundamento de la incriminación, sino que deba ser objeto de contrastación en el caso concreto)». El anterior inciso segundo se aplicaría, en cambio, en supuestos de «una auténtica puesta en peligro grave de la salud de las personas». Ver SILVA SÁNCHEZ, J.M.² *Delitos contra el medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 84.

general»³⁰. Así que no debemos asumir irremediamente los problemas de una concepción «*ecocéntrica radical*» del bien jurídico.

Una última cuestión me parece importante destacar. Las concepciones «ecocéntricas» y «antropocéntricas» moderadas están más próximas de lo que parece. Algún autor ha llegado a afirmar que suponen un «falso dilema»³¹. En realidad, eso se debe a que con el fin de distanciarse del ecocentrismo puro o radical, el ecocentrismo moderado no descuida la referencia a una protección del medio ambiente no por sí mismo, sino como fundamento para la vida de las generaciones presentes y futuras³². La distinción entre ellas reside fundamentalmente en que los ecocentristas moderados ya no exigirán configurar los tipos penales sobre cláusulas de peligro para lesionar bienes jurídicos individuales, pero consideran que están tutelando también, de forma mediata, al individuo ya que la necesaria afectación de los elementos del ecosistema repercute en las condiciones de existencia del ser humano. Y considero que este matiz es muy relevante puesto, aparte de conciliarse con los presupuestos constitucionales del medio ambiente³³, nos permitirá desarrollar una cierta interpretación y aplicación tanto del concepto «daño sustancial» [epígrafe III.2] como de la relación entre los distintos tipos penales [epígrafe III.3]. Por ello, concluyo que en una concepción «ecocéntrica pura», el bien jurídico concretamente protegido en el 325.1 CP sería **«la incolumidad del estado natural, las funciones que son propias de las aguas, el aire, el suelo, la flora y la fauna en estado natural no por sí mismas –posición ecocéntrica radical– sino cuando ofrecen relevancia para el ecosistema e, indirectamente el ser humano»**.

2. EL CONCEPTO DE «DAÑO SUSTANCIAL» A LA CALIDAD DEL AIRE, DEL SUELO O DE LAS AGUAS, O ANIMALES O PLANTAS

En consecuencia, si lo relevante penalmente es que los actos de contaminación puedan de algún modo afectar a los ecosistemas, deberán quedar fuera del ámbito de aplicación del artículo 325.1 las conductas que recaigan sobre objetos materiales ajenos a los mismos. En esa línea, por ejemplo, no podrán

30. Así TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 1988, p. 1647. Al respecto ver MANZANARES SAMANIEGO, J.L., «La protección de las aguas como elemento ecológico en Alemania» en *Actualidad penal*, núm. 1, 1994, p. 294 y ss. con referencias a varios autores.

31. JORGE BARREIRO, A. *Ob.cit.* p. 38 y ss.

32. Sobre esta cuestión ALASTUEY, M.C. *Ob.cit.* p. 36 y ss. hasta el punto de que han llegado a ser denominadas como posiciones «ecológico-antropocéntricas».

33. Recuerdo que el art. 45 CE apunta a un concepto antropocéntrico al declarar que «todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo»

considerarse como daños sustanciales a efectos del artículo 325.1 los que recaigan sobre aguas que se encuentren en recipientes aislados como, por ejemplo, piscinas, depósitos o las canalizadas para suministrar servicios a domicilio³⁴. Esta es la conclusión a la que se llega también en Alemania donde lo fundamental para delimitar el objeto de este delito desde el bien jurídico protegido es que las aguas no estén apartadas definitivamente de su curso natural. Por ello también se incluyen las aguas de ríos o arroyos que sólo de forma discontinua pueden fluir por túneles o tuberías. Influye en la doctrina alemana el hecho que el propio código penal (art. 330 StGB) proponga una definición penal de aguas consideradas como «*las que fluyen –constante o temporalmente– o permanecen en sus lechos, así como las que manan libremente de las fuentes*»³⁵. Aunque el código penal español no disponga de esta definición normativa sería posible llegar a la misma conclusión desde el bien jurídico protegido acabado de apuntar. En ese mismo orden de consideraciones la muerte de animales domésticos (como perros o gatos) –por muy «daño sustancial» que pueda considerarse– no podrá tampoco subsumirse en este precepto por no afectar de ningún modo al ecosistema³⁶.

Si el «daño sustancial» a los elementos del medio ambiente previsto en el apartado primero debe de algún modo afectar al ecosistema, el principal problema será delimitarlo claramente de la afectación al «equilibrio de los sistemas naturales» exigido en el segundo. Sobre todo, si –como ya hemos tenido ocasión de ver– la jurisprudencia ha venido considerando el peligro para el «equilibrio de los sistemas naturales» como sinónimo de peligro para el «ecosistema».

Según la Real Academia de la Lengua por equilibrio debe entenderse el «*estado de un cuerpo cuando fuerzas encontradas que obran en él se compensan destruyéndose mutuamente*». Por ello, entiendo que para que un acto de contaminación pueda subsumirse en el apartado segundo es necesario que para recuperar el estado de origen deba aplicarse una fuerza humana externa que permita compensar el peligro generado. En consecuencia, creo que respetaría el tenor gramatical del precepto y lo conciliaría con el bien jurídico asumido concluir que la menor pena prevista en el apartado primero residiría en la «**posibilidad de resiliencia**», esto es la capacidad de un sistema para recuperar, por sí solo,

34. En estos casos al faltar la idoneidad de los actos de contaminación para afectar al ecosistema, deberían reconducirse a los delitos contra los bienes jurídicos individuales (lesiones u homicidios) o contra la salud pública (delitos alimentarios).

35. Sobre el objeto material agua en el código penal alemán se ha pronunciado en España MANZANARES SAMANIEGO, J.L. «La protección...» en *Ob.cit.* p. 296.

36. De nuevo, en este caso su posible tipicidad deberá buscarse bajo la rúbrica de un bien jurídico distinto: Capítulo IV, De los delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos.

su estado inicial cuando ha cesado la perturbación a la que había estado sometido. En consecuencia, un acto de contaminación que cause o pueda causar daños sustanciales a un ecosistema pero que, por sí solo, pueda regenerarse deberá subsumirse en el apartado primero mientras que quedarán relegados al segundo los supuestos más graves en los que realmente se haya afectado al equilibrio del sistema hasta el punto de que necesite la intervención humana.

Llegados a este punto, podemos concluir que el principal problema que plantea la alusión del nuevo precepto a «daños sustanciales» es el relativo a cómo vamos a poder delimitar a partir de ahora este artículo de las infracciones administrativas. Hasta el momento, la delimitación entre el derecho penal y el administrativo era evidente: el peligro hipotético grave para el equilibrio de los sistemas naturales³⁷. Ahora, la delimitación es imposible puesto que la normativa administrativa que tipifica infracciones administrativas lo hace exigiendo que el acto de contaminación «haya puesto en peligro grave la seguridad o salud de las personas o haya producido un daño o deterioro grave para el medio ambiente»³⁸. Obsérvese que de un lado, la infracción administrativa exige respecto al peligro grave para la salud de las personas algo más grave —el peligro concreto— que el derecho penal —el peligro hipotético—, lo que representa ya una contradicción insalvable. Pero, por otro lado —por lo que nos interesa ahora— la infracción administrativa exige un «daño grave para el medio ambiente» que deberemos delimitar nítidamente del «daño sustancial a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas», otorgándole a este segundo una entidad más grave que al primero —si no queremos entrar en una contradicción valorativa entre el derecho penal y el administrativo—.

37. Aunque algunos autores consideran que la delimitación se situaba en el peligro hipotético, la adjetivación de ese peligro como «grave» ha permitido bastantes absoluciones por no haberse acreditado la gravedad del mismo. Sobre la gravedad como anterior criterio de delimitación me pronunció en BAUCCELLS, J. «Art. 325» en CORDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M. *Comentarios al código penal. Parte especial*, Dynkinson, 2004, p. 1393 y 1394.

38. Así, p.ej., respecto a la contaminación del aire, la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera establece, entre otras, en su artículo 30 las siguientes infracciones: «c) Incumplir los valores límite de emisión, siempre que ello haya generado o haya impedido evitar una contaminación atmosférica que haya puesto en peligro grave la seguridad o salud de las personas o haya producido un daño o deterioro grave para el medio ambiente» (el subrayado es mío). Respecto a la contaminación de aguas, aire o suelo el Real Decreto Legislativo 1/2016, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación establece, entre otras, en su artículo 31 las siguientes infracciones: «b) Incumplir las condiciones establecidas en la autorización ambiental integrada (entre ellas están los límites tolerados de emisión), siempre que se haya producido un daño o deterioro grave para el medio ambiente o se haya puesto en peligro grave la seguridad o salud de las personas» (el subrayado es mío).

3. LA AUTONOMÍA DEL ARTÍCULO 325.1 CP

El concepto de bien jurídico que acabo de proponer, permite también fundamentar una relación entre los distintos tipos ecológicos que permita superar los problemas de aplicación práctica que apuntamos en su momento³⁹.

Hasta el momento la jurisprudencia ha permitido la consideración de la contaminación acústica como delito ecológico porque consideraba los dos incisos del anterior artículo 325.2 como tipos autónomos y no dependientes. Esta interpretación diferenciada de los dos incisos resultaba clave para motivar la condena, dado que resultaba razonable sostener que el exceso de ruido en ámbitos urbanos podía ser apto para poner en peligro grave la salud de las personas, siendo muchísimo más dudoso poder acreditar además la concurrencia del primer inciso, esto es, que se pudiera poner en peligro el equilibrio de los sistemas⁴⁰.

Con la nueva regulación de 2015 la sanción de la contaminación acústica se complicaría puesto que de considerar el art. 325.1 tipo básico, haría falta demostrar un imposible daño sustancial a la calidad del aire provocado por el ruido. Y de considerar el art. 325.2 inciso primero el tipo atenuado, dejaría al inciso segundo como básico, con las difíciles consecuencias sancionadoras de la contaminación acústica acabadas de ver.

Por ello, creo que debe considerarse que los tres párrafos del artículo 325 son tipos autónomos. Ni el inciso primero del art. 325.2 necesitará el «daño sustancial» al elemento ecológico para ser aplicado, bastará con la idoneidad para poner en peligro el equilibrio de los sistemas naturales. Ni la aplicación del segundo inciso del art. 325.2 no exigirá la previa constatación de que los actos contaminantes son aptos para poner en peligro el equilibrio del ecosistema. Este planteamiento es especialmente relevante desde el punto de vista de la prueba y permite sancionar penalmente la contaminación acústica. Además, la nueva regulación de 2015 ofrecería un argumento formal al introducir el inciso segundo en un punto y aparte.

Obsérvese que, para terminar, este planteamiento puede resolver satisfactoriamente el concurso entre conductas que además de causar daños sustanciales pueden alterar el equilibrio del ecosistema o provocar peligro para la salud de las personas. Se trataría de un concurso aparente de normas a resolver a través del principio de alternatividad (art. 8.4.º CP).

39. Ver *supra* epígrafe II.4 a).

40. En este sentido literal JERICÓ, L. *Ob.cit.* p. 9 con numerosas referencias jurisprudenciales.

SEGUNDA LECTURA

Olmedo Cardenete, M. (2015). Delitos sobre la ordenación del territorio, urbanismo, patrimonio histórico y medio ambiente (III). Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. En Morillas Cueva, L. (Dir.). Sistema de Derecho Penal Parte Especial (2ª ed.). Madrid, España. Dykinson, pp. 901-936

Frente a la orientación más antropocéntrica de la ordenación del territorio, urbanismo y patrimonio histórico, el ambiente natural posee también una orientación más ecocéntrica vinculada no solo como un valor instrumental para el ser humano, sino también como un interés digno de protección en sí mismo. Esta orientación ecocéntrica tiene consecuencias directas en la forma de diseñar la forma de intervención punitiva del Estado.

SISTEMA
de
DERECHO PENAL
Parte Especial

2ª edición



Lorenzo Morillas Cueva
(Dirección)

Ignacio F. Benítez Ortúzar
Bernardo Del Rosal Blasco

Lorenzo Morillas Cueva
Miguel Olmedo Cardenete

Jaime Peris Riera

● **José E. Sáinz-Cantero Caparrós**

Dykinson, S.L.

Lorenzo Morillas Cueva

Dirección

**SISTEMA
DE
DERECHO PENAL**

Parte especial

IGNACIO F. BENÍTEZ ORTÚZAR

BERNARDO DEL ROSAL BLASCO

LORENZO MORILLAS CUEVA

MIGUEL OLMEDO CARDENETE

JAIME PERIS RIERA

JOSÉ E SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS

*2ª edición, revisada y puesta al día
conforme a las leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015*

Dykinson, S.L.

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico. 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 47)

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial
Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes_somos

© Copyright by
Los autores
Madrid

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-9085-707-6
Depósito Legal: M-6048-2016

Preimpresión por:
Besing Servicios Gráficos S.L.
e-mail: besingsg@gmail.com

Capítulo 38

DELITOS SOBRE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO, URBANISMO, PATRIMONIO HISTÓRICO Y MEDIO AMBIENTE (III).

DELITOS CONTRA LOS RECURSOS NATURALES Y EL MEDIO AMBIENTE

MIGUEL OLMEDO CARDENETE

Sumario: 1. Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente: 1. Cuestiones preliminares. 2. Estructura sistemática de la tutela penal del ambiente natural. 3. Breve referencia a las novedades introducidas por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en el Capítulo III. 4. Los delitos de contaminación tipificados en el art. 325 CP. 5. El tipo agravado de peligro hipotético en caso de incidencia de la conducta contaminante en el “equilibrio de los sistemas naturales” y el hiperggravado de “riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas” (art. 325.2 CP). 6. El delito de traslado o tratamiento ilegal de residuos del art. 326 CP. 7. Explotación de instalaciones en las que se realicen actividades peligrosas, o de almacenamiento o utilización de sustancias o preparados peligrosos (art. 326 bis CP). 8. Agravaciones comunes a los delitos anteriores. 9. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. 10. Prevaricación administrativa específica en el ámbito natural (art. 329 CP). 11. La producción de daños en un espacio natural protegido (art. 330 CP). 12. Cláusula de imprudencia.- Bibliografía.

I. DELITOS CONTRA LOS RECURSOS NATURALES Y EL MEDIO AMBIENTE

1. Cuestiones preliminares

Tal y como apuntamos al comienzo del Capítulo relativo a los delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo, el reconocimiento constitucional del derecho al medio ambiente aparece recogido en el art. 45 de nuestro Texto fundamental, conforme al cual “todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo”; el apartado 2 del citado precepto dispone asimismo que los “poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva”. Nuestra Norma

fundamental, incluso, legitima la intervención penal para la tutela de este valor señalando que “para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado”.

Varias cuestiones debemos señalar respecto a la comentada previsión constitucional. La primera es que, frente a la orientación más antropocéntrica de los arts. 46 y 47 CE en materia de ordenación del territorio, urbanismo y patrimonio histórico, el ambiente natural posee también una **orientación más ecocéntrica** vinculada a su reconocimiento no sólo como un valor instrumental para el ser humano, sino también como un interés digno de protección en sí mismo dada la importancia que tiene para el resto de las especies animales y vegetales. En este sentido es, sin duda, la riqueza y diversidad ecológica de nuestro entorno natural o de la biodiversidad la que debe inspirar la tutela jurídica en esta materia. Es cierto que el art. 45.1 CE anuda la utilización racional de los recursos naturales a la calidad de vida (del ser humano, se entiende), pero también añade que tal explotación razonable debe también llevarse a cabo para “defender y restaurar el medio ambiente”. Es aquí donde tiene precisamente su enclave esa orientación ecocéntrica a la que nos referimos y que tiene sus consecuencias directas en la forma de diseñar, por lo que a nosotros nos interesa, la forma de intervención punitiva del Estado. Sirva, como botón de muestra, el hecho de que a diferencia de lo que sucedía con la redacción original del art. 325 CP, el riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas derivado de las actividades contaminantes se articule únicamente como un subtipo agravado y no como un elemento esencial de la conducta del tipo básico. El significado de esa estructura delictiva se materializa en que el Estado reacciona también frente a conductas potencialmente peligrosas para el medio ambiente que no generan un peligro grave para las personas.

Este razonamiento nos conduce de lleno a la cuestión del **bien jurídico protegido**. Tanto de la regulación constitucional como de la legal contenida en los arts. 325 y ss. CP, se deduce que el valor a tutelar es el medio ambiente en sus distintas concreciones materiales (atmósfera, suelo y agua, así como las especies animales y vegetales que en ellos habitan), pero velando por el mantenimiento equilibrado (así, por ejemplo, los arts. 325.2 y 326 bis CP hablan de “equilibrio de los sistemas naturales”), estable y armónico de los distintos recursos naturales que lo integran. La preservación de la biodiversidad vuelve a jugar aquí, a nuestro juicio, un importante rol. Sin duda que la tutela de la riqueza y diversidad ecológica debe ser el objetivo a cubrir para garantizar el equilibrio de los sistemas naturales.

No obstante, la sanción penal viene a suponer un instrumento más en nuestro sistema legal de protección del ambiente natural que ineludiblemente debe vincularse también a un **desarrollo sostenible** que ayude a encontrar el difícil equilibrio entre la salvaguarda de un entorno adecuado para el desarrollo de la persona, y el necesario impulso al crecimiento industrial que redunde en beneficio de la economía, y en consecuencia del nivel de vida de todos los ciudadanos (vid. ya, MORILLAS CUEVA: 1992). Se considera así necesario un progreso industrial

programado y planificado que, erradicando el desarrollo económico a toda costa, pondere y racionalice los costes medioambientales que tal impulso genera.

2. Estructura sistemática de la tutela penal del ambiente natural

A diferencia de lo que sucedía con la muy incompleta regulación en esta materia por el anterior CP, el vigente texto punitivo contiene numerosos preceptos dirigidos a perseguir la puesta en peligro y lesión de nuestro entorno natural. La regulación penal lleva a cabo una doble agrupación de las distintas categorías delictivas susceptibles de poner en peligro el equilibrio de los sistemas naturales. El Capítulo III del Título XVI lleva por rúbrica “De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente” (arts. 325 a 331 CP), y el Capítulo IV “De los delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos” (arts. 332 a 337 bis CP). El Título se cierra con una serie de Disposiciones Comunes aplicables a todo el mismo que dan contenido al Capítulo V (arts. 338-340 CP). Las categorías conceptuales que utiliza el legislador para una división semejante son discutibles: el Capítulo III parece diferenciar entre recursos naturales y medio ambiente, pero ¿acaso el medio ambiente no está precisamente integrado por los recursos naturales que lo componen? Asimismo, el Capítulo IV habla de flora y fauna, pero ¿es que las especies animales y vegetales no son también recursos naturales?

Pero la tutela del medio ambiente no es unitaria en el CP. Existen otros muchos tipos penales en los que el bien jurídico protegido es el medio ambiente de un modo primordial, o bien aparece anudado a la tutela de otros valores. Esta circunstancia es especialmente relevante por los problemas concursales que a veces surgen entre las distintas tipologías delictivas. A título de ejemplo, podemos citar los delitos urbanísticos del art. 319.1 CP, delitos de riesgo provocados por explosivos u otros agentes (arts. 348 a 350 CP) o los mismos incendios forestales (arts. 352 y ss. CP). Razones de muy diversa índole como la implicación de otros bienes jurídicos (explotación racional del suelo), la necesidad de dar una respuesta específica a comportamientos especialmente graves y su similitud estructural con otros delitos, han conducido al legislador a dar autonomía sistemática propia a diferentes comportamientos que son igualmente peligrosos para el entorno natural.

3. Breve referencia a las novedades introducidas por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en el Capítulo III

Muchas y de muy distinto signo son las novedades que ha introducido la LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código penal. Sin duda que la más llamativa es el nuevo tipo básico del art. 325 CP que, además de articularse también ya como delito de resultado y no meramente de peligro, reduce el objeto de las actividades contaminantes a un riesgo o perjuicio efectivo de la calidad del sustrato afectado (criterio extraído del anterior delito del art. 328.2 CP). Subsisten, no obstante, aunque respectivamente como subtipos agravado e hiperagravado, el daño o peligro para el equilibrio de los sistemas naturales o el riesgo para la salud de las personas. La misma estructura y marco punitivo se traslada tanto al

delito relacionado con el tratamiento y traslado ilegal de residuos del nuevo art. 326 CP, como al de explotación de instalaciones en las que se realicen actividades peligrosas, o de almacenamiento o utilización de sustancias o preparados peligrosos que ahora integra el nuevo art. 326 bis CP. Desaparece, en cambio, el tipo penal del anterior art. 328.1 CP que castigaba el establecimiento de depósitos o vertederos de desechos o residuos sólidos o líquidos que sean tóxicos y peligrosos, simplificándose además diversos aspectos comunes a los tipos relacionados con los residuos.

Con un efecto claramente ampliatorio de su radio de acción, el conjunto de circunstancias agravantes específicas que anteriormente se aplicaba sólo a las conductas contaminantes del art. 325 CP, lo hace ahora a los tres preceptos a los que hemos hecho mención y a los que se les da la estructura paralela recién señalada. Se incrementa, asimismo, la responsabilidad penal de las personas jurídicas por todos los delitos comprendidos en este Capítulo y no sólo como hasta ahora por las conductas descritas en los arts. 325 y 326 CP.

4. Los delitos de contaminación tipificados en el art. 325 CP

Este precepto es el que, sin duda, constituye el eje central de la criminalización de las conductas peligrosas o lesivas del entorno natural. Reformado por la LO 5/2010, de 22 de junio, que suprimió su anterior apartado segundo (vid. al respecto, las contundentes razones que justifican la derogación del mismo en RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ: 2011), y ahora de nuevo por la LO 1/2015 que introduce un nuevo apartado segundo, esta norma viene a aglutinar toda una serie de conductas contaminantes que el legislador estima lesivas o peligrosas para la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas. Conforme a la nueva redacción del art. 325.1 CP, será «castigado con las penas de **prisión de seis meses a dos años, multa de diez a catorce meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a dos años** el que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el alta mar, con incidencia incluso en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que, **por sí mismos o conjuntamente con otros, cause o pueda causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas.**».

A. Su articulación como norma penal en blanco en función del objeto material al que afecta la conducta contaminante

Como introducción debe señalarse que la legitimación constitucional de la técnica legislativa consistente en el recurso a las normas penales en blanco, pasa por cumplir las exigencias que nuestro TC ha sentado en esta materia: a) que el

reenvío normativo sea expreso; b) que esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; c) que el precepto, además de la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza, o se dé la suficiente concreción para que la conducta que se califica como delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la Ley penal se remite (STC 127/1990, de 5 de julio).

El precepto exige para la relevancia penal del comportamiento que se contravengan «las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente». Por tanto, sin la comprobación de la infracción previa de la normativa extrapenal la conducta no puede ser calificada de delictiva. Es admitido pacíficamente que esta remisión abarca la normativa sectorial tanto de ámbito comunitario, como nacional, autonómico o local. Las normas a las que el supuesto de hecho se remite están en función del objeto sobre el que recae la conducta contaminante («**la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas**») y, por lo tanto, es necesario analizar en un primer momento cuáles son las condiciones y límites aplicables al comportamiento de que se trate.

Con carácter general cabe decir respecto al **suelo** que, con independencia de su tutela en el ámbito urbanístico que nos remitiría a la normativa sectorial correspondiente y a la eventual concurrencia de normas (vid. la STS 29 de noviembre de 2006), que el instrumento normativo fundamental para la protección ambiental del suelo es la Ley de Residuos (Ley 22/2011, de 29 de julio), a no ser que éstos sean radioactivos, en cuyo caso es de aplicación la Ley de Energía Nuclear (Ley 25/1964, de 29 de abril). En cuanto al **aire**, cabe destacar la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera y la Ley 1/2005, de 9 de marzo, que regula el régimen de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero. La contaminación sobre **aguas continentales, superficiales o subterráneas**, queda bajo el régimen de la Ley de Aguas (Real Decreto-Legislativo 1/2001, de 20 de julio) y el Reglamento de Dominio Público Hidráulico (Real Decreto 849/1986, de 11 de abril), mientras que la que se refiera a **aguas marítimas** queda bajo el ámbito de la Ley de Costas (Ley 22/1988, de 28 de julio) y su Reglamento (Real Decreto 876/2014, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Costas), salvo el caso de vertidos desde buques o aeronaves, regidos por la normativa internacional específica sobre la materia.

B. La caracterización de estas conductas tanto de resultado como figuras de peligro

Muy relevante es la modificación del que, probablemente, sea el precepto más importante en materia de la tutela penal del ambiente natural frente a conductas gravemente contaminantes. La conducta tipificada en su antecesor se articulaba exclusivamente como un delito de peligro hipotético cuya aplicación dependía de si con ella se había puesto en riesgo el equilibrio de los sistemas naturales. La reforma, en cambio, admite ya como conducta alternativa la materialización de un resultado lesivo al utilizar el verbo típico “cause”, aunque subsiste no obstante su versión como comportamiento de peligro a través de la expresión

“pueda causar daños”. Entendemos, además, que esta modalidad sigue siendo de peligro hipotético tanto por la similitud de la expresión legal actual con la de su antecesora como, también, por la propia estructura y naturaleza de las conductas contaminantes más frecuentes.

Pero las novedades del tipo básico contra los recursos naturales no acaban ahí, sino que en coherencia con una considerable reducción del marco punitivo para las conductas contaminantes (sirva de ejemplo que ahora el límite máximo de la pena de prisión no supera los dos años y anteriormente podía alcanzar los cinco años), se cambia el objeto y alcance de la conducta que ya deja de ser la difícil concreción del posible perjuicio para el “equilibrio de los sistemas naturales” (que ahora se articula como subtipo agravado), pasando a ser el daño o los posibles daños “sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas”. Esta nueva referencia al objeto sobre el que incide el sustrato no es, sin embargo, nueva en la regulación penal pues hasta ahora se encontraba únicamente en el art. 328.2 CP (actual art. 326 bis CP) a la hora de tipificar el delito relacionado con la explotación de instalaciones en las que se realiza una actividad peligrosa o en las que se almacenan o utilizan sustancias o preparados peligrosos.

Así las cosas, la materialización o el peligro hipotético de un cambio o alteración sustancial en el aire, el suelo, de las aguas o de las animales o plantas sobre los que se proyecte la conducta contaminante constituirá requisito suficiente para aplicar este nuevo tipo básico, aunque ello no incida en una alteración del equilibrio del ecosistema afectado. Y ello, incluso, teniendo en cuenta el posible efecto sinérgico de otras conductas también contaminantes o las condiciones ya degradadas en las que aquéllas se llevan a cabo, puesto que la Ley lo prevé expresamente al señalar que los efectos se den “por sí mismos o conjuntamente con otros”. A nuestro juicio, y con independencia de las dificultades probatorias que con ello se pretendan salvar, la irrelevancia de que la alteración sustancial de la calidad del sustrato pueda deberse también a otros factores previos o concomitantes atenta abiertamente contra el juicio de imputación objetiva y subjetiva propio del Derecho Penal. Contra el primero porque se imputa a una conducta (activa u omisiva) un riesgo que ella no ha generado y, subjetiva, porque se atribuye o reprocha a un agente la creación de un peligro que no ha dependido de él y por el que no se le puede responsabilizar.

Sin duda que la nueva redacción legal permitirá una mayor virtualidad práctica del precepto, sobre todo porque especialmente el cambio del objeto redundará en una menor complejidad de la comprobación del daño o del riesgo generado. La prueba del resultado material o del peligro producido se podrá obtener más sencillamente con un análisis químico-biológico del sustrato afectado. Eso sí, a consta, una vez más, de ir incorporando al ámbito punitivo conductas hasta ahora reservadas al ámbito extrapenal como evidencia constante del imparable proceso de administrativización de la rama punitiva.

El único criterio legal para la distinción de los comportamientos punibles de aquellos que no rebasan la esfera administrativa radica exclusivamente en si

el daño o peligro producido puede ser o no “sustancial”, lo que apunta a la introducción de un criterio meramente cuantitativo frente al carácter cualitativo que suponía que los cambios en el sustrato material donde incide la conducta contaminante pudiera suponer un perjuicio para el equilibrio del conjunto del ecosistema afectado.

Pero sin duda que, a pesar de la Reforma, sigue teniendo una considerable relevancia el análisis del delito de peligro que también contiene la vigente redacción del art. 325.1 CP. De la mano de la STS 30 de diciembre de 2008, en un supuesto de vertidos contaminantes, hay que señalar que el «delito contra el medio ambiente es [también] un delito de peligro que no precisa de una lesión efectiva en el bien jurídico protegido. Después de algunas resoluciones en otros sentidos, la última jurisprudencia se ha inclinado por considerar que se trata de un **delito de peligro hipotético o potencial** (SSTS. 25.10.2002, 1.4.2003, 24.6.2004, 27.4.2007, 20.6.2007), atendiendo por tal un híbrido “a medio camino entre el peligro concreto y abstracto” (STS. 27.9.2004), en el que “no basta la contravención de la normativa administrativa para poder aplicarlo, sino también algo más: que la conducta sea potencialmente peligrosa, lo que significa que habrá que analizar, no sólo la composición y peligrosidad de los vertidos (administrativamente prohibidos), sino también si tales vertidos hubieran podido tener importantes efectos nocivos sobre el cauce del río y su caudal. O lo debe hacerse es un juicio hipotético sobre la potencialidad lesiva de la conducta” (STS. 25.5.2004), esto es, como dice la STS. 24.6.2004, **es preciso acreditar que la conducta de que se trate, en las condiciones en que se ejecuta, además de vulnerar las normas protectoras del medio ambiente, es idónea para originar un riesgo grave para el bien jurídico protegido**».

Debe tenerse en cuenta, además, que uno de los principales problemas para la aplicación práctica del precepto deriva de que no basta la acreditación de cualquier riesgo para el bien jurídico, sino que éste **debe ser calificado como «grave»**, con lo que la norma incluye un elemento valorativo respecto del que difícilmente pueden darse directrices para su determinación sin tener en cuenta las circunstancias del caso concreto. Muy ilustrativamente señala la STS 30 de diciembre de 2008 que nos encontramos efectivamente ante un «elemento del tipo valorativo y excesivamente ambiguo que, como ha destacado la doctrina, ha determinado que la aplicación forense de este elemento no haya abandonado el ámbito de lo inseguro, lo que hace preciso que desde la jurisprudencia, en su función nomofiláctica, proporcione criterios que permitan otorgar la necesaria seguridad en la aplicación de la norma a través las sentencias. En este sentido en la STS 96/2002, de 30 de enero, dijimos que “esta exigencia atribuye a los tribunales una labor de concreción típica. Semánticamente grave es lo que produce o puede producir importantes consecuencias nocivas, lo que implica un juicio de valor (STS 105/99, de 27 de enero)”. [...] Para encontrar el tipo medio de la gravedad a que se refiere el art. 325 del CP habrá que acudir a la medida en que son puestos en peligro, tanto el factor antropocéntrico, es decir la salud de las personas, como a las condiciones naturales del ecosistema (suelo, aire, agua) que influyen, por lo tanto, en la gea, la fauna y la flora puestas en peligro”.

En la STS 194/2001, de 14 de febrero, se afirmó, en el mismo sentido que “el peligro equivale a la relevante posibilidad de que llegue a producirse un efecto temido. Se trata de un elemento constitutivo del tipo penal cuya concurrencia debe determinarse, en concreto, mediante la prueba [...]. A tal efecto no puede perderse de vista que el CP cifra la concreción del peligro en la intensidad de la incidencia contaminante. Es el índice de ésta, cuando sea susceptible de connotarse con el rasgo típico de gravedad, el que dará relevancia penal a la conducta”.

Parece seguro referenciar el criterio de la gravedad del perjuicio –continúa el TS– a la **intensidad del acto contaminante, a la probabilidad de que el peligro se concrete en un resultado lesivo, en definitiva, a la magnitud de la lesión en relación con el espacio en el que se desarrolla, la prolongación en el tiempo, la afectación directa o indirecta, la reiteración de la conducta, de los vertidos, emisiones, etc., a la dificultad para el restablecimiento del equilibrio de los sistemas, proximidad de las personas o de elementos de consumo.**

[...] Estos criterios necesitan de una prueba pericial que lo exponga, al menos que el Juez sea asesorado pericialmente por expertos que expongan los criterios anteriormente relacionados y sobre los que se establezca la necesaria contradicción evitando que las percepciones del Juez se conviertan en presupuesto inseguro en la aplicación del tipo penal.

En cualquier caso, por la doctrina se destaca que la inevitable valoración ha de tener en cuenta que integran el concepto de peligro dos elementos esenciales: probabilidad y carácter negativo de un eventual resultado. La gravedad se ha de deducir, pues, de ambos elementos conjuntamente lo que significa **negar la tipicidad en los casos de resultados solo posibles o remotamente probables, así como de aquellos que, de llegar a producirse, afecten de manera insignificante al bien jurídico».**

Dada, por último, la estructura técnica del precepto al prever el último inciso del art. 325.2 párr. segundo CP un subtipo agravado relativo a la afectación de la salud de las personas, hay que indicar que, como la redacción legal no se aparta en este punto de la naturaleza del peligro tipificado, debe entenderse que es igualmente de naturaleza hipotética y no de peligro abstracto o concreto (esta conclusión es mucho más clara, por ejemplo, en el marco del art. 328.1 *in fine* CP).

C. *La provocación o realización directa o indirecta de las conductas contaminantes*

Con una técnica legislativa sin duda criticable por su relativa indeterminación, el art. 325.1 CP procede a una enumeración de los diferentes comportamientos contaminantes, pero aludiendo conjuntamente a todos ellos mediante la acción de provocarlos o realizarlos directa o indirectamente. Tal y como indicara la anteriormente mencionada STS 30 de diciembre de 2008, los «dos verbos nucleares son los de provocar o realizar y no deben estimarse idénticos –semánticamente tampoco lo son– y empleados como recurso estilístico del legislador, apuntando la STS antes citada 105/99 y la 96/2002 de 30.1, que provocar es equivalente a originar, facilitar o promover, pero entonces resultaría igual o parejo a

realizar. Por ello debe reputarse, que **provocar puede comprender en su diferencia con realizar, la de mantener tales emisiones o vertidos**, mucho más cuando la interpretación contextual da pie para ello al entender que el vertido puede hacerse directa o indirectamente y no sólo en el sentido subjetivo o personal, sino en el objetivo, finalista o direccional. Así resulta, que la dicción utilizada en el precepto “provocare o realizare directa o indirectamente emisiones o vertidos” **pretende abarcar toda acción humana que determine o un vertido o emisión contaminante de modo directo o indirecto**».

Desde luego que la jurisprudencia del TS intenta a veces buscar una solución a la oscura redacción legal en este punto, pero a nuestro juicio identificar el verbo «provocar» con el de «mantener» tampoco resulta del todo adecuado con el significado que el lenguaje otorga al segundo verbo. Pero lo que es más relevante, conduce a la interpretación de que el legislador incluye en el ámbito de la autoría del delito a «toda acción humana» que determine un vertido o emisión, con lo que al igual que en otros preceptos, se acaba por diluir la frontera entre la autoría y la participación delictiva (arts. 27 a 29 CP), con la consiguiente infracción –al menos a nuestro juicio– del principio del hecho, de ofensividad y de culpabilidad. Todo ello agravado, además, por la circunstancia de que el comportamiento característico del sujeto activo podrá llevarse a cabo «directa o indirectamente».

Algún autor ha considerado que con el verbo provocar se designa la producción inmediata del acto contaminante, cubriendo, en cambio, el verbo realizar formas previas que acaban desembocando en el acto contaminante, mientras que otros entienden que la provocación se refiere a una contaminación derivada de la propia forma en que se efectúa el acto contaminante frente al acto en sí mismo contaminante comprendido en el verbo realizar. Incluso hay quien estima que se distinguen conductas inmediatamente contaminantes de otras secundariamente contaminantes (vid. BOIX REIG).

Opinamos, sin embargo, que esta distinción carece en realidad de utilidad práctica, en cuanto la subsunción ha de realizarse en el tipo en su conjunto y la dualidad de verbos parece buscar un fin totalizador con el que designar –algo enfáticamente– toda conducta humana generadora de un acto contaminante (CONDEPUMPIDO TOURÓN, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ-OLMEDO CARDENETE).

Por otro lado, relacionado también con los aspectos generales de la conducta, es también admisible la comisión por omisión a través de las fuentes del deber de garante relacionadas en el art. 11 CP. Como indicara la sentencia del TS que venimos reproduciendo, «aunque de la redacción legal parece desprenderse la necesidad de una forma activa de comportamiento, **también está incluida en el tipo la comisión por omisión, es decir dejar que se produzca la emisión o vertido o no evitarla o no poner los medios para impedirlo**. En este sentido la STS 105/99 de 27.1 ha señalado que “la conducta, pese a la forma activa de las locuciones verbales descritas, alcanza sin duda a la comisión por omisión, cuando el sujeto deja, tolera, permite en suma, que se produzca un vertido y no pone los medios para impedirlo”». La comisión por omisión es punible en estos

delitos también en su modalidad imprudente (vid. art. 331 CP y STS 8 de junio de 2006).

D. Las distintas acciones contaminantes

a) Emisiones o vertidos

La primera acepción del verbo “verter” en el DRAE es la de “derramar o vaciar líquidos, y también cosas menudas, como sal y harina, etc”. A su vez, define “emitir” como “arrojar, exhalar o echar hacia fuera algo”. Atendiendo, pues, al uso común del lenguaje, el vertido se diferencia de la emisión por razón del objeto, “líquidos” y “cosas menudas” en el caso de los vertidos, pero genéricamente “algo” que se exhala o echa hacia fuera en el supuesto de emisiones.

Es razonable la restricción del vertido a líquidos o cosas menudas, en cuanto objetos sólidos de mayor envergadura serían objeto de depósito. Se trata, pues, de que la sustancia, en caso de contacto con medio acuático se diluya en éste o se vea arrastrada por el mismo, dada su escasa envergadura, o que, en caso de contacto con el suelo, pueda filtrarse en el mismo. El vertido, por tanto, se realiza normalmente en forma líquida –que puede ser el elemento peligroso o el medio de arrastre de pequeños restos de sustancias sólidas–, cualquiera que éste sea.

Respecto de las «emisiones», seguramente el concepto que de las mismas suministra el DRAE resulta ser demasiado amplio: arrojar, exhalar o echar hacia fuera una cosa o lanzar ondas hertzianas para hacer oír señales, noticias, música, etc. De mayor virtualidad para la fijación del alcance de la expresión legal es la definición legal suministrada por el art. 3 g) de la Ley 34/2007: «Descarga a la atmósfera continua o discontinua de materias, sustancias o formas de energía procedentes, directa o indirectamente, de cualquier fuente susceptible de producir contaminación atmosférica». De este modo, por ejemplo, la definición extrapenal resuelve la duda en el sentido favorable de admitir, por ejemplo, a la **contaminación lumínica** (descarga de formas de energía) como posible modalidad integrante del art. 325 CP (al respecto, OLMEDO CARDENETE: 2011).

b) Radiaciones

El concepto típico de radiación comprende la contaminación por medio de ondas no sonoras –pues éstas quedan abarcadas por la referencia expresa a ruidos y vibraciones–. De hecho, el DRAE define radiar como “producir la radiación de ondas, sean sonoras, electromagnéticas, etc., o de partículas”, indicando que radiación es la “energía ondulatoria o partículas materiales que se propagan a través del espacio”. Desde luego, el término comprende las radiaciones ionizantes, que se identifican con el “flujo de partículas o fotones con suficiente energía para producir ionizaciones al atravesar una sustancia”. El art. 2 de la Ley de energía nuclear (Ley 25/1964, de 29 de abril) define precisamente las radiaciones ioni-

zantes como las “radiaciones capaces de producir directa o indirectamente iones a su paso a través de la materia”.

Esta alternativa de conducta, sin embargo, presenta importantes problemas de distinción con las figuras delictivas tipificadas en los arts. 341 y ss. CP, aunque desde luego la Reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, resolvió al menos en parte las dudas interpretativas existentes en torno a esta modalidad de conducta (vid. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ: 2011).

c) Extracciones y excavaciones. Captaciones de aguas

Según el DRAE excavar es “quitar de una cosa sólida su masa o grueso, haciendo hoyo o cavidad en ella”, mientras que extraer quiere decir “sacar, poner algo fuera de donde estaba”. Ambas expresiones se separan claramente en el tenor del art. 325 CP, aunque sólo para una de ellas –la extracción– se prevé una agravación específica vinculada con la captación ilícita de aguas en periodos de restricciones (art. 326 f) CP). Ello significa que se trata de alternativas de conducta claramente diferenciables y que, aunque la normativa administrativa vincule a ambas (extracciones y excavaciones) con la obtención de agua, ello no implica que no puedan tener un significado diverso en el uso jurídico-penal del lenguaje (RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ-OLMEDO CARDENETE).

En el DRAE, captar es “recoger convenientemente las aguas de uno o más manantiales”. De este modo, puede advertirse que la **extracción** supone sacar hacia fuera aguas que, v. gr., se encuentran en el subsuelo o en un pozo, mientras que la **captación** supone el apoderamiento o distracción de aguas superficiales.

Entendemos que es aceptable interpretar que la captación de aguas se refiere también al apoderamiento de aguas superficiales, para lo que podrá utilizarse cualquier medio –v. gr. embalsamiento de aguas superficiales de un arroyo (SSAP de Zaragoza de 14 de enero de 2003, de Sevilla, de 21 de marzo de 2005) alteraciones del encauzamiento del agua (SAP de Sevilla, de 24 de febrero de 2005), la construcción de una presa de grandes dimensiones que, afectando al cauce de un arroyo, causa perjuicios a un espacio natural (STS 24 de noviembre de 2003), o la simple distracción de las aguas de un arroyo (SAP de Cádiz, de 17 de junio de 2002) (Al respecto, vid. más ampliamente, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ-OLMEDO CARDENETE).

Finalmente, como ejemplos de excavación pueden citarse la explotación clandestina de una cantera (vid. SAP de Lugo de 7 de junio de 2004), o la extracción excesiva de áridos que llega a afectar al nivel freático del agua (vid. AAP de Tarragona, de 31 de mayo de 2004, y SAP de Valladolid de 3 de febrero de 2003). El TS también ha admitido la subsunción en el tipo penal de la extracción de áridos (STS 3 de diciembre de 2002). Esto no impide imaginar otras hipótesis como el desmonte de terrenos –en eventual concurso con una hipotética construcción ilegal del art. 319– (RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ-OLMEDO CARDENETE).

d) Aterramientos

El DRAE define el aterramiento como “aumento o depósito de tierras, limo y arena en el fondo del mar o de un río por acarreo natural o voluntario”. Se trata, pues, de una forma típica de alteración del equilibrio natural mediante el depósito de sólidos en zonas húmedas, de modo que éstas acaban por secarse y perder tal condición.

La literalidad del término no supone que la sustancia que afecta a la zona húmeda haya de ser tierra. Aunque en la práctica hay casos en que éste es precisamente el medio utilizado (SAP de Ciudad Real de 30 de abril 2002); no siempre ocurre así, abarcando la expresión legal cualquier tipo de sólido susceptible de producir el efecto típico (STS 30 de septiembre de 2003).

Bajo la vigencia del art. 347 bis CPTR '73, una parte de la jurisprudencia menor había realizado una interpretación extensiva de la tipicidad (críticamente ya entonces, OLMEDO CARDENETE-ARÁNGUEZ SÁNCHEZ) para incluir en las emisiones o vertidos los aterramientos en zonas húmedas (SAP de Valencia de 14 de febrero de 1995). Sin duda, esta jurisprudencia influyó en la ampliación de los actos contaminantes y, en concreto, en la inclusión de los aterramientos en el vigente art. 325 (VERCHER NOGUERA: 1998). No obstante, una vez tipificada expresamente la conducta, el principal escollo práctico ha sido la determinación del requisito normativo, dadas las peculiaridades del régimen de protección de los humedales.

e) Contaminación acústica: ruidos y vibraciones

La tipificación de la contaminación acústica tiene una orientación claramente antropocéntrica (VERCHER NOGUERA: 2002) y comprende todo el fenómeno de las inmisiones sonoras, que abarcan los ruidos y las vibraciones (Exposición de Motivos de la Ley del Ruido 37/2003 de 17 de noviembre). El art. 3 de la Ley del Ruido define la contaminación acústica como la “presencia en el ambiente de ruidos o vibraciones, cualquiera que sea el emisor acústico que los origine, que impliquen molestia, riesgo o daño para las personas, para el desarrollo de sus actividades o para los bienes, de cualquier naturaleza, o que causen efectos significativos sobre el medio ambiente”. Asimismo, la Directiva 2002/49/CE, de 25 de junio de 2002, del Parlamento y el Consejo, define el ruido ambiental precisamente como sonido de origen humano que provoca efectos perjudiciales para el hombre, conceptuándolo como “el sonido exterior no deseado o nocivo generado por las actividades humanas, incluido el ruido emitido por los medios de transporte, por el tráfico rodado, ferroviario y aéreo y por emplazamientos de actividades industriales”.

En materia de ruidos, la complementación de la norma penal lleva normalmente al ámbito local por medio de las respectivas ordenanzas municipales, dada la competencia de las Corporaciones locales en materia de gestión medioambiental. No cabe formular ninguna objeción a que las Ordenanzas municipales completen

el tipo penal en blanco, siempre que se cumplan las exigencias impuestas por el TC que anteriormente fueron puestas de relieve. Hasta tal punto es intensa la intervención municipal en la materia que el TS ha llegado a entender que los miembros de la Corporación Local que hacen dejación voluntaria de sus funciones de control son autores del delito medioambiental en comisión por omisión (STS 29 de septiembre de 2001). En el mismo sentido, se ha condenado por prevaricación del art. 329 al alcalde que concede licencia de apertura del local emisor de contaminación acústica (SAP de Badajoz de 15 de junio de 2005) (vid., más ampliamente, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ-OLMEDO CARDENETE).

Hay que señalar que normalmente la producción de ruidos se ha vinculado de forma directa con la salud de las personas, sin que normalmente se pueda establecer una conexión clara de los mismos con el daño ambiental (no es descartable, sin embargo, que pueda afectar a otras especies si el ruido incide en sus hábitats naturales). En el caso de la contaminación acústica la prueba pericial suele versar sobre la efectiva producción de trastornos en la salud de las personas afectadas. En este sentido, por ejemplo, la STS 16 de noviembre de 2009 aprecia junto al delito medioambiental al que condenó la sentencia de instancia, las correspondientes lesiones, dado que la contaminación acústica «supuso, desde luego, un menoscabo para la salud de los afectados, necesariamente asociado al insomnio provocado durante meses y con el dolor de cabeza como síntoma».

Por su parte, la vibración se define en el DRAE como la acción y efecto de vibrar, designando este verbo un “movimiento trémulo”, productor de ondas sonoras susceptibles de generar la contaminación acústica aludida, así como de los correspondientes temblores u oscilaciones derivados de la aplicación de una fuerza mecánica o procedentes de ondas expansivas por la utilización –normalmente reiterada– de explosivos u otras sustancias inflamables.

f) Inyecciones

La inyección es la conducta inversa a la extracción. Si ésta supone sacar algo del interior un cuerpo u objeto continente, la inyección implica introducir algo en el mismo. Por eso, esta modalidad parece proyectarse sobre el subsuelo y las aguas subterráneas. En la medida en que se cuerpo continente constituye un espacio cerrado, la sustancia no se vierte o derrama sobre el mismo ni se emite sin más al interior. Es preciso “inyectarla”, esto es, atravesar de algún modo –normalmente con auxilio de algún ingenio técnico– la barrera material que aísla el interior del objeto.

g) Depósitos

Dada la nueva regulación punitiva del traslado o tratamiento ilegal de residuos, ya no existe una duplicidad literal del término “depósitos”, pero sigue siendo importante recordar que para la realización de esta conducta en el marco del art. 325.1 CP sigue siendo necesaria la infracción de la normativa extrapenal (vid.

SAP de Barcelona de 25 de febrero de 2002). Si no se da dicha infracción la conducta no parece ya punible tras la LO 1/2015, puesto que el anterior art. 328.1 CP no encuentra su justa correspondencia en la nueva redacción de los arts. 326 y 326 bis CP. Así las cosas, dentro de esta modalidad de conducta está tanto el establecimiento de depósitos de residuos o desechos, como de toda clase de sustancias contaminantes.

El resultado o el riesgo penado puede no ser el que provoca el contacto con el objeto material –v. gr. el suelo– sino la filtración a un sistema natural adyacente –v. gr. la filtración de la sustancia depositada en suelo no impermeable a un acuífero subterráneo (vid. respecto a un depósito de purines la SAP de Segovia de 24 de mayo de 2005)–.

Finalmente, se trata de un supuesto que puede verse acompañado del vertido, cuando los recipientes depositados, por su estado de degradación comienzan a desprender el líquido tóxico (vid. STS 30 de enero de 2002), en cuyo caso estimamos que procederá un concurso aparente de normas a resolver –por apreciación del principio de especialidad– mediante la aplicación del art. 325 CP si, además del peligro inherente a la acción, se comprueba la infracción de la normativa reglamentaria (lo que también es adecuado con la mayor gravedad de la pena de dicho precepto).

E. Análisis del tipo subjetivo

Las conductas analizadas hasta ahora son punibles si se realizan dolosamente por vía del art. 325.1, y si se cometen por imprudencia grave a través del art. 331, al señalar este último que los «hechos previstos en este Capítulo serán sancionados, en su caso, con la pena inferior en grado, en sus respectivos supuestos, cuando se hayan cometido por imprudencia grave».

Dado que la LO 1/2015, ha introducido también en la vertiente objetiva del tipo del art. 325.1 CP un delito de resultado material, el contenido del tipo subjetivo se amplía igualmente al caso en el que el dolo abarca (de forma directa o eventual) el resultado producido en el correspondiente sustrato material (atmósfera, suelo, subsuelo y aguas). Es de prever que, al igual que como a continuación veremos en la modalidad de peligro, la jurisprudencia acabe también aquí aproximándose a una concepción puramente cognitiva del dolo en relación con el menoscabo material producido por la conducta contaminante.

Respecto de la modalidad de peligro, subsistente también tras la Reforma de 2015, sigue estando vigente la doctrina sentada por la STS 30 de diciembre de 2008, con un claro acercamiento a una concepción puramente cognitiva del dolo, en virtud de la cual en este delito «deberá acreditarse bien la intención, **bien la representación del riesgo y continuación en la actuación**. Esa acreditación, como todo elemento subjetivo, deberá resultar de una prueba directa o ser inferida de los elementos objetivos acreditados que permita afirmar la comisión dolosa del vertido. La contaminación por vertidos (STS 1538/2002, 24 de septiembre) no

requiere una específica construcción dolosa, sino la genérica del dolo, esto es, conocimiento de los elementos típicos y la voluntad de su realización, expresiones que se reflejan en el hecho probado.

Esta Sala **ha rechazado la calificación imprudente** cuando se está en presencia de un profesional, concededor de la carga tóxica transportada, de la necesidad de autorización administrativa, de su procedencia y de la gran cantidad de aquélla (STS 442/2000, 13 de marzo). En estas situaciones si bien no es deducible una intencionalidad de perjudicar al medio ambiente o de crear un riesgo, las reglas de la lógica, de la experiencia y del recto juicio **permiten asegurar que el agente es consciente de esas eventualidades** y, pese a ello, ejecuta la acción.

En definitiva, en estas modalidades delictivas de peligro hipotético, también denominadas de peligro abstracto-concreto, peligro potencial o delitos de aptitud, no se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido. En estos supuestos la situación de peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento efectivamente realizado para producir dicho peligro (STS 388/2003, 1 de abril).

En consecuencia, el dolo no es otra cosa que el conocimiento y voluntad (*sic*) de los elementos del tipo objetivo. Por ello será necesario acreditar el conocimiento y voluntad (*sic*) por parte de cada acusado del riesgo inherente al vertido incontrolado de residuos líquidos y tóxicos y, en fin, de la idoneidad de esa situación de riesgo para producir, importantes filtraciones en el suelo, subsuelo y acuífero subterráneo de la zona. **Y el conocimiento de esa situación de riesgo ecológico, de sus potenciales efectos contaminantes en el medio ambiente y, cuando menos, la aceptación de sus irreversibles consecuencias, fluya del juicio histórico».**

Como puede comprobarse, la resolución oscila claramente entre una acepción puramente cognitiva del dolo (que se conforma con acreditar el **simple conocimiento** por parte del autor de los elementos determinantes de la situación de peligro) y otra en la que introduce algún matiz volitivo al exigir que, al menos, quede acreditado que el sujeto «**aceptaba**» el riesgo que se creaba con su conducta y pese a ello continuaba desarrollando o permitiendo las circunstancias determinantes del peligro.

Como ejemplo de conducta negligente sancionada a través del art. 331 CP, podemos poner los hechos enjuiciados por la STS 9 de octubre de 2000, en la que «el acusado, propietario de un local donde anteriormente otra persona había tenido en funcionamiento una empresa ilegal y clandestina, teniendo a su disposición por haberlos dejado allí el titular de dicha empresa ocho bidones conteniendo cada uno de ellos cantidades distintas del producto químico tóxico que en la sentencia se describe, con el propósito de deshacerse de ellos, los entregó a una persona que no ha sido identificada, y le encargó que los abandonara en algún vertedero, diciéndole esa persona que así lo haría. De ello deriva que el acusado, cuya profesión no consta pero que no parece se dedicara a actividad industrial alguna, no fue el que dejó consciente y voluntariamente los indicados bidones en

los lugares y de la forma indicados en la sentencia, sino otra persona a la que encomendó los dejara en algún vertedero –lugar donde se vierten basuras o escombros–. Ciertamente su conducta es reprobable, en cuanto no hace el encargo a una persona merecedora de confianza y no se cerciora de que su mandato ha sido cumplido [...] conducta gravemente negligente de la que derivó que finalmente» fueran abandonados en medio de la calle.

F. Penalidad

Frente a la notable ampliación del marco punitivo que supuso la LO 5/2010, de 22 de junio, la vigente redacción dada en 2015 ha determinado una considerable reducción de la reacción punitiva (en coherencia con la nueva estructura de la conducta del art. 325.1 CP) al castigar las conductas contaminantes de resultado y de peligro con “penas de **prisión de seis meses a dos años, multa de diez a catorce meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a dos años**”. De entrada, resulta criticable la asimilación de un mismo marco punitivo tanto para la conducta de resultado como para la de simple peligro, algo que deberá matizarse por la jurisprudencia en la aplicación del tipo moderando la pena en este último caso. Y desde luego, si con la anterior previsión el legislador se alejaba del posible beneficio de una suspensión condicional, ahora sin duda alguna se acerca notablemente a ella al no superar el límite máximo de este tipo básico los dos años de prisión. No obstante, el CP incrementa la protección del ambiente natural ante los atentados más graves al mismo que son los que permiten cualificar la pena a por medio de la aplicación de las agravantes que estudiaremos a continuación.

5. El tipo agravado de peligro hipotético en caso de incidencia de la conducta contaminante en el “equilibrio de los sistemas naturales” y el hiperagravado de “riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas” (art. 325.2 CP)

Como ya se ha anticipado, la lógica de la reforma no sólo crea un nuevo tipo básico, más cercano al ámbito administrativo sancionador, sino que articula como subtipo agravado el resultado de peligro que antes integraba el tipo básico (peligro de grave perjuicio para el equilibrio de los sistemas naturales), con el mismo marco punitivo en la pena de prisión, multa e inhabilitación especial. Y así, de acuerdo con el nuevo art. 325.2 CP, si “las anteriores conductas, por sí mismas o conjuntamente con otras, pudieran perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales, se impondrá una pena de prisión de dos a cinco años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años”.

En cambio, se exaspera la reacción punitiva en caso de que las actividades contaminantes afecten a las personas, pues el segundo inciso del precepto recién reproducido añade que si “se hubiera creado un riesgo de grave perjuicio para la

salud de las personas, se impondrá la pena de prisión en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado”.

6. El delito de traslado o tratamiento ilegal de residuos del art. 326 CP

El nuevo tenor literal del art. 326.1 CP, que con anterioridad acogía las agravaciones específicas de las conductas descritas en el art. 325 CP, reza del siguiente modo: “1. Serán castigados con las penas previstas en el artículo anterior, en sus respectivos supuestos, quienes, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general, recojan, transporten, valoricen, transformen, eliminen o aprovechen residuos, o no controlen o vigilen adecuadamente tales actividades, de modo que causen o puedan causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas, muerte o lesiones graves a personas, o puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales”.

Las distintas modalidades de conducta recogidas en este apartado primero no difieren de las que acogía en su anterior redacción el art. 328.3 CP, pero sí sufre una transformación esencial en cuanto a que **ahora se articula también como delito de resultado material y no sólo de peligro**. Además, si antes se asimilaba el marco punitivo en los casos de peligro en los casos de peligro para la vida, integridad o la salud de las personas, o la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas, ahora se articula la gravedad de las conductas a través de un tipo básico, agravado e hiperagravado de modo paralelo al art. 325.1 CP. Todo lo señalado en relación con este último artículo es reproducible por tanto aquí.

Por lo demás, a este delito le son aplicables los mismos presupuestos de la anterior regulación. El origen de las conductas tipificadas en el nuevo art. 326 CP radica en la transposición de las letras b) y c) del art. 3 de la Directiva 2008/99/CE de 19 de noviembre, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho Penal.

El art. 326.1 CP no se configura formalmente como una norma penal en blanco, pero sin duda la concreción de las conductas que en él se tipifican como también el objeto mismo del delito requieren acudir a la normativa sectorial correspondiente. Por la clarificación del alcance del tipo penal destaca la toma en consideración de la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados ya citada. La primera cuestión a tratar es, sin duda, si la limitación que contiene el art. 2 de la Ley de 2011 es también aplicable al ámbito penal (emisiones a la atmósfera, suelos no contaminados excavados y otros materiales naturales excavados, residuos radiactivos, explosivos desclasificados y materias fecales; también aquellos respecto de los que, a pesar de existir regulación específica, la Ley se declara como cuerpo normativo supletorio). En principio, entendemos que tal limitación no rige en el ámbito penal por aplicación de la máxima consistente en que si la Ley no distingue el intérprete y aplicador de la misma tampoco debe hacerlo. Quedan comprendidos, pues, todo tipo de residuos. Destacan, no obstante, los que de acuerdo con el art. 3 e) de la Ley 22/2011, se consideran **residuos pe-**

ligrosos (aunque llamamos la atención sobre el hecho de que los tipos penales ni siquiera restringen su aplicación a éstos); para su determinación dicho precepto hace a su vez un reenvío normativo: preceptúa como tales «los residuos que presentan una o varias de las características de peligrosidad contenidas en el Anexo III y los que pueda aprobar el Gobierno de conformidad con lo establecido en la normativa europea o en Convenios internacionales de los que España sea parte». En este sentido, al igual que con el art. 328.1 CP, deberá tenerse especialmente en cuenta la Ley 22/2011, así como el Anexo III ya mencionado y la correspondiente normativa reglamentaria que se apruebe en desarrollo de esta Ley.

Para la fijación del sentido y alcance de los verbos típicos del art. 326.1 CP resulta de especial utilidad el análisis de las definiciones contenidas en el art. 3 de la Ley 22/2011. Posiblemente la acción con un componente más técnico incorporada a dicho tipo penal se la de «valorización». Por tal debe entenderse «cualquier operación cuyo resultado principal sea que el residuo sirva a una finalidad útil al sustituir a otros materiales, que de otro modo se habrían utilizado para cumplir una función particular, o que el residuo sea preparado para cumplir esa función en la instalación o en la economía general». Este significado ha conducido precisamente a calificar acertadamente el tipo penal de reiterativo (así, CASTELLÓ NICÁS), pues el tipo alude expresamente al «aprovechamiento» y éste es precisamente el sentido que le da la normativa sobre residuos.

Una mención especial merece la alusión por el precepto a la omisión de los deberes de vigilancia sobre tales procedimientos. Seguramente que esta alternativa de conducta será especialmente relevante para el supuesto de comisión imprudente (art. 331 CP), pues resulta difícilmente imaginable una omisión dolosa (al menos, cometida con dolo directo). En cualquier caso, a la vista del claro acercamiento de nuestra jurisprudencia a una concepción puramente cognitiva del dolo, no es descartable también la aplicación del tipo doloso también para estas hipótesis. Sin duda alguna que la omisión de los deberes de vigilancia sobre los procesos de recogida, el transporte, la eliminación o el aprovechamiento de residuos, debe tener en cuenta las medidas de seguridad que en tales procesos deben adoptarse. De todos modos, entendemos que aunque el art. 326.1 CP no lo hubiera previsto expresamente, habría sido perfectamente factible la punición de la comisión por omisión por aplicación de las reglas contenidas en el art. 11 CP. Recuérdesse que, por ejemplo, tal posibilidad es admitida por la jurisprudencia respecto al art. 325 CP sin necesidad de que el precepto se refiera a ella explícitamente.

La alternativa de conducta del art. 326.1 se configura posiblemente como un **delito de peligro hipotético** al exigir que las conductas descritas «pongan en grave peligro la vida, la integridad, o la salud de las personas, o la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales y plantas».

El apartado segundo del nuevo art. 326 CP señala que quien “fuera del supuesto a que se refiere el apartado anterior, **traslade una cantidad no desdeñable de residuos**, tanto en el caso de uno como en el de varios traslados que aparezcan vinculados, en alguno de los supuestos a que se refiere el

Derecho de la Unión Europea relativo a los traslados de residuos, será castigado con una pena de tres meses a un año de prisión, o multa de seis a dieciocho meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de tres meses a un año”.

Esta figura se articula explícitamente como una norma penal en blanco que exige previamente la infracción de la normativa extrapenal en materia de **traslado de residuos**. En este contexto debe tenerse especialmente en cuenta el Reglamento CE/1013/2006, de 14 de junio, relativo a los traslados de residuos, así como el RD 97/2014, de 14 de febrero, sobre operaciones de transporte de mercancías peligrosas por carretera en territorio español. El comportamiento criminalizado puede solaparse con el «transporte» de residuos que ya se tipificaba en el apartado anterior del art. 326.1 CP. No obstante, algún autor como QUERALT JIMÉNEZ ya ha visualizado la posible distinción: por transporte debe entenderse la conducción de los residuos desde el lugar de generación primario a otro lugar (autorizado o no), mientras que el traslado lo sería de ese lugar que no es el primario a otros.

En el supuesto del art. 326.2 CP, además, no se exige que el traslado ilegal de residuos (que tampoco aquí tienen que ser necesariamente tóxicos o peligrosos en sentido técnico-administrativo) determine un peligro grave para la vida, la salud o el medio ambiente, con lo que materialmente vendría a configurarse como un simple delito de desobediencia que, en los términos en los que se ha mantenido, resulta muy cuestionable por vulnerar el principio de intervención mínima, a la vista especialmente de que el precepto no suministra criterio alguno para distinguirlo de una eventual infracción administrativa (críticamente también CASTELLÓ NICÁS, QUERALT JIMÉNEZ). Sin duda que, de futuro, la labor esencial en la correcta interpretación y aplicación de este precepto será determinar qué infracciones reglamentarias (entre muchas otras: notificación del traslado a las autoridades competentes, cumplimiento de los requerimientos de información y documentación, cumplimiento de plazos, condiciones de seguridad del traslado, prohibición de mezcla de residuos durante el traslado, etc.) serán lo suficientemente graves como para superar el umbral de la simple contravención administrativa determinante de un riesgo colectivo de la suficiente entidad o gravedad.

Con un marco punitivo más reducido que el hasta ahora vigente al imponer una pena de prisión más reducida (el anterior art. 328.4 CP preveía una pena de prisión de uno a dos años), con alternativa de multa pero, eso sí, adicionando ahora la pena de inhabilitación especial, este precepto sigue siendo perfectamente blanco de las críticas del que fue objeto por CASTELLÓ NICÁS y QUERALT JIMÉNEZ bajo la anterior regulación por su contrariedad con el mandato de taxatividad derivado del principio de legalidad. El cambio en la redacción operada que intenta definir la conducta no la describe de modo más preciso –más bien al revés, pues ahora aparece descrita de forma negativa–, al referirse a una “cantidad no desdeñable de residuos” frente a la anterior de “cantidad importante de residuos”.

7. Explotación de instalaciones en las que se realicen actividades peligrosas, o de almacenamiento o utilización de sustancias o preparados peligrosos (art. 326 bis CP)

Dispone la vigente redacción del art. 326 bis CP que serán “castigados con las penas previstas en el artículo 325, en sus respectivos supuestos, quienes, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general, lleven a cabo la explotación de instalaciones en las que se realice una actividad peligrosa o en las que se almacenen o utilicen sustancias o preparados peligrosos de modo que causen o puedan causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, a animales o plantas, muerte o lesiones graves a las personas, o puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales”.

La modificación introducida por la LO 1/2015, que acoge el anterior art. 328.2 CP, no es meramente sistemática pues, además de las variaciones penológicas, el precepto estructura las conductas en él descritas en función del tipo básico y agravados contenidos en el actual art. 325 CP, esto es: a) si causa o puede causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas; b) si puede perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales y c) si se hubiera creado un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas.

Tal y como señalara la propia Exposición de Motivos de la Reforma de la LO 5/2010 (que fue la que originariamente introdujo esta figura), las «modificaciones en los delitos contra el medio ambiente responden a la necesidad de acoger elementos de armonización normativa de la UE en este ámbito. De conformidad con las obligaciones asumidas, se produce una agravación de las penas y se incorporan a la legislación penal española los supuestos previstos en la Directiva 2008/99/CE de 19 de noviembre, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho Penal». El precepto es, por tanto, consecuencia de esa necesaria armonización de las legislaciones penales de los países de la UE a la que insta la mencionada Directiva. En concreto, es resultado de la transposición del art. 3 d) de dicha norma que, sin embargo, no exige que la conducta se realice contraviniendo la normativa específica sobre la materia (vid. CASTELLÓ NICÁS).

La razón de ser del precepto penal y la remisión normativa que en él se contempla viene a nuestro juicio determinada por la vigencia del Real Decreto 363/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento sobre clasificación, envasado y etiquetado de sustancias peligrosas (modificado entre otros, por el RD 717/2010, de 28 de mayo). Esta norma reglamentaria, dictada en aplicación de los apartados 5 y 6 del art. 40 de la Ley General de Sanidad, contiene en su articulado algunas definiciones [art. 2.1. a) y b)] que pueden ser de interés para la interpretación del art. 326 bis CP:

- **Sustancia:** «un elemento químico y sus compuestos naturales o los obtenidos por algún proceso industrial, incluidos los aditivos necesarios para conservar su estabilidad y las impurezas que inevitablemente produzca el proceso, con

exclusión de todos los disolventes que puedan separarse sin afectar a la estabilidad de la sustancia ni modificar su composición».

— **Preparado:** «una mezcla o solución compuesta por dos o más sustancias».

De especial relevancia, en orden a la determinación del objeto material del delito y su potencial peligrosidad, es la clasificación de sustancias y preparados que se consideran peligrosos por la normativa reglamentaria (art. 2.2). En atención al peligro y sus eventuales efectos se señalan las siguientes: explosivos, comburentes (las sustancias y preparados que, en contacto con otras sustancias, en especial con sustancias inflamables, produzcan una reacción fuertemente exotérmica), extremadamente inflamables, fácilmente inflamables, inflamables, muy tóxicos, tóxicos, nocivos, corrosivos, irritantes, sensibilizantes, carcinogénicos, mutagénicos, tóxicos para la reproducción y peligrosos para el medio ambiente (vid. el precepto reglamentario citado y los efectos que se asocian a la catalogación de la peligrosidad de sustancias y preparados).

Configurada así la remisión normativa para la interpretación del alcance de la norma penal, queda claramente de relieve la acertada crítica que se ha realizado también frente a este precepto, por el solapamiento con las conductas que se criminalizan en el art. 348.1 CP en el marco de los delitos de riesgo provocados por explosivos y otros agentes (QUERALT JIMÉNEZ, CASTELLÓ NICÁS).

8. Agravaciones comunes a los delitos anteriores

A. Consideraciones generales sobre los subtipos agravados del art. 326 CP

Las agravaciones específicas que con anterioridad a la LO 1/2015 se aplicaban a las conductas tipificadas en el art. 325 CP, lo hacen ahora también a las que se contienen en los arts. 326 y 326 bis CP. Salvo el aumento del número de conductas a las que las agravaciones resulta aplicable, ninguna novedad aporta el nuevo art. 327 CP respecto de la regulación del pasado art. 326 CP en los distintos supuestos previstos en las letras a) a f). Únicamente queremos señalar el descuido del legislador (que evidencia la excesiva celeridad de la reforma del CP en su tramitación final) al reproducir otra vez la redacción derogada del ámbito de aplicación de los subtipos agravados en el mismo art. 327 (“cuando en la comisión de cualquiera de los hechos descritos en el artículo anterior”), cuando en realidad la redacción comienza diciendo que se aplica a los delitos a los que se refieren “los tres artículos anteriores”.

Como aspectos comunes a las agravantes específicas conviene señalar, en primer lugar, que la exasperación de la pena contenida en el precepto opera, como la propia Ley señala, «sin perjuicio de las que puedan corresponder con arreglo a otros preceptos de este Código». Esto significa que realizado el tipo básico y cualificada la pena según el art. 327 CP, la sanción resultante podría entrar en *concurso real* (art. 73 CP) con la que proceda aplicar en virtud del delito cometido y sus-

ceptible también de ser calificado autónomamente (ej., desobediencia o falsedad documental). La posible vulneración del principio *non bis in idem* que un criterio semejante pudiera suponer, se salva sin grandes obstáculos entendiendo que la simultaneidad de las consecuencias punitivas (exasperación, por una parte, y castigo por el delito correspondiente, por otra) obedece a un contenido de injusto diverso. La aplicación del tipo cualificado del art. 327 CP únicamente desvalora la conducta en su dimensión medioambiental, esto es, en la contribución de la misma a la puesta en peligro o daño colectivo producido por el comportamiento contaminante. De este modo no concurre la *identidad de fundamento* como uno de los tres requisitos que resultan necesarios para afirmar la vulneración del mencionado principio. Procede, pues, la estimación del concurso de delitos, pero frente a la solución sugerida por el legislador (concurso real) creemos que la modalidad de concurso de infracciones aplicable debería ser la del concurso ideal siempre que pueda apreciarse una unidad de hecho entre la conducta agravada y el delito calificable autónomamente. Otra cuestión es, y será analizada en su momento, si la aplicación de la agravación puede o no ser compatible con la imposición de una sanción administrativa por los mismos hechos que los contenidos en alguna de las cualificaciones.

Por otro lado, la exasperación punitiva prevista en el art. 327 CP opera en abstracto con la concurrencia de al menos una de ellas, sin que se haya previsto la posibilidad de endurecer el tratamiento para el caso de que concurren dos o más (en este sentido se ha pronunciado expresamente la STS de 1 de febrero de 1997). En tal caso, lógicamente, se dispone del marco concreto de la pena y de la mitad inferior y superior de la resultante para poder valorar adecuadamente los distintos casos (vid. CÓRDOBA RODA, J., GARCÍA ARÁN, M.). No obstante, y dentro de este margen, a nuestro juicio unas agravaciones deben pesar más que otras a la hora de la determinación concreta de la pena, puesto que no es valorativamente asimilable una simple desobediencia a una orden de corrección (y no de suspensión, por ejemplo) de la actividad que el acaecimiento de un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico (MORILLAS CUEVA: 2004). Con razón la STS 30 de enero de 2002 califica a la letra e) del art. 327 como «el tipo de gravedad máxima».

B. Agravaciones en particular

a) Clandestinidad

Es el propio legislador el que concreta algo más lo que debe entenderse por «clandestinidad», esto es, que la industria o actividad funcione sin la necesaria aprobación o autorización administrativa. Tanto bajo la vigencia del CPTR 73 como, también, ya con el CP 1995, se vino entendiendo que la clandestinidad iba referida a la actividad contaminante misma, esto es, al vertido, la emisión, etc., y no al desarrollo de la actividad o industria misma. Tal y como declaró ya la STS 26 de junio de 2002, la aplicación del subtipo agravado se dará en «los supuestos de

falta de licencia misma y no de la actividad que constituye el vertido contaminante», dado que como «las previsiones legales del Texto punitivo hoy vigente, que exacerban la respuesta penológica en casos semejantes hasta la imposición de una pena mínima de cinco años de privación de libertad, la apreciación de tal agravación ha de realizarse de manera exigente». Esto significa, pues, que en aquellos casos en los que la actividad misma está dada de alta para poder llevar a cabo las correspondientes labores de producción, o al menos haya comunicado de forma fehaciente su actividad al correspondiente organismo público, no será de aplicación el art. 326 a) CP aunque no se haya declarado a la Administración competente la realización de la conducta contaminante o, incluso, aunque habiéndose declarado esta última se superen los límites permitidos en la correspondiente resolución o reglamentación administrativa.

Importantes argumentos vierte también la STS 1 de abril de 2003, en contra de la aplicación del precepto en cuestión a los casos en los que se tiene la licencia municipal de apertura y ejercicio de la actividad (calificada conforme al Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres y Peligrosas), pero no se posee autorización para los vertidos o bien tan sólo se posee una provisional, estando en tramitación la de carácter definitivo. Advierte la mencionada resolución que la extensión de la cualificación a dichas hipótesis supone una aplicación «contra reo» de lo que debe entenderse por «funcionamiento clandestino». Y es que interpretar esta última expresión «en el sentido de falta de licencia de actividad o instalación, ya implica una cierta ampliación del subtipo, pues una interpretación material permitiría estimar que existen industrias o actividades carentes de licencia que no son clandestinas sino sobradamente conocidas por la Administración». Pero, con independencia de ello, allí donde se ya se posee autorización administrativa para el ejercicio de la actividad correspondiente, «lo clandestino fue el vertido [...] que es lo que constituye el tipo básico», pero no el presupuesto de hecho del tipo cualificado.

Abundando en la interpretación expuesta, la citada STS 1 de abril de 2003 sostiene además que un criterio distinto vulneraría no sólo el principio de legalidad en su vertiente de la garantía criminal en los términos expuestos sino, también, el principio de proporcionalidad de las penas. Debe tenerse en cuenta, según destaca esta resolución, que el marco punitivo agravado restringe la suspensión condicional, «por lo que la pena legalmente establecida para los supuestos agravados solo será proporcional si la apreciación de la agravación se realiza de manera estricta y rigurosa».

Por último, y seguimos desglosando la resolución de 2003, se advierte sobre la posibilidad de que el criterio contrario amplíe desmesuradamente el ámbito de aplicación del tipo agravado en detrimento del básico y, con ello, pueda vulnerarse el principio «non bis in ídem»: «Si la licencia –afirma el TS– exigida para excluir la agravación es la específica de cada modalidad de vertido, puede llegar a identificarse esta carencia de autorización específica con la ilegalidad del vertido, corriéndose el riesgo de vulnerar el principio “non bis in ídem” al aplicar el subtipo agravado por la misma infracción administrativa que determina la con-

currencia del elemento normativo del tipo básico» (la STS 24 de mayo de 2003 también ha señalado que el «automatismo en la apreciación de la agravante, sería atentatorio al principio de culpabilidad»).

A nuestro juicio, resulta acertado el criterio restrictivo adoptado por la jurisprudencia. Creemos que además de las razones ya señaladas concurre otra que la refuerza y que deriva de la propia interpretación gramatical del art. 327 a) CP. El objeto de la autorización o aprobación administrativa va referido, según la dicción legal, a las «instalaciones» y no a la actividad contaminante que concretamente se desarrolla, por lo que queda fuera de toda duda que la posición jurisprudencial en este punto resulta plenamente acorde con la letra de la Ley y una aplicación completamente garantista de la misma.

b) Desobediencia a orden administrativa

Diversas son las cuestiones a resolver en relación con este subtipo agravado. La primera de ellas es analizar su compatibilidad o no de la condena penal por el art. 327 b) con la eventual imposición por vía administrativa de sanciones impuestas por la negativa abierta o renuencia a cumplir una orden de la autoridad competente de corrección o suspensión de la actividad contaminante. La cuestión ha sido ya objeto de tratamiento jurisprudencial por parte del TS, en el sentido de sostener favorablemente la simultaneidad de ambas sanciones. En este sentido, la STS 24 de septiembre de 2002 viene a decir en síntesis que la actividad sancionada por vía administrativa es distinta de la que es objeto de condena penal. La aplicación del subtipo agravado se basa sobre la realización previa de una conducta, la del tipo básico, que posee un plus de peligrosidad de la que carece el comportamiento que motivó la sanción en vía administrativa: no se castiga la misma conducta, sino que el reproche de la cualificación penal recae sobre un hecho nuevo que genera un grave perjuicio al equilibrio natural, sobre el que el acusado ya ha sido requerido de corrección o suspensión por la autoridad administrativa, a la que no se sujeta, y realiza la conducta que se subsume en cualquiera de las conductas a las que se aplica el art. 327 CP.

A nuestro juicio, de cara al necesario respeto al principio *non bis in ídem*, creemos que debe adoptarse una postura diferenciadora de los casos a enjuiciar. Tal y como escuetamente viene a sugerir la tesis jurisprudencial expuesta, la viabilidad de la aplicación del art. 327 b) CP está condicionada a que la desobediencia se refiera a órdenes administrativas de suspensión o corrección de actividades contaminantes que, por su peligrosidad, sean ya susceptibles de integrar el tipo básico. Aquellas que fueran dictadas y desobedecidas en un momento en el que la conducta infractora no permitiera todavía ser calificada como delito, no entran sencillamente dentro de la órbita del tipo cualificado que inequívocamente alude a que la orden administrativa se refiera a las «actividades tipificadas en el art. anterior». Esta interpretación permitiría, en consecuencia, compatibilizar la apreciación de la agravación específica con la sanción administrativa impuesta en un estadio inicial de la conducta contaminante o cuando, por su naturaleza

y características, no hubiera adquirido todavía el potencial de peligrosidad suficiente como para alterar el equilibrio del entorno natural. En cambio, si desde un primer momento el comportamiento es lo suficientemente grave, o las órdenes de corrección o cese son dictadas únicamente cuando los hechos revisten ya el suficiente potencial lesivo como para cumplir con el tipo penal, la aplicación del art. 327 b) debe excluir necesariamente la operatividad de la vía administrativo-sancionadora (en relación con las relaciones que deben presidir la compatibilidad de la sanción penal y la sanción administrativa, nos remitimos al criterio sentado por la STC 2/2003, de 16 de enero, que viene al menos en parte a superar la polémica que en esta materia introdujo la STC 177/1999, de 11 de octubre; vid., por todos, TORRES FERNÁNDEZ).

El segundo tema a tratar en relación con esta circunstancia es la viabilidad del concurso entre la figura agravada y un delito (art. 556) de desobediencia. Algunos autores (QUERALT JIMÉNEZ, SERRANO MAÍLLO) han negado con carácter general, para todas las circunstancias contenidas en el art. 326, la solución concursal que claramente impone el propio precepto, sobre la base de una supuesta vulneración del principio *non bis in ídem*, que por su rango constitucional haría prevalecer la vigencia de tal mandato prohibitivo de doble punición sobre la inequívoca declaración legal contenida en el art. 327 CP. El argumento para una postura de esta clase es sostener que este tipo de conductas no supondrían necesariamente una mayor gravedad en el ataque al medio ambiente ni en la culpabilidad del autor por ese hecho, sino que «sólo ponen de manifiesto una deslealtad para con las funciones de la Administración [...] sólo cumplen una función de reforzamiento de intereses propios de la Administración y no de una efectiva tutela del ambiente».

Otro sector doctrinal, en cambio, entiende que ante la diversidad de fundamento de esta agravante frente al delito de desobediencia del art. 556 CP, por suponer un mayor peligro para el ambiente natural como bien jurídico protegido, lo que procede es aplicar un concurso ideal de delitos; para la aplicación de esta solución la actividad administrativa debe ir orientada a interrumpir el desarrollo de conductas contaminantes puesto que en caso contrario el concurso de delitos se daría entre el tipo básico y el del art. 556 (CÓRDOBA RODA-GARCÍA ARÁN).

Sobre esta cuestión, y aún teniendo en cuenta que en la jurisprudencia no se encuentran, salvo error u omisión, casos de condena simultánea por el art. 327 y por un delito de desobediencia, creemos que puede apreciarse un contenido de injusto parcialmente diverso que puede justificar la acumulación de la exasperación que ahora tratamos y el correspondiente delito de desobediencia. Y ello porque cuando ésta se comete en el marco de los atentados contra el ambiente natural no sólo redunda en un menoscabo del correcto y adecuado funcionamiento de la función pública en el desarrollo de sus correspondientes competencias, sino que, al hacer caso omiso de la orden cursada por la autoridad correspondiente, se atenta contra la necesaria intervención administrativa orientada a controlar y fiscalizar las posibles actividades contaminantes. Piénsese, pues, que no es equiparable la desobediencia grave de un ciudadano cometida en el marco de un al-

tercero motivado por una multa de aparcamiento, que aquélla que tiene lugar en el contexto de un supuesto de grave contaminación ambiental en el que se desprecian las prevenciones administrativas dirigidas a evitar tales hipótesis. El injusto de esta última desobediencia (fundamentador de la agravación específica) trasciende del puro ámbito de la Administración pública para desembocar en el atentado a un interés colectivo mucho más amplio.

En relación con las relaciones concursales queda una última cuestión a tratar: ¿sería posible apreciar la agravación del art. 327 b) en concurso ideal con el delito del art. 556 CP, así como la correspondiente sanción administrativa por desobediencia? La respuesta a tal interrogante debe ser necesariamente negativa puesto que concurriría identidad de fundamento entre el delito de desobediencia y la sanción administrativa impuesta, con la consiguiente vulneración del principio *non bis in ídem*. La solución concursal excluiría la viabilidad de la imposición de esta última.

En otro orden de cosas, y entrando ya en la configuración técnica del subtipo, respecto del requisito consistente en que las órdenes sean «expresas» se deduce que debe existir una resolución administrativa dictada al efecto que haya sido debidamente notificada al responsable de la actividad o industria y que, a pesar de ello, manifieste abiertamente su negativa mediante la continuidad de la acción contaminante. Como señala la STS 16 de diciembre de 2004, “no es posible desobedecer unas órdenes si previamente no se conocen”, estimando inapreciable la circunstancia agravante específica si no hay constancia fehaciente de los requerimientos hechos al acusado y de su contenido.

Cabe preguntarse el *grado o intensidad* de la desobediencia que resulta necesaria para la apreciación del subtipo. Téngase en cuenta que, a diferencia de lo que sucede con el art. 556 CP, aquí no exige el legislador que la desobediencia sea *grave*. ¿Resultará, por tanto, de aplicación aquí el mismo criterio restrictivo? En la jurisprudencia del TS nos encontramos con supuestos en los que claramente se detecta la enorme gravedad de la conducta desarrollada. En este sentido, por ejemplo, la STS 3 de diciembre de 2002 no duda en condenar por desobediencia tras desarrollar los acusados actividades contaminantes durante aproximadamente cinco años después de la detección de las mismas, a lo largo de los cuales se incoaron numerosos expedientes administrativo-sancionadores y se dictaron distintas órdenes de reposición de la situación al momento anterior a la infracción. En cambio, la STS 24 de septiembre de 2002 aprecia el tipo agravado constando únicamente dos requerimientos previos, cuya inobservancia motiva que el instructor del expediente sancionador comunique los hechos a la autoridad judicial. A nuestro juicio, el hecho de que la redacción del texto legal no exija expresamente la gravedad de la conducta, así como la mayor peligrosidad para el bien jurídico protegido que comporta el no cumplimiento inmediato de una instrucción de esta naturaleza, hacen que la aplicación de la agravante específica no requiera la misma persistencia y reiteración que normalmente se exigen para la estimación del delito del art. 556 CP. Esto significa, por cierto, que la apreciación del subtipo no comporta automáticamente la intervención del concurso con el delito de desobediencia, sino que el concurso

con uno u otro dependerá de si concurren los requisitos que en su propio contexto se exigen para su aplicación.

No concurre por el contrario el subtipo de desobediencia si se ordena el cese de la actividad y, una vez aparentemente corregidas las deficiencias que determinaron el mismo, se permite nuevamente su apertura desconociéndose por parte de la Administración la vulneración subrepticia de la normativa aplicable (STS 24 de febrero de 2003). Para estos casos creemos que puede plantearse la aplicación de la exasperación contenida en la letra c) del art. 327 CP, dado que el sujeto activo oculta información a la Administración sobre la peligrosidad o dañosidad real del comportamiento contaminante.

La desobediencia, como señala la Ley, debe cometerse frente a una orden *administrativa*, puesto que como ha sido puesto de manifiesto, la negativa al cumplimiento de una orden *judicial* de suspensión o corrección de la actividad o industria contaminante sólo determina el concurso de delitos entre el tipo básico del art. 325.1 CP y el delito de desobediencia del art. 556 CP (CONDE-PUMPIDO TOURÓN). Ello evidencia, dicho sea de paso, el *plus* de antijuricidad que se detecta (y que no se agota en la simple transgresión o quebranto de una orden) en los casos en los que se desobedece a la autoridad administrativa competente para controlar y fiscalizar la actividad o industria contaminante.

Finalmente, debe recordarse que el objeto de la orden administrativa de corrección o suspensión debe referirse a la actividad contaminante misma y no a la actividad comercial o industrial en el marco de la cual se desarrolla aquélla. Tal y como ha señalado la STS 16 de noviembre de 2009, en un caso de contaminación acústica, «lo ordenado por la autoridad municipal no fue el cese de toda actividad, sino de la precisamente contaminante. Y, por eso, aunque conste que el local seguía abierto el día 6 de mayo, como, por falta de determinaciones sonométricas, en rigor, no cabe afirmar que estuviera usándose en tales momentos como discoteca, que era lo ciertamente irregular y lo que tendría que haber cesado en virtud de aquel acto administrativo, no apreció el subtipo agravado».

c) Falseamiento u ocultación de información

De acuerdo con la redacción del precepto, la agravación puede operar ante dos conductas distintas. La primera, el falseamiento, implica el desarrollo de una conducta activa consistente en suministrar datos o información falsa a la autoridad administrativa competente para la supervisión, control y fiscalización del impacto ambiental de la actividad o industria de que se trate. La segunda, en cambio, consiste en un comportamiento omisivo a través del cual se sustraen a la Administración los elementos de convicción necesarios para evaluar el posible peligro para el ambiente natural derivado del desarrollo de la actividad de que se trate. Por ello, tal y como se ha destacado, el falseamiento o la ocultación de datos o informaciones no puede recaer sobre cualquier elemento de aquélla, sino únicamente sobre los «aspectos ambientales» de la misma, esto es, «a las condiciones de la actividad y del medio ambiente y posibles efectos que puede llegar a

tener en el mismo» (SERRANO MAÍLLO, CÓRDOBA RODA-GARCÍA ARÁN). Y es que, efectivamente, se pueden falsear u ocultar datos o circunstancias relativos al modo y características del proceso productivo o de otra índole que se lleva a cabo, al entorno natural mismo afectado por la conducta contaminante (ej., si se oculta que los vertidos se realizan en un lugar cercano a un acuífero), así como, verbigracia, a la propia composición y cantidad real de los vertidos, emisiones, etc., que se llevan a efecto.

La doctrina científica coincide en asignar a este subtipo un carácter eminentemente formal, a la vista de que no exige que la ocultación o falseamiento se refiera a datos *esenciales o relevantes* del impacto ambiental (MUÑOZ CONDE). Se trataría, de este modo, de un simple ilícito administrativo con trascendencia penal. Nosotros no podemos compartir tal opinión. La agravación puede y debe ser interpretada teleológicamente en el sentido de que sólo será relevante a los efectos del subtipo aquel falseamiento u ocultamiento que redunde en una mayor idoneidad de la conducta del tipo básico para poner en peligro o dañar el ambiente natural. El incremento de pena (bastante notable, por cierto) debe corresponderse también aquí con un mayor contenido de injusto de la conducta, pues de lo contrario estaríamos en presencia de una infracción carente de contenido material de antijuricidad atentatoria contra el principio de ofensividad en el ámbito punitivo (así, CÓRDOBA RODA-GARCÍA ARÁN). En esta línea, pues, aquellas falsedades o silenciamientos que afecten sólo a aspectos inesenciales o accesorios de la actividad contaminante, quedan fuera del ámbito de la agravación específica, sin perjuicio de que puedan determinar la aplicación de otras figuras delictivas (falsedades) o de una infracción administrativa.

Una última cuestión a tratar en relación con este subtipo es su relación concursal con el delito de falsedades. Precisamente la consideración de que no estamos ante una simple infracción formal que criminaliza una infracción administrativa, sino ante una conducta que hace más peligroso el comportamiento descrito por el tipo básico, nos permite afirmar al igual que con la desobediencia que es admisible un concurso (ideal; de esta opinión CONDE-PUMPIDO TOURÓN) de delitos con alguna de las figuras previstas en los arts. 390 y ss. CP. Naturalmente que el espectro de conductas tipificadas en el art. 327 c) es mucho más amplio que las alteraciones o simulaciones de documentos oficiales o falsedades no ideológicas en documentos privados, pero si alguna de ellas realiza alguno de los tipos de falsedades es el concurso de delitos y no el de normas el que procede aplicar.

d) Obstaculización de las actividades inspectoras de la Administración

Como se ha indicado acertadamente (QUERALT JIMÉNEZ), el control o fiscalización puede presentarse bien como paso previo a la concesión de licencias previas o de modificación de la actividad, o bien el marco de una inspección rutinaria o planificada para verificar que el desarrollo de aquélla se ajusta a las condiciones ambientales de la autorización inicial o de su modificación. De ahí que la Ley no exija que el impedimento o la obstaculización en la labor indagatoria haya

sido determinante de la ilegalidad administrativa en el desarrollo de las actividades contaminantes (MUÑOZ CONDE).

Al igual que sucedía con la circunstancia consignada en la letra b) del precepto que analizamos, la obstrucción debe tener lugar ante una inspección impulsada por la Administración, puesto que si tiene ya lugar en el marco de un procedimiento judicial las figuras que podrían entrar en juego serían el tipo básico aplicable y la desobediencia del art. 556 CP. Tampoco aquí es descartable la viabilidad de una sanción administrativa impuesta por la obstaculización de la acción inspectora, por lo que resultarán aplicables los criterios apuntados anteriormente en relación con el art. 327 b).

e) Riesgo de daños irreversibles o catastróficos

Junto a la agravación específica de clandestinidad, este subtipo es uno de los que más dificultades interpretativas genera a la hora de determinar su alcance y significado. El recurso en su redacción a «conceptos jurídicos indeterminados» como son la irreversibilidad o la naturaleza catastrófica del riesgo desplegado, hace que los mismos deban ser concretados a través de la prueba pericial practicada (CÓRDOBA RODA-GARCÍA ARÁN) y que, incluso, el precepto sea tachado de falta de taxatividad y de causa de una grave inseguridad jurídica (SERRANO MAÍLLO). En cualquier caso, lo cierto es que, como con acierto se ha enfatizado, la irreversibilidad o el carácter catastrófico no se refieren a una lesión o daño efectivo del medio ambiente, sino que se predicen tan sólo del *riesgo o peligro* desplegado por la conducta contaminante (CÓRDOBA RODA-GARCÍA ARÁN). Se trata, por tanto, de establecer un juicio *hipotético* sobre la base de la experiencia humana de los daños que podrían haberse irrogado a la vista de la peligrosidad de la acción.

El texto de la agravación distingue entre la irreversibilidad y los efectos catastróficos. La primera «encuentra su referencia en la gravedad cualitativa del riesgo, mientras que lo catastrófico pone el acento en su gravedad cuantitativa» (MUÑOZ CONDE). En relación con lo que deba interpretarse por un posible riesgo de daño irreversible, la STS 30 de noviembre de 1990 vino a relativizar bajo la vigencia del anterior art. 347 *bis* la literalidad de tal efecto en el sentido de que no significa una absoluta imposibilidad de retorno a la situación previa a la contaminación producida. Y ello porque, según dicha sentencia, «en el actual nivel tecnológico siempre es posible volver desde el estado de deterioro a que se llega al estado anterior de degradación». De ahí que la calificación de irreversibilidad no sea obstáculo para «una hipotética y costosa reparación o repoblación» (MUÑOZ CONDE). Algo más recientemente se vislumbra en la jurisprudencia un criterio algo más restrictivo a la vista del endurecimiento de la penalidad llevado a cabo por el vigente texto punitivo. Y así, afirma la STS 19 de enero de 2002, que la «interpretación que procede hacer de la expresión legal “deterioro irreversible o catastrófico” debe ser prudentemente rigurosa y exigente por dos razones: porque de no hacerse así se corre el peligro de vaciar prácticamente de contenido el tipo básico y porque a tenor del actual art. 326 [el vigente art. 327] –cuya interpretación forzosamente ha de estar condicionada por

la que se haga del derogado art. 347 bis— el tipo agravado se encuentra conminado con una pena privativa de libertad que lo configura en todo caso como delito grave». Sobre esta premisa, la comprobación de una posible irreversibilidad tendrá lugar «cuando el daño en el medio ambiente que puedan ocasionar las emisiones o vertidos contaminantes alcance tal profundidad *que no pueda ser remediado por la capacidad regeneradora de la propia naturaleza, haciéndose necesaria una intervención activa del hombre*». En cambio, el deterioro catastrófico exige «una *intensidad y una extensión más que considerables por el número de elementos naturales destruidos, la población humana afectada y la duración de los efectos de la actividad contaminante*». Obsérvese que el TS habla en términos de lesión o daño, por lo que los criterios señalados deben trasladarse también al juicio hipotético basado en la potencialidad e idoneidad de la conducta contaminante para la producción de tales efectos.

A nuestro juicio, para la estimación de la concurrencia del riesgo de deterioro irreversible deben ser combinados todos los criterios interpretativos suministrados: la capacidad y potencialidad de regeneración natural del entorno afectado, la necesidad de una intervención activa humana para conseguir la recuperación del equilibrio alterado, así como el coste y el tiempo necesario para llevarla a cabo. En estos casos el problema reside en la valoración del daño a largo plazo por la dificultad de valorarlo en el momento de comisión del hecho (así, MUÑOZ CONDE). En cambio, como acertadamente señala la STS 19 de enero de 2002, el riesgo catastrófico está más vinculado con la extensión de la zona abarcada por la contaminación, la diversidad de los elementos naturales afectados (ej., si además de la contaminación del medio la actividad pone en peligro, daña o hace completamente inviable la supervivencia de especies animales y vegetales en la zona) y, eventualmente, aunque se trate de un giro hacia una visión antropocéntrica, a la población humana afectada o susceptible de serlo.

f) Extracción ilegal de aguas en periodo de restricciones

Tal y como pusimos de manifiesto en relación con el art. 325.1 CP, el tipo básico distingue entre «excavaciones» y «captaciones» de aguas. El problema es que el legislador, a la hora de redactar el subtipo agravado, se refiere sólo a la primera de las conductas aludidas. Y así, mientras la captación supone el apoderamiento o distracción de aguas superficiales, la extracción significa sacar al exterior aguas que, por ejemplo, se encuentran en el subsuelo o en un pozo. Aquí podemos reproducir, pues, la crítica que se hace a la discriminación legal (VERCHER NOGUERA: 1998) y que naturalmente carece de sentido puesto que teleológicamente tan dañina para el ambiente puede ser una extracción que una captación de agua en periodo de restricciones (parecen defender un criterio interpretativo amplio, comprensivo también de las captaciones, MUÑOZ CONDE, SERRANO MAILLO). Seguramente que una interpretación sistemática entre el tipo básico y agravado permitiría reconducir también por el art. 327 f) CP algunas de las conductas que, en sentido estricto, no constituyen «extracciones» de aguas pero sí se caracterizan por un apoderamiento ilícito de las mismas (téngase en cuenta que el art. 326 CP alude a la «comisión de *cualquiera* de los hechos descritos en el art.

anterior»). No obstante, el hecho de que nos encontremos ante una norma que agrava la pena hacen prudente mantener aquí una interpretación restrictiva para ser escrupulosos con el principio de legalidad penal.

La exigencia legal de que la extracción sea «ilegal» es reiterativa (CÓRDOBA RODA-GARCÍA ARÁN) pues la conducta del tipo básico exige ya que la extracción se realice «contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente» (en este caso, la Ley de Aguas y Reglamento del Dominio Público Hidráulico). Para la aplicación de la agravante específica es necesaria la previa resolución administrativa por la que se declare el periodo de restricciones, por lo que no basta con la simple comprobación fáctica de que la conducta se realizó durante una época de sequía más o menos severa (CÓRDOBA RODA-GARCÍA ARÁN). El hecho cualificado concurrirá tanto cuando la extracción supere el volumen de agua autorizado como con la superación de los límites temporales de duración de la misma (QUERALT JIMÉNEZ).

Aunque se ha dicho que la extracción ilegal de aguas debe determinar un «incremento» relevante del riesgo para el medio ambiente (CÓRDOBA RODA-GARCÍA ARÁN), creemos que basta la verificación de la idoneidad de la conducta descrita en el tipo básico para alterar el hábitat de las especies de flora y fauna del entorno en el que se llevan a cabo las extracciones. Llevándose a cabo las mismas en periodo de restricciones, existe una presunción legal *iuris et de iure* de mayor peligrosidad del hecho.

9. Responsabilidad penal de las personas jurídicas

Las novedades introducidas en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en este ámbito por la LO 1/2015 se limitan a la ampliación de los delitos a los que resulta aplicable: mientras el anterior art. 327 CP se refería a los delitos “recogidos en los dos artículos anteriores”, el actual art. 328 CP se refiere a los “delitos recogidos en este Capítulo”.

De acuerdo con el sistema de *numerus clausus* del art. 31 *bis* CP que, tras la Reforma de la LO 5/2010, ha introducido la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España, el art. 328 CP viene a señalar a los delitos contra el medio ambiente y los recursos naturales como uno de los ámbitos en los que puede exigirse tal responsabilidad a los entes corporativos que, eso sí, no sean de naturaleza pública (art. 31 *bis*, apartado quinto, CP). Y así, dispone el art. 328 CP que cuando «de acuerdo con lo establecido en el art. 31 *bis* una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Capítulo, se le impondrán las siguientes penas:

- a) Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión superior a cinco años.
- b) Multa de uno a tres años, en el resto de los casos.

Concluye el precepto señalando que, atendidas “las reglas establecidas en el art. 66 *bis*, los Jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas

en las letras b) a g) del apartado 7 del art. 33". Esta última remisión supone que se le pueden aplicar otras penas graves: (b) Disolución de la persona jurídica; (c) suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años; (d) clausura de sus 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 e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años; (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.

10. Prevaricación administrativa específica en el ámbito natural (art. 329 CP)

Ya hemos tenido ocasión de analizar con anterioridad la estructura, requisitos y especialidades de la responsabilidad de las autoridades y funcionarios públicos en el marco de distintos delitos del Título XVI (arts. 320 y 322 CP). Nuevamente aquí el legislador trae a colación la eventual implicación en este tipo de infracciones de los servidores públicos. Nos remitimos con carácter general a lo señalado entonces, aunque no queremos dejar de precisar que aquí, a diferencia de lo que sucedía con el art. 322 CP, la LO 5/2010 sí introdujo la alusión específica a «que hubieran omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio».

11. La producción de daños en un espacio natural protegido (art. 330 CP)

El catálogo de delitos dolosos contenido en el Cap. III termina con el art. 330 que sanciona al que «en un **espacio natural protegido**, dañare gravemente alguno de los elementos que hayan servido para calificarlo, incurrirá en la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses». Como indica la STS 5-12-2001, «entre los delitos contra el medio ambiente, la figura contemplada en el art. 330 del CP describe el correspondiente tipo penal acudiendo fundamentalmente a dos elementos normativos: el espacio natural protegido y los elementos que hayan servido para calificarlo, relacionados ambos con la acción del verbo dañar y el modo de hacerlo: gravemente. Se trata, sin duda, de un delito de lesión o resultado».

Estamos en presencia de una norma penal en blanco, por cuanto debe existir una declaración normativa expresa de protección del espacio natural en cuestión. En este sentido, además de la normativa autonómica, debe tenerse en cuenta la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad. Los arts. 29 a 34 de dicho cuerpo legal proceden a una clasificación de los distintos espacios protegidos: parques, reservas naturales, áreas marinas protegidas, monumentos naturales y paisajes protegidos. El supuesto de hecho debe comple-

mentarse también con normativa autonómica pues, de acuerdo con el art. 36.1 de la Ley 42/2007, corresponde a las CC.AA. la declaración del Espacio Natural Protegido y la determinación de la correspondiente fórmula de gestión. De la complementación extrapenal surgen en este caso algunas dudas interpretativas. A título de ejemplo, cabe cuestionarse si el tipo penal se realiza en aquellos casos en los que el daño no se ha producido directamente en el Espacio Natural Protegido, sino en las denominadas por el art. 37 de dicha Ley como “Zonas periféricas de Protección”; de acuerdo con dicho precepto, en «las declaraciones de los espacios naturales protegidos podrán establecerse zonas periféricas de protección destinadas a evitar impactos ecológicos o paisajísticos procedentes del exterior». En nuestra opinión, la contestación a este interrogante debe ser negativa, puesto que su extensión a los mismos habría exigido una declaración expresa del legislador penal del estilo de «en un espacio natural protegido o en sus zonas periféricas». En cambio, sí deben considerarse incluidos dentro del precepto penal los espacios naturales protegidos transfronterizos (art. 40 de la Ley 42/2007), siempre por supuesto que exista el correspondiente Acuerdo internacional. Importante para la aplicación del precepto es, asimismo, que se hayan originado daños *graves* pues en otro caso estaríamos en presencia de una simple infracción administrativa.

El particular objeto de protección de este precepto y el necesario respeto al principio *non bis in idem* impiden agravar la pena en estos casos por la cualificación específica prevista en el art. 338 CP.

En la sentencia antes citada, se absuelve al acusado tanto en primera instancia como en casación a pesar de que, según rezan los hechos probados, el sujeto «ocupante de una vivienda en el Parque Natural de [...], lugar protegido por el Plan de Espacios Naturales de Interés Natural de la Generalitat de Catalunya de 14 de diciembre de 1.992, Decreto 328/92, el día 16 de enero de 1998, fue visto talando una encina, habiendo talado durante esas fecha treinta árboles, entre encinas y robles, y podando otros dieciocho, por los alrededores de su vivienda. Así mismo, el acusado plantó especies impropias de la zona, abetos, y alteró el suelo y vegetación del lugar para construir accesos a su vivienda y edificaciones a anexas a la misma. Todo ello sin contar con permisos administrativos».

El TS acoge la fundamentación absolutoria del Tribunal *a quo* recordando que «cualquier daño no es penalmente relevante, sólo el grave que afecte a uno de los expresados elementos valorados en su conjunto», y aún reconociendo que «ha existido un daño al elemento forestal del parque, [...] no se trata de un daño grave (la finca donde se ha llevado a cabo tiene una superficie de dos mil cuatrocientos metros cuadrados en un parque de seis mil hectáreas; los árboles afectados son a lo sumo cuarenta y ocho y el parque tiene millones de ellos, sin que se trate de especies protegidas».

12. Cláusula de imprudencia

Aunque ya fue objeto de referencia con ocasión del análisis del tipo subjetivo del art. 325.1 CP, y que la mayoría del resto de los delitos sólo admite la comisión

dolosa por la propia naturaleza de la conducta descrita, no queríamos dejar de recordar que el Capítulo III se cierra con una cláusula general de imprudencia prevista en el art. 331 CP: los «hechos previstos en este Capítulo serán sancionados, en su caso, con la pena inferior en grado, en sus respectivos supuestos, cuando se hayan cometido por imprudencia grave».

BIBLIOGRAFÍA

- BLANCO LOZANO, C.: *La protección del medio ambiente en el Derecho penal español y comparado*, Granada, 1997. -*El delito ecológico. Manual operativo*, Madrid, 1997.
- La tutela del agua a través del Derecho Penal*, Barcelona, 2000. BOIX REIG, J., “Protección penal del medio ambiente”, en *Cuadernos de Derecho Judicial. Número 36, 1994*, CGPJ (edición electrónica). BOUZZA ARIÑO, O., “Respeto a la vida privada y protección del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Revista de Administración Pública, número 160*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003. CARMONA SALGADO, C., “Los delitos contra los recursos naturales, el medio ambiente, la flora, la fauna y los animales domésticos. Disposiciones comunes”, en COBO DEL ROSAL, M., (Dir.), *Derecho penal español. PE*, Dykinson, Madrid, 2004.
- CASTELLÓ NICÁS, N., *El cambio climático en España: Análisis técnico-jurídico y perspectivas*, Madrid, 2011. -“Concepto, contenido y protección del medio ambiente en el delito del art. 325 CP (su relación con el art. 328 CP tras la Reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio)», en *El cambio climático en España: Análisis técnico-jurídico y perspectivas*, Madrid, 2011. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., “Protección penal del medio ambiente. Cuestiones generales”, en *Revista del Poder Judicial*, número 4 de 1989, CGPJ, (edición electrónica). -“Problemática del delito ecológico en su aplicación judicial”, en *Cuadernos de Derecho Judicial. Número 25, 2003*, CGPJ (edición electrónica). -“Comentario al art. 325 del CP”, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *CP comentado*, Tomo II, Barcelona, Bosch, 2004. CÓRDOBA RODA, J., GARCÍA ARÁN, M., (coord.), MAGALDI PATERNOSTRO, M^a J., REBOLLO VARGAS, R., CUGAT MAURI, M., BAUCCELLS LLADÓS, J., *Comentarios al CP, PE*, Tomo I, Barcelona, 2004.
- GARCÍA CALDERÓN, J.M., “La protección penal del patrimonio arqueológico”, en *Patrimonio Cultural y Derecho. Número 7*, 2003. GOSALBO BONO, R., “El Derecho del medio ambiente a la luz del Derecho comparado y del Derecho de la Comunidad Económica Europea”, en *Revista del Poder Judicial. Número especial IV: medio ambiente*, 1989, CGPJ, (edición electrónica). HORMAZÁBAL MALARÉE, H., “Delito ecológico y función simbólica del Derecho penal”, en TERRADILLOS BASOCO (Coord.), *El delito ecológico*, 1992. JAVATO MARTÍN, A.M^a.: “art. 328”, *Comentarios al CP*, Tomo X, vol. II, Madrid, 2006. JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. PG* (traducción de Miguel Olmedo Cardenete), Comares, Granada, 2002. JORGE BARREIRO, A., “El bien jurídico protegido en los delitos contra el medio ambiente en el CP de 1995”, en JORGE BARREIRO, Agustín (Dir.), *Estudios sobre la protección penal*.

del medio ambiente en el Ordenamiento jurídico español, Comares, Granada, 2005. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., “Elogio del art. 325 del CP”, en JORGE BARREIRO, Agustín (Dir.), *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el Ordenamiento jurídico español*, Comares, Granada, 2005. LÓPEZ MENUÑO, F., “Concepto constitucional de medio ambiente. Reparto competencial”, en *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 56, CGPJ, Madrid. MARÍN CASTÁN, F., “Problemas generales y aspectos constitucionales de la tutela judicial frente al ruido”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*. Número 10 de 2002 (edición electrónica). MARTÍN LORENZO, M^a, «Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», en *Memento Práctico Penal*, Santiago de Compostela, 2010. MATA BARRANCO DE LA, N., *Protección penal del ambiente y accesoriadad administrativa*, Barcelona, 1996. MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A., “El medio ambiente como ejemplo de interés difuso en el Derecho penal”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*. Número 36 de 1994, CGPJ. MENDOZA BUERGO, B., *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Comares, Granada, 2001. -“El delito ecológico: configuración típica, estructuras y modelos de tipificación”, en JORGE BARREIRO, A., (Dir.), *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el Ordenamiento jurídico español*, Comares, Granada, 2005. MORILLAS CUEVA, L., «La contaminación del medio ambiente como delito. Su regulación en el Derecho penal español», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núms. 17-20 (1989-1992). -«Protección penal del agua», *CPC*, n° 82 (2004). MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian, “Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente”, en VV.AA., *La insostenible situación del Derecho penal*, Comares, Granada, 1999. MUÑOZ LORENTE, J., “Algunas consideraciones sobre los delitos contra el medio ambiente en la jurisprudencia del TS”, en *Revista del Poder Judicial*. Número 67, Tercer trimestre de 2002, CGPJ, 2002 (edición electrónica). -“Juicio crítico sobre las reformas penales en materia medioambiental introducidas por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del CP”, en *La Ley Penal*. Año 1. Número 6, junio de 2004, (edición electrónica). OLMEDO CARDENETE, M., ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., «El mandato constitucional de protección del medio ambiente y su plasmación en el CP de 1995», en *Estudios de Derecho Público. Libro-Homenaje al Prof. Ruiz-Rico*, Madrid, 1997. OLMEDO CARDENETE, M., «La responsabilidad penal del agricultor», en *La explotación agraria*, Valencia. -«Análisis de la responsabilidad penal por contaminación atmosférica», en *El cambio climático en España: Análisis técnico-jurídico y perspectivas* (CASTELLÓ NICÁS, N.), Madrid, 2011. OLMEDO CARDENETE, M., “Principales novedades introducidas por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en los delitos contra el medio ambiente, flora, fauna y animales domésticos”, en *Estudios sobre el Código Penal Reformado*, dirigidos por MORILLAS CUEVA, L., Madrid, 2015. PÉREZ MORENO, Alfonso, “El Derecho ambiental y la ordenación del territorio. Desarrollo sostenible y medio ambiente”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, número 56, CGPJ, Madrid, 2005. PERIS RIERA, J., *Delitos contra el medio ambiente*, Valencia, 1984. PRATS CANUT, Josep Miquel y MARQUÈS I BLANQUÉ, María, “De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo

(DIR.), *Comentarios al Nuevo CP*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2004. QUERALT JIMÉNEZ, Joan, *Derecho penal español. PE*, Atelier, Barcelona, 2010. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., OLMEDO CARDENETE, M., «Comentario al art. 325 CP», en *Comentarios al CP*, dirigidos por COBO DEL ROSAL, M., Tomo X, Vol. II, Madrid, 2006. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., «Razones de la desaparición del delito de liberación, emisión o introducción de radiaciones ionizantes por la LO 5/2010, de 22 de junio», en *El cambio climático en España: Análisis técnico-jurídico y perspectivas* (CASTELLÓ NICÁS, N.), Madrid, 2011. ROXIN, C., *Derecho Penal. PG. Tomo I* (traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal), Civitas, Madrid, 1997. SCHÜNEMAN B., «Sobre la dogmática y la política criminal del Derecho penal del medio ambiente», en *Temas actuales del Derecho penal después del milenio*, Tecnos, Madrid, 2002. SERRANO GÓMEZ, Alfonso y SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *Derecho Penal. PE*, Madrid, 2010. SILVA SÁNCHEZ, J. M^a. «Las comunidades autónomas y el nuevo CP», en AA. VV., *Informe Pi i Sunyer sobre comunidades autónomas 1995-1996*, Barcelona, 1997. - «¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del art. 325 del CP», en *La Ley*, número 3 de 1997. - *Delitos contra el medio ambiente*, Valencia, 1999. TORÍO LÓPEZ, A., «Los delitos de peligro hipotético. (Contribución al estudio diferenciado de los delitos de peligro abstracto)», en *ADCP*, 1981. TORRES FERNÁNDEZ, E., «De nuevo sobre el principio “non bis in ídem” en la jurisprudencia constitucional», en *La Ley* (2003). - «La reforma del delito de maltrato de animales domésticos del art. 337 CP», en *La Ley* (2010), n^o 7534. VERCHER NOGUERA, A., *Comentarios al delito ecológico. Breve estudio comparado entre España y los Estados Unidos*, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1986. - «La incidencia del Derecho comunitario en la protección penal del medioambiente», en *Cuadernos de Derecho Judicial*. Número 25 de 1993, CGPJ. - «Medio ambiente, derechos humanos e instituciones europeas», en *Revista del Poder Judicial*. Número 29, marzo de 1993, CGPJ, 1993 (edición electrónica). - «La referencia específica a las aguas en los delitos contra el medio ambiente», en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*. Número 8 de 1998, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid. - *La delincuencia urbanística. Aspectos penales prácticos sobre urbanismo y ordenación del territorio*, Colex, Madrid, 2002. - «La tutela judicial frente al ruido», en *Cuadernos de Derecho Judicial*. Número 10 de 2002, CGPJ (edición electrónica). - «La incipiente regulación de los delitos contra el medio ambiente en el Derecho comunitario europeo» en *Cuadernos de Derecho Judicial* número 67, CGPJ, 2005. ZUBIRI DE SALINAS, F., «Delitos contra el medio ambiente», en *Cuadernos de Derecho Judicial*. Número 10 de 1998, CGPJ (edición electrónica).

UNIDAD 9

DELITOS CONTRA LA TRANQUILIDAD PÚBLICA

Competencias

- Analizar los aspectos más importantes de los delitos de organización criminal y terrorismo, estableciendo sus relaciones y diferencias dogmáticas, valiéndose de herramientas jurisprudenciales como apoyo.

PRIMERA LECTURA

Márquez Cisneros, R. (2023). LA LEGITIMIDAD DEL DELITO DE PERTENENCIA A ORGANIZACIONES CRIMINALES. Un análisis desde el principio de lesividad. En Alvarez Yrala, E. (Dir.). Derecho Penal y dignidad humana. Libro homenaje al profesor Felipe Villavicencio Terreros. Vol. 2. (pp. 885-912). Lima, Perú. Grijley.

El objetivo de esta lectura es determinar si el delito de pertenencia a organizaciones criminales trasgrede los límites del ius puniendi, en particular, el principio de lesividad. A tal propósito, se analiza el bien jurídico protegido, los elementos típicos que conforman el tipo analizado y se desarrolla el planteamiento que justifica plenamente la represión penal de la pertenencia a organizaciones criminales.

Director
Edwar Omar Alvarez Yrala

DERECHO PENAL

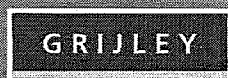
y dignidad humana

• Libro homenaje al profesor
**FELIPE VILLAVICENCIO
TERREROS**



Coordinadores
Juan E. Carrión Díaz
Magaly Lopez Arenas

Volumen 2



Director
Edwar Omar Alvarez Yrala

DERECHO PENAL

y dignidad humana

Libro homenaje al profesor
FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS

Volumen 2

Coordinadores:
Juan E. Carrión Díaz
Magaly Lopez Arenas

GRILEY

Primera edición: enero de 2023.

**Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca
Nacional del Perú N.º 2022-12373**

Registro del Proyecto Editorial: 31501012200655

ISBN obra completa: 978-9972-04-753-4

ISBN volumen 2: 978-9972-04-756-5

© 2023, **Derecho Penal y dignidad humana
Parte general, especial y proceso
penal**

© 2023, **Juan E. Carrión Díaz
Magaly Lopez Arenas
Coordinadores**

© 2023, **Editora y Librería Jurídica Grijley E. I. R. L.
Jr. Azángaro 1077, Lima - Perú
Tlfs.: 01-3210258 / 923054974
ventas@libreriasgrijley.com**

Diseño y diagramación

Libia Huamali Sánchez

Composición e impresión

Editora y Librería Jurídica Grijley E. I. R. L.
Av. Tingo María 1330 - Lima - Perú
Tlfs.: 01-3375252 / 955474204
ediciongrijley@gmail.com

Tiraje: 1 000 ejemplares

DERECHOS RESERVADOS: Decreto Legislativo N.º 822
Prohibida la reproducción de este libro por
cualquier medio, total o parcialmente, sin
permiso expreso de la editorial.

LA LEGITIMIDAD DEL DELITO DE PERTENENCIA A ORGANIZACIONES CRIMINALES

Un análisis desde el principio de lesividad



Rolando Márquez Cisneros^(*)

Perú

SUMARIO: I. Introducción. II. Planteamiento de la problemática. 2.1. Cuestionamientos al delito de pertenencia a una organización criminal. III. El bien jurídico-penal protegido. IV. Elementos de peligrosidad del delito de pertenencia a organización criminal. V. La legitimidad del delito de pertenencia a organizaciones criminales. VI. Conclusiones. VII. Referencias bibliográficas.

I. INTRODUCCIÓN

La legitimidad de la criminalización de las organizaciones criminales siempre ha estado en continuo y arduo debate y, con ello, evidentemente, la legitimidad de la figura penal que reprime la pertenencia a aquellas. Este delito constituye un adelantamiento de la barrera de protección penal, específicamente, un tipo de peligro abstracto. Se trata de una modalidad delictiva no siempre bien valorada por la doctrina, cuando esta la analiza desde la óptica del principio de lesividad.

(*) Doctor en Derecho y magíster en Ciencias Jurídicas por la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona, España). Magíster en Derecho Penal por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado por la Universidad de Piura. Fundador y gerente de la Firma Márquez Cisneros - Abogados.

En este contexto nada pacífico para el delito de pertenencia a organizaciones criminales, el objetivo de este trabajo es determinar si, en efecto, tal ilícito —su criminalización— transgrede los límites del *ius puniendi*, en particular, el principio de lesividad. A tal propósito, primero expondré la problemática que ha generado, desde esta garantía, el delito de pertenencia a organizaciones criminales; luego analizaré la cuestión referida al bien jurídico-penal que protege esta figura delictiva; a continuación, me centraré en el estudio de los elementos típicos que conforman el tipo analizado para, finalmente, desarrollar el planteamiento que —desde mi óptica— justifica plenamente, en un Estado de derecho, la represión penal de la pertenencia a organizaciones criminales.

Debo indicar que el propósito de este trabajo es trazar algunas ideas que resulten aplicables en todas las latitudes; de ahí que el mismo no se estructura a partir de lo que prevé un ordenamiento penal específico sobre el crimen organizado. Esto —desde mi óptica— no constituye inconveniente alguno, si se considera que la definición de criminalidad organizada es una definición «mínima», es decir, una conformada por los rasgos esenciales, más o menos aceptados por la comunidad jurídica. El análisis de las notas distintivas del crimen organizado —eso sí— tendrá como punto de partida lo dispuesto por la legislación supranacional, en concreto, lo establecido por la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, aprobada por Resolución N.º 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000.

Es importante señalar que las próximas líneas no contienen un estudio pormenorizado de cada una de esas peculiaridades. Una investigación de ese tipo la materializaré en otro lugar. En particular, este trabajo está pensado para rendir homenaje a nuestro querido amigo y colega, Dr. Felipe Villavicencio Terreros. Todos queremos tener un espacio para, con nuestras obras, expresarle nuestro afecto y gratitud. Toca ahora, por tanto, ser breve.

II. PLANTEAMIENTO DE LA PROBLEMÁTICA

El derecho penal actual se encuentra en continua expansión, esto es, una progresiva ampliación de sus contornos, entre cuyas causas se puede

advertir con claridad lo que la doctrina llama *punitivismo ciudadano* o *populismo punitivo*. En este sentido, dado que toda actitud punitiva de los ciudadanos no es ilusoria o injustificada, sino que tiene siempre un punto de partida indudablemente real, el fenómeno de constante criminalización solo se puede comprender a partir de la consideración de la situación objetivamente existente en el ámbito de actividad correspondiente.

Un hecho que, —sin lugar a duda— por su sofisticado grado de planificación, marcó un hito en el derrotero de las organizaciones criminales —y con ello, en la actitud de la ciudadanía y del poder político frente a este tipo de delincuencia— lo constituye el atentado terrorista del 11 de septiembre de 2001 contra dos importantes centros de poder en Estados Unidos (el *World Trade Center* y el Pentágono)⁽¹⁾. No obstante, la realidad criminal de los últimos tiempos demuestra la relevancia del factor organizativo ya no solo en la comisión de delitos de terrorismo, sino también, entre otros, en los delitos de tráfico de drogas, trata de personas, delitos informáticos, económicos y delitos cometidos con la propia Administración estatal, incluso por quienes tienen el deber de cautelar sus intereses.

La propalación de noticias —que cada vez más dan cuenta de estos delitos cometidos por organizaciones criminales— genera en la ciudadanía una sensación de inseguridad ante el fenómeno criminal organizado. En esta preocupación colectiva, trasladada al poder político, se ha de encontrar, pues, la génesis de muchas fórmulas legislativas orientadas a prevenir la delincuencia, en general, y la criminalidad organizada, en particular. Ahora bien, la tipificación del delito de pertenencia a organizaciones criminales constituye una respuesta a los compromisos internacionales sobre aproximación de las legislaciones internas en la lucha contra el crimen organizado transnacional. En efecto, sobre la penalización de la participación en un grupo delictivo organizado, el art. 5 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional establece lo siguiente:

(1) ZÚNIGA RODRÍGUEZ, L. «Redes internacionales y criminalidad: a propósito del modelo de participación en organización criminal». En *Criminalidad de empresa y criminalidad organizada*. Lima, 2013, p. 483 y ss.

- i. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:
 - a. Una de las conductas siguientes, o ambas, como delitos distintos de los que entrañen el intento o la consumación de la actividad delictiva:
- ii. 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:
 - a. Actividades ilícitas del grupo delictivo organizado;
 - b. Otras actividades del grupo delictivo organizado, a sabiendas de que su participación contribuirá al logro de la finalidad delictiva antes descrita.

El legislador, ante el clamor ciudadano por afrontar con rigurosidad el crimen organizado y con el propósito de honrar los compromisos internacionales sobre la lucha contra este fenómeno, ha criminalizado la pertenencia a organizaciones criminales.

2.1. Cuestionamientos al delito de pertenencia a una organización criminal

a) El abandono del derecho penal tradicional

El derecho penal tradicional es, por esencia, un ordenamiento limitado. Entre sus límites destacan, entre otros, el principio de lesividad u ofensividad, en cuya virtud el derecho penal está legitimado para intervenir únicamente ante la lesión (efectiva) o la puesta en peligro (real) de un bien jurídico-penal. El principio de lesividad exige la concurrencia de una conducta (externa) que ciertamente lesione o ponga en riesgo un presupuesto concreto e imprescindible para la persona en sociedad.

En cuanto a la criminalización de la pertenencia a una organización criminal, ha sido objeto de una serie de críticas, todas ellas relacionadas, principalmente, desde la óptica de la citada garantía, el principio de lesi-

vidad⁽²⁾, cuya función —como señalé— radica en evitar los excesos del derecho penal (función limitadora) a través de la indiscutible exigencia de lesión o, cuando menos, puesta en riesgo de un bien jurídico-penal.

En efecto, para un sector de la doctrina, el delito de pertenencia a una organización criminal resulta cuestionable en la medida en que prevé una lesividad lejana, es decir, el muro de protección que aparece demasiado alejado del bien jurídico-penal que pretende tutelar, si se considera que dicho ilícito sanciona la integración en una organización con independencia de los específicos delitos que esta tenga como finalidad y que efectivamente se cometan en su seno. Si el peligro consiste en la probabilidad *ex ante* de lesionar el bien jurídico-penal, reputar como peligrosa el integrar una organización con propósitos criminales es, para algunos, considerar esa probabilidad lesiva con demasiada antelación a la eventual lesión. La represión de esa conducta significa —se indica— castigar un mero acto preparatorio⁽³⁾ y establecer un «derecho penal del enemigo»⁽⁴⁾.

(2) En estricto, muchas son las garantías «clásicas» que, para un sector de la doctrina, contraviene el delito de pertenencia a una organización criminal. En este sentido, RODRÍGUEZ, L. Criminalidad organizada, derecho penal y sociedad: apuntes para el análisis. *Foro Jurídico. Revista de Derecho*, N.º 10, 2010, p. 168, también destaca que, desde las filas del garantismo, esto es, desde la admisión de los principios de un derecho penal «ideal» clásico, se realiza una interpretación crítica de la legislación antimafia, considerada fundamentalmente limitadora de principios básicos y esencialmente simbólica.

(3) MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C. Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal y el delito de tráfico de drogas cometido por persona que pertenece a una organización delictiva. Crónica de un conflicto normativo anunciado y análisis jurisprudencial. En *Estudios Penales y Criminológicos*, N.º 34, 2014, pp. 532-541 y ss.; FARALDO CABANA, P. Organizaciones criminales y asociaciones ilícitas en el Código penal español. En *Revista de Estudios de la Justicia*, N.º 19, 2013, p. 14; QUINTERO OLIVARES, G. «La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita». En FERRÉ OLIVÉ, J. y ANARTE BORRALLA, E. (Eds.). *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*. Huelva, 1999, pp. 182 y 186; RODRÍGUEZ, R. Hacia un injusto penal de la criminalidad organizada. Una propuesta a modo de *lege ferenda*. En *Revista de Derecho. Universidad Católica del Norte*, 2, 2014, p. 63, quien señala que no puede obviarse que estos delitos, de algún modo, rompen la lógica clásica acerca de la impunidad de los actos preparatorios. Del igual parecer, ZIFFER, P. «El delito de asociación ilícita frente al derecho penal en expansión». En CANCIO MELIÁ, M. y POZUELO PÉREZ, L. (Coord.). *Política criminal en vanguardia: inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*. Cizur Menor, 2008, p. 500.

(4) CALLEGARI, A. L. Crimen organizado y su tipificación delante del contexto de la expansión del derecho penal. En *Revista de Derecho*, N.º 12, 2009, p. 148 y CALLEGARI, A. L.

III. EL BIEN JURÍDICO-PENAL PROTEGIDO

En la actualidad, no existe consenso respecto de cuál es el bien jurídico que protege el tipo penal de pertenencia a organizaciones criminales. Así, como postura mayoritaria, hay quienes consideran que dicho precepto busca salvaguardar la integridad de un bien jurídico de naturaleza supraindividual o colectiva, autónomo respecto del bien jurídico que protegen los delitos que constituyen el fin de la organización (por ejemplo, el orden público o la seguridad pública). De igual forma, aunque en menor número, hay autores que, descartando la posibilidad de encontrar un bien jurídico-penal autónomo, entienden que la citada figura delictiva pretende proteger bienes jurídicos de carácter personal, los propios de los delitos a los que se encamina la organización. Ciertamente, también hay quienes defienden teorías eclécticas que combinan, en mayor o menor medida, ambas perspectivas.

a) El uso abusivo del derecho de asociación

El delito de pertenencia a organizaciones criminales constituye el «reverso de una autorización constitucional», en este caso, de la que faculta asociarse⁽⁵⁾. Siendo esto así, el delito se configura ya cuando un grupo de personas (en número exigido por el tipo) fundan la ilícita organización ya cuando alguien, con posterioridad, se incorpora a ella, en la medida en que ambos supuestos implican un ejercicio abusivo del derecho constitucional de asociación. El bien jurídico protegido por el delito de pertenencia a una organización criminal es, por tanto, según esta postura minoritaria, el (correcto) ejercicio de ese derecho.

No obstante, aunque es innegable que las organizaciones criminales no están protegidas por el derecho constitucional de asociación y que

Crimen organizado: concepto y posibilidad de tipificación delante del contexto de la expansión del derecho penal. En *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N.º 91, 2010, p. 29 y ss.; GONZÁLEZ RUS, J. La criminalidad organizada en el Código Penal español. Propuestas de reforma. En *Anales de Derecho*, N.º 30, 2012, p. 16 y ss. y p. 39 y ss.; POLAINO NAVERRETE, M. «Organizaciones y grupos criminales». En *Polaino Navarrete, M. (Dir.). Lecciones de Derecho penal. Parte especial, adaptadas a la Ley Orgánica N.º 5/2010 de Reforma del Código penal*. T. II. Madrid, 2011, p. 565.

(5) En igual sentido, MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia, 2007, p. 846.

constituir o integrar un colectivo de este tipo puede calificarse propiamente como ejercicio del mismo, resulta poco serio y superficial señalar que quien se agrupa para delinquir abusa de su derecho de asociación⁽⁶⁾. Además, el considerar el delito de organización criminal como transgresor del derecho de asociación está relacionado con sus antecedentes históricos, los mismos que demuestran que el delito de asociación ilícita sirvió, durante muchos años, como herramienta represiva contra los políticamente disidentes, es decir, el que tradicionalmente haya sido utilizado, casi con exclusividad, para limitar el ejercicio del derecho de asociarse y participar en la vida política⁽⁷⁾ (lo que es comprensible solo en regímenes autoritarios), ha contribuido decididamente a entender que el bien jurídico-penal protegido es, como dije, el correcto ejercicio del derecho de asociación.

b) La seguridad o la tranquilidad pública como objeto de protección

El delito de pertenencia a una organización criminal suele estar ubicado en el título rotulado «delitos contra el orden público», lo que significa que, al parecer, tal ubicación apoya la afirmación de que el bien jurídico que protege dicho tipo penal es lo que allí se rotula, es decir, el orden público⁽⁸⁾.

La expresión «orden público», por naturaleza, es indeterminada. Esta indeterminación no lleva a declinar en el intento de encontrar una definición para ese vocablo. En este sentido, se admite que el orden público es una condición indispensable para la existencia, la conservación y el desarrollo de la comunidad, tanto que sin él no puede haber paz, tranquilidad,

(6) GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*. Barcelona, 1977, p. 127 y ss. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. «Redes internacionales y criminalidad... *Op. cit.*, p. 523. De igual forma, GONZÁLEZ RUS, J. «La criminalidad organizada... *Op. cit.*, p. 27.

(7) QUINTERO OLIVARES, G. *Op. cit.*, p. 179; ROPERO CARRASCO, J. ¿Es necesaria una reforma penal para resolver los problemas de atribución de responsabilidad y justo castigo de la delincuencia organizada? *Estudios penales y criminológicos*, N.º 27, 2007, p. 292.

(8) LÓPEZ MUÑOZ, J. El Orden público bajo la amenaza de la criminalidad organizada. En *Revista de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia*, N.º 13, 2013, p. 257 y ss.; LLOBET ANGLI, M. «Delitos contra el orden público». En SILVA SÁNCHEZ, J-M. (Dir.) y RAGUÉS I VALLÉS, R. (Coord.). *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*. 5.ª ed. Barcelona, 2018, p. 441 y ss.

es decir, seguridad. El orden público se identifica, en consecuencia, con la tranquilidad pública o seguridad ciudadana⁽⁹⁾.

La condición de bien jurídico protegido por el delito de pertenencia a una organización criminal termina así recayendo en la seguridad o tranquilidad públicas⁽¹⁰⁾ («incolumità pubblica», según la doctrina italiana⁽¹¹⁾). Esto no supondría problema alguno de no ser porque el contenido objetivo de la tranquilidad pública, hasta el día de hoy, sigue siendo discutible debido a la imprecisión con que se la ha definido.

La tranquilidad pública es un estado de normalidad cívica gobernado por la sensación en los ciudadanos de ausencia de riesgos⁽¹²⁾. Ahora bien, según dije, este planteamiento, mayoritario, que considera como bien jurídico protegido la «seguridad o tranquilidad pública», tiene un serio problema, que radica en la indeterminación de ambos conceptos utilizados⁽¹³⁾. En efecto, es físicamente imposible estimar de manera objetiva la afectación de un bien tan subjetivado como la «tranquilidad o sensación de seguridad»⁽¹⁴⁾ (afectación cuyo grado depende también de la mediatización del caso), más aún cuando, según la literalidad del tipo, el delito no reprime la actividad criminal de la organización sino tan solo la pertenencia de un

(9) GARCÍA RIVAS, N. «Organizaciones y grupos criminales». En ÁLVAREZ GARCÍA, F. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. (Coords.). *Comentarios a la Reforma penal de 2010*. Valencia 2010, p. 506.

(10) GARCÍA ALBERO, R. «De las organizaciones y grupos criminales». En QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) y MORALES PRATS, F. (Coord.). *Comentarios al Código penal español*. T. II. Cizur Menor, 2011, p. 1703.

(11) MANZINI, V. *Trattato di Diritto penale italiano*. 4.^a ed. Torino, 1962 p. 222; FIANDACA, G. y MUSCO, E. *Diritto penale. Parte speciale*. Vol. 1. Bologna, 1988, p. 367 y ss.

(12) VILLAGÓMEZ CEBRIAN, A. *Las fuerzas y cuerpos de seguridad: del orden público a la seguridad ciudadana*. La Coruña, 1997, p. 151.

(13) En este sentido, CANCIO MELIÁ, M. El injusto de los delitos de organización: peligro y significado. En *ICADE- Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, N.º 74, 2008, p. 260 y CANCIO MELIÁ, M. El injusto de los delitos de organización: peligro y significado. En *Revista General de Derecho Penal*, N.º 8, 2007, p. 18; CARNEVALI RODRÍGUEZ, R. Hacia un injusto pena de la criminalidad organizada. Una propuesta a modo de *lege ferenda*. En *Revista de derecho*, N.º 2, 2014, p. 63.

(14) LANGER-STEIN, R. *Legitimation und interpretation der strafrechtlichen verbote krimineller und terroristischer vereinigungen (§§ 129, 129a StGB)*. München, 1987, p. 124.

individuo a la misma. Así que, en esa fase, no hay manera de que los jueces constaten que la paz o la tranquilidad pública ha sido afectada (en términos de lesión) y, si lo ha sido, cuál es el grado de esta afectación.

En la misma línea, dado que existen organizaciones criminales que, debido al tipo de delitos y a la condición de sus integrantes, pretenden no ser visibles ante la colectividad y de hecho no lo son (evidentemente hasta que son descubiertas por los cuerpos de seguridad estatal), si se asume que el bien jurídico protegido es la tranquilidad pública, entendida como sensación colectiva de ausencia de riesgos, no se entiende cómo ese estado colectivo de tranquilidad se afecta en el caso de organizaciones criminales que, aunque existen, no son visibles ante la colectividad. La mera existencia de la organización criminal (y, con ello, la sola pertenencia a la misma), que ya es punible (en ese estadio), no tiene, por tanto, como característica distintiva, la afectación de la tranquilidad pública.

Por otro lado, la tranquilidad pública tampoco puede tenerse como el bien jurídico protegido por el tipo de pertenencia a organizaciones criminales porque, en definitiva, todo delito, por definición, expresa un ataque contra el orden jurídico y, con ello, contra la tranquilidad pública⁽¹⁵⁾. Esta se afecta, prácticamente, con todo acto prohibido, lo que significa que, en realidad, cualquier tipo penal estaría encaminado a proteger la tranquilidad pública⁽¹⁶⁾.

En consecuencia, la seguridad o la tranquilidad públicas no se las puede considerar como el bien jurídico protegido por el tipo penal de pertenencia a una organización criminal pues su contenido, altamente subjetivo, conlleva a que, en aras de su protección, se legitime la represión penal de prácticamente todas las conductas ilícitas (pues estas, de alguna

(15) HÖRNLE, T. «La protección de sentimientos en el StGB». En HEFENDEHL, R. (Ed.). *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* [trad. de Martín Lorenzo]. Madrid, 2007, p. 213 y ss.

(16) De igual opinión es GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Op. cit.*, p. 139, quien entiende la expresión «orden público», en su acepción más amplia, como sinónimo de paz, impide que pueda ser empleada como criterio de selección y clasificación de los delitos, porque entonces todos entrañarían necesariamente una alteración del orden público, así entendido.

u otra forma, en mayor o menos medida, afectan la sensación colectiva de ausencia de riesgos) y, con ello, se desvanezca la función limitadora que desde siempre se le atribuye al bien jurídico-penal.

c) Los bienes jurídicos individuales como objeto de tutela penal

El delito de pertenencia a organizaciones criminales, para un sector minoritario, constituye un supuesto en el que la represión penal se justifica por constituir una protección anticipada de los bienes jurídicos afectados con la eventual ejecución de los delitos que conforman el programa de la organización criminal⁽¹⁷⁾, es decir, no existe un bien jurídico autónomo que sea tutelado por dicha figura delictiva. Expresado de otra manera, el bien jurídico protegido por el delito de pertenencia a organizaciones criminales es (todo) aquel que resultaría lesionado, si se concretase el proyecto delictivo de la organización criminal.

Así, según este planteamiento, que en doctrina se denomina «teoría de la anticipación» (*Vorverlagerungs theorie*), la organización criminal es un *sistema de injusto constituido*⁽¹⁸⁾. En otras palabras, dicha organización es una entidad social autónoma, con personalidad propia, distinta de sus miembros individualmente considerados⁽¹⁹⁾, en la que sus componentes, a saber, estos individuos que la integran, están organizados y preordenados hacia la consecución de un objetivo social⁽²⁰⁾, la comisión de delitos, valiéndose para ello de una estructura jerarquizada que garantiza la continuidad en el tiempo de sus operaciones delictivas. En este orden de ideas, si de la correspondiente organización se pueden predicar los rasgos anotados,

(17) Actualmente, sustentan esta posición SILVA SÁNCHEZ, J. «¿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 OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., GURDIEL SIERRA, M. y CORTÉS BECHIARELLI, E. (Coords.). *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*. Valencia, 2004, p. 1077, y GONZÁLEZ RUS, J. La criminalidad organizada... *Op. cit.*, p. 27, entre otros.

(18) LAMPE, E-J. *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo* [trad. de Orce Gómez-Jara Díez y Polaino-Orts]. Lima, 2003, p. 139 y ss.

(19) CANCIO MELIÁ, M. El injusto de los delitos de organización... *Op. cit.*, 2008, p. 268 y ss.; CANCIO MELIÁ, M. El injusto de los delitos de organización... *Op. cit.*, p. 2007, 28 y ss.

(20) LAMPE, E-J. *Op. cit.*, p. 114 y ss.

entonces ella puede considerarse una fuente de riesgo incrementado⁽²¹⁾, concretamente para los bienes jurídicos protegidos por los tipos penales que conforman su programa criminal.

En consecuencia, las organizaciones criminales pueden calificarse como escenarios que coadyuvan o favorecen la comisión de los delitos que forman parte de su plan delictivo⁽²²⁾; de ahí que, por constituir una fuente de riesgo, no insignificante, para los bienes jurídicos que esos tipos penales-fin protegen, se justifica el adelantamiento de la represión penal en el caso del delito de pertenencia a organizaciones criminales. El fundamento de este delito radica, entonces, en la tutela de esos bienes jurídicos, lo que lleva a catalogarlo como un delito de peligro abstracto⁽²³⁾, en la medida en que el hecho de participar en aquellas generan ya un riesgo no insignificante para los citados bienes jurídicos, no siendo necesario que ese riesgo, real, se concrete en alguien individualizado.

Los bienes jurídicos tutelados por el delito de pertenencia a organizaciones criminales son, pues, en última instancia, los bienes jurídicos protegidos por los concretos delitos que conforman el programa criminal. En la medida en que de aquellas emergen riesgos para los bienes jurídicos resguardados por los delitos-fin, el delito de pertenencia a organizaciones criminales amplía el perímetro de la protección de estos, desde su puesta en peligro hasta su efectiva lesión. De esta manera, como dije, el delito de pertenencia a organizaciones criminales no protege un bien jurídico colectivo autónomo, este no existe, sino que, en todo caso, la expresión seguridad o tranquilidad pública es una mera abstracción o metáfora conceptual referida al conjunto de bienes jurídicos que podrían verse lesionados, de llegar a materializarse el proyecto delictivo de organización criminal.

Ahora bien, aunque este planteamiento cuenta cada vez con más adeptos, no está exento de críticas. Así, se le achaca que realiza un análisis

(21) CANCIO MELIÁ, M. El injusto de los delitos de organización... *Op. cit.*, 2008, p. 262 y CANCIO MELIÁ, M. El injusto de los delitos de organización... *Op. cit.*, 2007, p. 20 y ss.

(22) SILVA SÁNCHEZ, J. «La intervención a través de organización ¿una forma moderna de participación en el delito?». En CANCIO MELIÁ, M. *Delitos de organización*. Montevideo, 2008, p. 98 y ss.

(23) GONZÁLEZ RUS, J. La criminalidad organizada... *Op. cit.*, p. 27.

superficial pues hace referencia al adelanto de la protección, que es evidente, natural, en el tipo de pertenencia a organizaciones criminales. En este sentido, se le objeta que produciría una superposición de tutelas sobre unos mismos bienes jurídicos, pues los delitos cometidos o planificados encontrarían protección penal en sus respectivos tipos penales, en las normas generales sobre participación y formas imperfectas de desarrollo del delito⁽²⁴⁾. De igual forma, se le critica que el basar la represión penal en una especial peligrosidad —porque al actuar de manera conjunta concurre una reducción de los frenos inhibitorios o porque se dispone de mayores recursos que aseguran la ejecución del plan—, no considera que el mismo razonamiento se puede hacer en el caso de coautores que no cuentan con una estructura organizacional⁽²⁵⁾. Asimismo, se le cuestiona que en los tipos de organización criminal las penas se cuantifican atendiendo al nivel jerárquico que ostenta el agente al interior de la organización y no en atención a la mayor o menor entidad de los delitos planificados, ni del valor de los bienes jurídicos que estos últimos tutelan⁽²⁶⁾.

Con todo, esta tercera postura es la que aquí se considera más sensata. La opción por ella obedece a dos razones. La primera es que evita edificar un oscuro bien jurídico colectivo que, como expliqué, no cumple ninguna función en cuanto tal. La segunda es que permite entender, de una mejor forma, la decisión político-criminal del legislador en el ámbito de la criminalidad organizada, según se expondrá en las próximas líneas.

IV. ELEMENTOS DE PELIGROSIDAD DEL DELITO DE PERTENENCIA A ORGANIZACIÓN CRIMINAL

El art. 2 de la Convención de Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional establece lo siguiente:

- a) Por «grupo delictivo organizado» se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo

(24) GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Op. cit.*, p. 140.

(25) LAMPE, E.-J. *Op. cit.*, p. 128.

(26) GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Op. cit.*, p. 141.

po 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;

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;

Como se puede apreciar, se castiga el pertenecer a una organización que ostenta determinadas características, las ahí establecidas. Dicho de otra manera, según el texto de dicho precepto, incurre en el delito de pertenencia a organización criminal quien integra una organización con las siguientes características: (i) agrupación formada por más de dos personas, que se repartan las funciones de manera concertada y coordinada; (ii) el carácter de la agrupación ha de ser estable o por tiempo indefinido; y (iii) que el propósito de ese reparto y concertación sea la comisión de delitos graves.

En las líneas que siguen, se analizará, primero, qué se debe entender por pertenecer o por integrar, para luego explicar cada una de esas características típicas que ha de reunir la organización a la que se pertenece. La explicación de estas particularidades resulta fundamental pues son los elementos que, al concurrir en la organización, hacen que esta devenga especialmente peligrosa y, en consecuencia, que la conducta «pertenecer» abandone su carácter socialmente tolerado (es lícito integrar una organización) y se convierta en una conducta cuya regulación en el derecho penal se justifica.

a) La integración o pertenencia a la organización delictiva

Pertenecer o integrar la organización significa ser miembro de la misma, formar parte de su estructura a través del desempeño de alguna función, que puede ser indefinida en el tiempo o temporal, lo que permite diferenciar, respectivamente, entre miembros permanentes y miembros contingentes⁽²⁷⁾.

(27) JARAMILLO RESTREPO, J. «Organizaciones criminales: bases para una teoría general». En POSADA MAYA, R. (Coord.). *Discriminación, principio de jurisdicción universal y temas de derecho penal*. Bogotá, 2013, p. 501.

Los miembros conocen y comparten el objetivo de la organización, a saber, la comisión de delitos, lo que significa que el concepto de pertenencia o integración presupone ejecutar las actividades con vocación de permanencia, esto es, con la permanente voluntad de acatar las decisiones que se adopten dentro del grupo⁽²⁸⁾. Esto no puede ser de otra forma pues solo un comportamiento de este tipo permite la estabilidad de la organización y, con ello, la continuidad de sus actividades ilícitas. Asimismo, la pertenencia exige un cierto comportamiento activo con relación a dicho fin. En este sentido, los miembros contribuyen de múltiples formas con el mantenimiento de la organización (no hay conductas inherentes o naturales a ellos, aunque sí algunas típicas según la actividad social), por eso la pertenencia o integración implica toda clase de actividad material orientada a concretar el proyecto criminal⁽²⁹⁾, ya sean actos preparatorios o ejecutivos de los delitos que conforman dicho plan⁽³⁰⁾, ya sean actos que, sin tener esas condiciones, contribuyan de alguna manera con el proyecto delictivo.

Siendo esto así, miembro es no solo quien interviene material y directamente en la preparación o ejecución de los concretos delitos que conforman el plan criminal —téngase en cuenta que es un delito autónomo y que su participación ha de ser en la organización—, sino también quien, pese a no participar activamente en esas conductas, realiza al menos actos directamente vinculados con las mismas, es decir, actos que signifiquen algún tipo de contribución con el proyecto criminal⁽³¹⁾. De ahí que los miembros son quienes —además de haber ingresado a la organización— han realizado determinadas actividades adicionales⁽³²⁾; por eso, si se habla de miembros,

(28) FARALDO CABANA, P. *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código Penal español*. Valencia, 2012, p. 277.

(29) SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A. *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*. Madrid, 2012, p. 800.

(30) En este sentido, véase FARALDO CABANA, P. *Asociaciones ilícitas y...* *Op. cit.*, pp. 256 y 270; también REBOLLO VARGAS, R. «Delitos contra la Constitución». En CÓRDOBA RODA, J. y GARCÍA ARÁN, M. (Dir.). *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*. T. II. Madrid, 2004, p. 2453.

(31) FARALDO CABANA, P. *Asociaciones ilícitas y...* *Op. cit.*, p. 273.

(32) CÓRDOBA RODA, J. *Comentarios al Código penal*. T. III (artículos 120-340, bis c). Barcelona, 1978, p. 280.

estos no pueden ser sino miembros activos. Estas concretas actividades, como ya dije, no significan necesariamente participación directa en la ejecución de los delitos que conforman el plan criminal pero sí algún tipo de actividad «interna» que contribuya con el mantenimiento de la organización porque está vinculada, de alguna u otra forma, con la materialización de dicho plan —por ejemplo, quien mantiene operativas las instalaciones donde se realizan las sesiones en las que se planifican los delitos-fin, quien plantea ideas en tales sesiones o ratifica lo que propone otro miembro—.

b) La agrupación conformada por más de dos personas

La pluralidad de integrantes constituye una exigencia lógica para poder afirmar la existencia de una agrupación. Ahora bien, lo determinante para afirmar que existe una organización es que estos actúen con una tal coordinación que hace indudable el que integran un ente colectivo⁽³³⁾. La exigencia de mínimo tres integrantes, en todo caso, sirve para descartar como organización criminal, en coherencia con el concepto restringido de esta, las agrupaciones conformadas por dos personas, lo que no significa que todo colectivo integrado por tres o más deba reputarse organización criminal, por el mero hecho de satisfacer el número mínimo de integrantes.

Como todo ente colectivo, la organización criminal está dotada de una estructura, que da cuenta de su nivel de organización. La estructura, independientemente del tipo (rígida o flexible), es un elemento de vital importancia pues, al optimizar la eficacia en la comisión de los delitos, permite materializar con facilidad los proyectos criminales y reduce significativamente la posibilidad de ser descubrimiento. Del hecho de que las organizaciones posean una estructura se deriva que en su interior tenga lugar una división del trabajo, esto es, una distribución de roles, que atiende la especialización de sus integrantes y conduce a un cierto nivel de profesionalización⁽³⁴⁾. De igual forma, en la medida en que se está ante una

(33) En este sentido, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Op. cit.*, pp. 222 ss.; también CÓRDOBA RODA, J. *Op. cit.*, p. 254 y TERRADILLOS BASOCO, J. «Arts. 173-176». En LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. y RODRÍGUEZ RAMOS, L. *Código Penal comentado*. Madrid, 1990, p. 407.

(34) ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L. *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal: contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*. Granada, 2009, p. 129.

estructura organizada, esta cuenta habitualmente con una jerarquía⁽³⁵⁾, es decir, con directivos que, ubicados en la cúspide de la organización, son quienes imparten las órdenes e instrucciones orientadas al logro de la finalidad común. Como al interior de la organización criminal existe cierta jerarquía y distribución de roles, las relaciones entre sus miembros son de coordinación y subordinación⁽³⁶⁾.

En lo que respecta al nivel de organización o grado de complejidad de la estructura —entendido como el nivel de dotación logística y de personal—, este depende, evidentemente, del tipo de actividad delictiva que realiza la organización como parte de su plan criminal; por eso, al efectuar el proceso de subsunción en lo que ha de entenderse por organización criminal, a todos los colectivos no se les ha de exigir el mismo nivel de complejidad de sus estructuras, es decir, desde la óptica del número de integrantes, constituirán organizaciones criminales tanto la estructura conformada por cinco como la conformada por veinte, si, atendiendo a su actividad delictiva, esta dotación las hace idóneas para lograr sus objetivos criminales y, con ello, potencialmente lesivas.

En consecuencia, no se precisa que la organización tenga una estructura altamente compleja, sino que basta con una estructura básica, simple, en la que el mando recaiga en, al menos, uno de sus integrantes. Ahora bien, las estructuras más complejas, entendidas como aquellas que poseen mayores recursos humanos y materiales (con todo lo que esto supone: distribución de roles más eficiente, simplicidad para el intercambio de los sujetos, menos barreras inhibitorias para delinquir, mayor poder adquisitivo, dotación de armas y de aparatos de telecomunicación más sofisticados y en mayor cantidad), evidentemente, incrementan de manera significativa el peligro para los bienes jurídicos protegidos pues precisamente la mayor dotación de recursos con que cuentan las hace idóneas para ello, al facilitar

(35) GONZÁLEZ RUS, J. Asociación para delinquir y criminalidad organizada (sobre la propuesta de desaparición del delito basada en una peculiar interpretación de la STS de 23 de octubre de 1997 - Caso Filesa). En *Actualidad Penal*, N.º 27, 2000, p. 565; también REBOLLO VARGAS, R. *Op. cit.*, p. 2444.

(36) FARALDO CABANA, P. *Asociaciones ilícitas y...* *Op. cit.*, p. 64 y ss.

enormemente la concreción de su plan criminal y elevar la probabilidad de impunidad, en comparación con las estructuras más simples.

c) El carácter estable o por tiempo indefinido de la organización

En la medida en que las organizaciones criminales cuentan con una estructura que las dota de autonomía respecto de sus miembros, quienes, por lo demás, son intercambiables y expresan su voluntad de participar en una pluralidad indeterminada de actos delictivos, es indudable entonces que el rasgo distintivo de aquellas es su carácter permanente. Ahora bien, esta permanencia no se puede entender como que la organización ha de perdurar siempre en el tiempo, sino como la capacidad de mantenerse mientras dure la voluntad de sus miembros⁽³⁷⁾. La organización existirá, será permanente, mientras sus integrantes (todos) no manifiesten su voluntad de dejar de ser parte de ella. Esto no puede ser de otra manera pues el vínculo entre los miembros es lo que genera la estabilidad de la organización.

Como dije, la permanencia significa que la organización no está orientada a la comisión de un solo delito específico⁽³⁸⁾, sino que, por el contrario, su objetivo es materializar su programa criminal, conformado por una pluralidad de ilícitos. Es aquí donde radica la distinción entre la criminalidad organizada y otras formas de comisión por una pluralidad de agentes, como la coautoría, en las que la «organización» desaparece tras la comisión del delito concreto. Por tanto, aunque exista un cierto grado de planificación y coordinación (inherente al ser humano, por su tendencia natural a organizarse), no se puede imputar la condición de organización criminal a aquel grupo de individuos que se asocian únicamente para perpetrar una cantidad determinada de delitos, desarticulándose tras la comisión de estos⁽³⁹⁾.

En la medida en que las organizaciones criminales adoptan los modelos propios del ámbito comercial, suelen catalogarse como auténticas

(37) FARALDO CABANA, P. «Sobre los conceptos de organización criminal y asociación ilícita». En VILLACAMPA ESTIARTE, C. (Coord.). *La delincuencia organizada: un reto a la política criminal actual*. Pamplona, 2013, p. 60.

(38) ZIFFER, P. *El delito de asociación*. Buenos Aires, 2005, p. 74.

(39) HERRERO HERRERO, C. *Criminología. Parte general y especial*. Madrid, 2007, p. 612.

empresa del crimen. Siendo esto así, como en el mundo de los negocios las corporaciones pretenden perdurar en el tiempo, también las organizaciones criminales persiguen este objetivo. La intercambiabilidad de sus miembros y la renovación de estos, incluso de quienes ocupan cargos jerárquicos, constituyen así los mecanismos orientados a dotar de perdurabilidad a la organización, al mantener vigente las actividades delictivas y, con ello, persistente el programa criminal.

En este orden de ideas, como el programa criminal se mantiene constante en el tiempo, lo que supone que la voluntad de los miembros es la estar siempre disponibles para la comisión de los delitos que conforman aquél, la perdurabilidad de la organización significa, además, que el peligro (abstracto) para los bienes jurídico-penales protegidos es, también, constante⁽⁴⁰⁾.

d) El propósito de cometer delitos graves

Puesto que la tendencia natural del ser humano es la de vivir en sociedad, esto es, agruparse, el que varios individuos se asocien u organicen no es delito. El carácter criminal de esa agrupación está determinado por el hecho de que el propósito de la misma sea la comisión de delitos. Ahora bien, aunque la norma supranacional exija expresamente que los ilícitos que conforman el plan criminal sean graves, esta última exigencia no forma parte de los presupuestos típicos de muchas legislaciones. Desde mi óptica, en coherencia con el concepto restringido de organización criminal, la finalidad delictiva ha de comprender cualquier tipo de delito, con la única condición de que este sea (siempre) grave. Esto no puede ser de otra manera pues, según dije, la criminalidad organizada actúa como una verdadera empresa criminal, lo que significa que su plan delictivo no está conformado por «delitos insignificantes», sino por ilícitos caracterizados comúnmente por el empleo de la violencia y/o la corrupción.

De igual forma, el modelo empresarial que adopta la criminalidad organizada lleva a concluir que el conjunto de actividades delictivas desarrolladas por las organizaciones criminales (en realidad, todas sus acti-

(40) ZIFFER, P. *El delito de asociación...* Op. cit., p. 74 y ss.

vidades), tienen una finalidad que trasciende la mera comisión de delitos pues, en definitiva, lo que se persigue con ellas, como fin último, es un beneficio de tipo material o económico⁽⁴¹⁾. La obtención de lucro es, por tanto, el propósito al que finalmente está pre-ordenada toda la estructura organizativa⁽⁴²⁾. Siendo esto así, la búsqueda de un beneficio de carácter lucrativo constituye (también) un rasgo distintivo de las organizaciones criminales, propósito que permite distinguirlas del terrorismo y de otras figuras delictivas.

En consecuencia, como la comisión de delitos es lo propio de las organizaciones criminales, dicha actividad, en estricto, no constituye la finalidad de estas sino solo el medio al que se recurre para alcanzar un beneficio económico. Por lo demás, los delitos que habitualmente comenten las organizaciones criminales (tráfico de drogas y de personas, extorsión, robo, entre otros) constituyen una base empírica que corrobora que la finalidad perseguida por el colectivo es la de obtener un provecho de naturaleza económica.

V. LA LEGITIMIDAD DEL DELITO DE PERTENENCIA A ORGANIZACIONES CRIMINALES

Sin lugar a dudas, la criminalización de la pertenencia a organizaciones criminales constituye un adelanto de las barreras de protección penal para los bienes jurídicos que resultarán lesionados de materializarse el proyecto criminal. Por consiguiente, toca fundamentar las razones que justifican esa intervención penal anticipada.

La organización criminal como injusto anticipado

Según la teoría de la anticipación (Vorverlagerungstheorie), la perspectiva para establecer el injusto de las organizaciones criminales se construye sobre los delitos cuya comisión (futura) estas pretenden, por ser parte

(41) SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. *La criminalidad organizada: aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*. Madrid, 2005, p. 46 y ss.

(42) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. *Criminalidad organizada y sistema...* *Op. cit.*, p. 133; HERRERO HERRERO, C. *Op. cit.*, p. 613.

de su programa delictivo⁽⁴³⁾. Entonces, lo determinante son, entonces, los delitos que aquellas organizaciones luego cometerán y que lesionarán, fundamentalmente, bienes jurídicos de naturaleza individual⁽⁴⁴⁾. Desde esta perspectiva, la organización criminal se configura como un ente institucional, facilitador de los concretos delitos que luego se comentarán en su esfera; de ahí que los tipos penales de organización tutelan los bienes jurídicos protegidos por los concretos delitos cuya comisión es parte del plan delictivo. En consecuencia, para este planteamiento, la represión de hechos vinculados a las actividades de organizaciones criminales se explica, básicamente, como una anticipación de la tutela de los bienes jurídicos afectados por los delitos-fin de la organización criminal⁽⁴⁵⁾.

Conforme con el principal promotor de esta tesis, Rudolphi, la mera existencia de organizaciones criminales constituye ya una «fuente de peligro incrementado» para los bienes jurídicos (tanto del Estado como de los ciudadanos individuales) que protegen los tipos penales que eventualmente se cometerán a través del colectivo⁽⁴⁶⁾. La peligrosidad incrementada obedece a que estas organizaciones, por un lado, desarrollan una dinámica propia, que consiste en la comisión conjunta de delitos, en virtud de la cual se anulan o, cuando menos, se reducen los frenos inhibitorios de sus integrantes, anulándose o disminuyéndose así la sensación de responsabilidad de estos⁽⁴⁷⁾ y, por otro lado, al hecho de que su estructura (recursos, personal, etc.) disminuye de forma significativa las dificultades en la ejecución de los delitos planificados⁽⁴⁸⁾, garantizando así un alta probabilidad de éxito no solo en la fase comisiva, sino también en la pos-

(43) CANCIO MELIÁ, M. *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*. Madrid, 2010, p. 101.

(44) CANCIO MELIÁ, M. «Los delitos de terrorismo». En ÁLVAREZ GARCÍA, F. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. (Dir.). *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*. Valencia, 2010, p. 111.

(45) SILVA SÁNCHEZ, J. «La intervención a través... *Op. cit.*, p. 1077.

(46) CANCIO MELIÁ, M. El injusto de los delitos de organización... *Op. cit.*, 2008, p. 256 y CANCIO MELIÁ, M. El injusto de los delitos de organización... *Op. cit.*, 2007, p. 13.

(47) POLAINO NAVARRETE, M. *Op. cit.*, p. 403.

(48) CANCIO MELIÁ, M. El injusto de los delitos de organización... *Op. cit.*, 2008, p. 257 y CANCIO MELIÁ, M. El injusto de los delitos de organización... *Op. cit.*, 2007, p. 12.

terior a esta, pues la estructura organizacional dificulta la persecución y el procesamiento penal de los miembros⁽⁴⁹⁾.

En este orden de ideas, esta peligrosidad incrementada de las organizaciones criminales es la que justifica una intervención «excepcionalísima», anticipada, con la finalidad de prevenirlas desde el estado mismo en que se constituyen y, con ello, preparan para la comisión de futuros delitos. Dicho de otra manera, en la medida en que las organizaciones criminales obedecen a un proyecto criminal (real y concreto), desde su misma creación representan ya un peligro real y efectivo para los bienes jurídicos protegidos por los delitos que conforman su plan criminal. Así, el delito de pertenencia a organizaciones criminales acaba configurándose, respecto de estos bienes jurídicos, como un tipo penal de peligro abstracto⁽⁵⁰⁾, pues, ciertamente, pretende la tutela preventiva de esos bienes que, por la configuración del tipo, no llegan a ser lesionados.

La teoría de la anticipación, si bien se mira, lleva a concluir que existe una diferencia sustancial entre la organización criminal y su plan delictivo, que permite entender la peligrosidad de la organización *per se*. En efecto, mientras lo primero se ciñe al hecho de constituirse, esto es, de existir para desplegar actividades delictivas, el segundo se refiere ya a la ejecución por el colectivo de los delitos que conforman su plan. En este sentido, evidentemente, será el recurso al criterio de la idoneidad el que permita evaluar si la sola existencia de la organización representa ya un

(49) GARCÍA CAVERO, P. *La lucha contra la criminalidad organizada en el Perú: la persecución del patrimonio criminal, el lavado de activos y la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Lima, 2019, p. 16, también destaca la estructura de la organización y la distribución de roles que lleva implícita como mecanismos que hacen más eficiente la actividad criminal y que permiten la inmunidad frente a la persecución penal. Del igual parecer, GONZÁLEZ RUS, J. *La criminalidad organizada en...* *Op. cit.*, p. 38.

(50) CANCIO MELIÁ, M. *El injusto de los delitos de organización...* *Op. cit.*, 2008, p. 257 y ss. y CANCIO MELIÁ, M. *El injusto de los delitos de organización...* *Op. cit.*, 2007, p. 13 y ss. Del mismo parecer, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. «Función Político-Criminal del Delito de Asociación para Delinquir: Desde El Derecho Penal Político hasta la lucha contra el Crimen Organizado». En ARROYO ZAPATERO, L. y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Dir.). *Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: in memoriam*. Vol. 2. Cuenca, 2001, p. 673 y ss.

peligro no insignificante para los bienes jurídicos tutelados por los delitos que conforman su plan criminal, esto es, si la organización criminal, *per se*, tiene capacidad para lesionar tales objetos de protección.

El que las organizaciones criminales *per se*, es decir, con su mera existencia, entrañen un riesgo, real y no insignificante, para los bienes jurídicos que protegen los delitos que conforman el plan criminal de aquellas, riesgo potenciado en la actualidad dada las características de la sociedad moderna, lleva a concluir que no son acertadas las críticas formuladas al delito de pertenencia a una organización criminal, referidas a que su tipificación constituye una medida legislativa contraria al principio de lesividad. Por todo lo que implican las organizaciones criminales, esto es, por su clara potencialidad lesiva y, con ello, evidente dañosidad social, el adelantamiento de la protección penal que supone el delito de integrar aquellas son, pues, legítimo.

VI. CONCLUSIONES

1. Aunque desde siempre las personas se organizan para cometer delitos, el peligro que implican estas agrupaciones se ha incrementado en los últimos tiempos debido, fundamentalmente, a las características propias de la sociedad actual: apertura de mercados, acceso a redes de internet, fabricación de armas sofisticadas, globalización, etc. Ante ello, se advierte un cambio en la actitud de la ciudadanía frente al fenómeno de la criminalidad organizada. Esta no es ya tolerada por la colectividad. Esta nula tolerancia, al igual que la obligación de cumplir los compromisos internacionales, ha determinado la criminalización de las organizaciones criminales y, con ello, el pertenecer a estas.
2. Esta criminalización no ha sido bien recibida por algún sector de la doctrina. En concreto, se le achaca que supone una trasgresión del principio de lesividad pues el mero hecho de pertenecer a una organización criminal no supone un riesgo para bien jurídico alguno sino, en todo caso, un mero acto preparatorio. La barrera de protección, alegan, se adelanta a un momento demasiado distante de la efectiva puesta en riesgo de los objetos de protección penal.

3. Aunque existen distintos planteamientos respecto de lo que se pretende proteger de las organizaciones criminales —desde mi óptica— los «delitos asociativos» tutelan los bienes que resultarán lesionados de llegar a materializarse los crímenes que conforman el plan delictivo, es decir, tutelan bienes jurídicos de naturaleza individual, fundamentalmente. En este orden de ideas, la confluencia en la pluralidad de sujetos de las restantes características típicas —a saber, estructura estable, orientada a la comisión de delitos graves, en la que concurre distribución de roles y jerarquía— incrementa notablemente el peligro de lesión de los citados bienes jurídico-penales.
4. En la medida en que las organizaciones criminales entrañan un peligro no insignificante para los bienes jurídicos que protegen los ilícitos que conforman su plan criminal, no es correcto afirmar que el delito de pertenecer a ellas contraviene el principio de lesividad. Por su clara potencialidad lesiva, es legítimo el adelantamiento de la barrera de protección que supone el delito de integrar una organización criminal.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CANCIO MELIÁ, M. «De nuevo: ¿derecho penal del enemigo?». En JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M. (Coords). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Madrid, 2006.
- CANCIO MELIÁ, M. «De nuevo: ¿derecho penal del enemigo?». En CANCIO MELIÁ, M. y GÓMEZ- JARA DÍEZ, C. (Coords.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. 2.^a ed. Cizur Menor, 2006.
- CANCIO MELIÁ, M. El injusto de los delitos de organización: peligro y significado. En *Revista General de Derecho Penal*, N.º 8, 2007.
- CANCIO MELIÁ, M. El injusto de los delitos de organización: peligro y significado. En *ICADE-Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, N.º 74, 2008.
- CANCIO MELIÁ, M. *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*. Madrid, 2010.

- CANCIO MELIÁ, M. «Los delitos de Terrorismo». En ÁLVAREZ GARCÍA, F. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. (Dir.). *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*. Valencia, 2010.
- CALLEGARI, A. L. Crimen organizado y su tipificación delante del contexto de la expansión del derecho penal. En *Revista de Derecho*, N.º 12, 2009.
- CALLEGARI, A. L. Crimen organizado: concepto y posibilidad de tipificación delante del contexto de la expansión del Derecho penal. En *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 91, 2010.
- CARNEVALI RODRÍGUEZ, R. Hacia un injusto penal de la criminalidad organizada. Una propuesta a modo de *lege ferenda*. En *Revista de Derecho. Universidad Católica del Norte*, N.º 2, 2014.
- CARNEVALI RODRÍGUEZ, R. La criminalidad organizada. Una aproximación al derecho penal italiano, en particular la responsabilidad de las personas jurídicas y la confiscación. En *Revista Ius et Praxis*, N.º 2, 2010.
- CARRARA, F. *Programa de derecho criminal. Parte General*. Vol. 4. [trad. de Ortega Torres y Guerrero]. Bogotá, 1985.
- CÓRDOBA RODA, J. *Comentarios al Código penal*. T. III (artículos 120-340, bis c). Barcelona, 1978.
- FARALDO CABANA, P. *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código Penal español*. Valencia, 2012.
- FARALDO CABANA, P. Organizaciones criminales y asociaciones ilícitas en el Código penal español. En *Revista de Estudios de la Justicia*, 19, 2013.
- FARALDO CABANA, P. «Sobre los conceptos de organización criminal y asociación ilícita». En VILLACAMPA ESTIARTE, C. (Coord.). *La delincuencia organizada: un reto a la política-criminal actual*. Pamplona, 2013.
- FIANDACA, G. y MUSCO, E. *Diritto penale. Parte speciale*. Vol. 1. Bologna, 1988.
- GARCÍA ALBERO, R. «De las organizaciones y grupos criminales». En QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) y MORALES PRATS, F. (Coord.). *Comentarios al Código penal español*. T. II. Cizur Menor, 2011.

- GARCÍA CAVERO, P. *La lucha contra la criminalidad organizada en el Perú: la persecución del patrimonio criminal, el lavado de activos y la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Lima, 2019.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*. Barcelona, 1977.
- GARCÍA RIVAS, N. «Organizaciones y grupos criminales». En ÁLVAREZ GARCÍA, F. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. (Coords.). *Comentarios a la Reforma penal de 2010*. Valencia 2010.
- GONZÁLEZ RUS, J. La criminalidad organizada en el Código penal español. Propuestas de reforma. En *Anales de Derecho*, N.º 30, 2012.
- GONZÁLEZ RUS, J. Asociación para delinquir y criminalidad organizada (sobre la propuesta de desaparición del delito basada en una peculiar interpretación de la STS de 23 de octubre de 1997 - Caso Filesa). En *Actualidad Penal*, N.º 27, 2000.
- HERRERO HERRERO, C. *Criminología parte general y especial*. Madrid, 2007.
- HÖRNLE, T. «La protección de sentimientos en el StGB». En HEFENDEHL, R. (Ed.). *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* [trad. de Martín Lorenzo]. Madrid, 2007.
- JARAMILLO RESTREPO, J. «Organizaciones criminales: bases para una teoría general». En POSADA MAYA, R. (Coord.). *Discriminación, principio de jurisdicción universal y temas de derecho penal*. Bogotá, 2013.
- LAMPE, E-J. *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo* [trad. de Orce Gómez-Jara Díez y Polaino-Orts]. Lima, 2003.
- LANGER-STEIN, R. *Legitimation und interpretation der strafrechtlichen verbote krimineller und terroristischer vereinigungen (§§ 129, 129a StGB)*. München, 1987.
- LLOBET ANGLÍ, M. «Delitos contra el orden público». En SILVA SÁNCHEZ, J-M. (Dir.) y RAGUÉS I VALLÉS, R. (Coord.). *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*. 5.ª ed. Barcelona, 2018.

- LÓPEZ MUÑOZ, J. El Orden público bajo la amenaza de la criminalidad organizada. En *Revista de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia*, N.º 13, 2013.
- MANZINI, V. *Trattato di Diritto penale italiano*. 4.ª ed. Torino, 1962.
- MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C. Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal y el delito de tráfico de drogas cometido por persona que pertenece a una organización delictiva. Crónica de un conflicto normativo anunciado y análisis jurisprudencial. En *Estudios Penales y Criminológicos*, N.º 34, 2014.
- MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia, 2007.
- POLAINO NAVARRETE, M. (Dir.). *Lecciones de Derecho penal. Parte especial, adaptadas a la Ley Orgánica N.º 5/2010 de Reforma del Código penal*. T. II. Madrid, 2011.
- POLAINO-ORTS, M. *Derecho penal del enemigo: fundamentos, potencial de sentido y límites de la vigencia*. Barcelona, 2009.
- POLAINO-ORTS, M. «Organizaciones y grupos criminales». En POLAINO NAVARRETE, M. (Dir.). *Lecciones de Derecho penal. Parte especial, adaptadas a la Ley Orgánica N.º 5/2010 de Reforma del Código penal*. T. II. Madrid, 2011.
- QUINTERO OLIVARES, G. «La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita». En FERRÉ OLIVÉ, J. y ANARTE BORRALLO, E. (Eds.). *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*. Huelva, 1999.
- REBOLLO VARGAS, R. «Delitos contra la Constitución». En CÓRDOBA RODA, J. y GARCÍA ARÁN, M. (Dir.). *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*. T. II. Madrid, 2004.
- RODRÍGUEZ, L. Criminalidad organizada, derecho penal y sociedad: apuntes para el análisis. En *Foro Jurídico. Revista de Derecho*, N.º 10, 2010.
- ROPERO CARRASCO, J. Derecho penal y delincuencia organizada: una reflexión sobre la idoneidad de los instrumentos vigentes en la lucha contra el crimen organizado. En *CSJ - Documentos de Trabajo*, N.º 2, 2006.

- 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.º 27, 2007.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. «Función Político-Criminal del Delito de Asociación para Delinquir: desde El derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado». En ARROYO ZAPATERO, L. y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Dirs.). *Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: in memoriam*. Vol. 2. Cuenca, 2001.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. *La criminalidad organizada: aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*. Madrid, 2005.
- SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A. *Curso de Derecho Penal. Parte especial*. Madrid, 2012.
- SILVA SÁNCHEZ, J. «¿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 OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., GURDIEL SIERRA, M. y CORTÉS BECHIARELLI, E. (Coords.). *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*. Valencia, 2004.
- SILVA SÁNCHEZ, J. «La intervención a través de organización ¿una forma moderna de participación en el delito?». En CANCIO MELIA, M. *Delitos de organización*. Montevideo, 2008.
- TERRADILLOS BASOCO, J. «Arts. 173-176». En LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. y RODRÍGUEZ RAMOS, L. *Código Penal comentado*. Madrid, 1990.
- VILLAGÓMEZ CEBRIAN, A. *Las fuerzas y cuerpos de seguridad: del orden público a la seguridad ciudadana*. La Coruña, 1997.
- ZIFFER, P. «El delito de asociación ilícita frente al derecho penal en expansión». En CANCIO MELIÁ, M. y POZUELO PÉREZ, L. (Coord.). *Política criminal en vanguardia: inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*. Cizur Menor, 2008.
- ZIFFER, P. *El delito de asociación ilícita*. Buenos Aires, 2005.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal: contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*. Granada, 2009.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. Criminalidad organizada, derecho penal y sociedad: apuntes para el análisis. En *Foro Jurídico. Revista de Derecho*, N.º 10, 2010.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. *Criminalidad de empresa y criminalidad organizada*. Lima, 2013.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. Modelos de política criminal frente a la criminalidad organizada: la experiencia italiana (entre eficacia y garantías). En *Revista General de Derecho Penal*, N.º 23, 2015.

SEGUNDA LECTURA

Sáinz-Cantero Caparrós, J. (2015). Delitos contra el orden público (V). De las organizaciones y grupos criminales. En Morillas Cueva, L. (Dir.). Sistema de Derecho Penal Parte Especial (2ª ed.). Madrid, España. Dykinson, pp. 1391-1414.

El legislador español a través de la LO 5/2010 introdujo una reforma muy confusa: mantuvo los delitos de asociación ilícita, dio mayor dimensión a los diversos tipos cualificados por pertenencia del autor a una organización criminal, y añadió una modalidad delictiva relativa a las organizaciones y grupos criminales, complicando más el análisis y la aplicación de los tradicionales instrumentos de lucha contra la criminalidad organizada. En esta lectura, se trata de dar coherencia a esta confusión.

SISTEMA
de
DERECHO PENAL
Parte Especial

2ª edición

Lorenzo Morillas Cueva
(Dirección)

Ignacio F. Benítez Ortúzar

Bernardo Del Rosal Blasco

Lorenzo Morillas Cueva

Miguel Olmedo Cardenete

Jaime Peris Riera

● **José E. Sáinz-Cantero Caparrós**

Dykinson, S.L.

Lorenzo Morillas Cueva

Dirección

**SISTEMA
DE
DERECHO PENAL**

Parte especial

IGNACIO F. BENÍTEZ ORTÚZAR

BERNARDO DEL ROSAL BLASCO

LORENZO MORILLAS CUEVA

MIGUEL OLMEDO CARDENETE

JAIME PERIS RIERA

JOSÉ E SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS

*2ª edición, revisada y puesta al día
conforme a las leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015*

Dykinson, S.L.

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico. 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 47)

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial
Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes_somos

© Copyright by
Los autores
Madrid

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-9085-707-6
Depósito Legal: M-6048-2016

Preimpresión por:
Besing Servicios Gráficos S.L.
e-mail: besingsg@gmail.com

Capítulo 70

DELITOS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO (V).

DE LAS ORGANIZACIONES Y GRUPOS CRIMINALES

JOSÉ E. SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS

Sumario: I. Determinaciones Previas: justificación de las modalidades delictivas.- II. El bien jurídico tutelado: sentido del concepto “orden público” en relación con los delitos relativos a organizaciones y grupos criminales.- III. Modalidades delictivas de los delitos relativos a las organizaciones y grupos criminales: 1. Los delitos relativos a las “organizaciones criminales”: A. Concepto y distinción de otras figuras. B. Conductas punibles en relación con las “organizaciones criminales”. C. Los tipos agravados del número 2 del art. 570 bis. D. Relaciones concursales y de colisión normativa de los delitos relativos a las organizaciones criminales. 2. Los delitos relativos a los “grupos criminales”: A. El concepto de “grupo criminal” del art. 570 ter. B. Las conductas punibles en relación con los “grupos criminales”. 3. Las disposiciones contenidas en el art. 570 quater.- Bibliografía.

I. DETERMINACIONES PREVIAS: JUSTIFICACIÓN DE LAS MODALIDADES DELICTIVAS

El más específico instrumento que utiliza nuestro ordenamiento para la lucha directa contra el crimen organizado viene constituido por la “novedosa” incorporación al texto del CP, por virtud de la LO 5/2010 de un nuevo Capítulo VI, del Título XXII, que entre los delitos contra el Orden Público, sitúa los delitos relativos a las “organizaciones y grupos criminales”.

Su incorporación parece en principio justificada, como tantas otras reformas introducidas por la citada LO 5/2010 por una clara incidencia de ciertas obligaciones supranacionales en materia de armonización normativa en relación con la criminalidad organizada (la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional de 15 de noviembre de 2000 y la Decisión Marco de la UE 2008/841/JAI del Consejo relativa a la lucha contra la delincuencia organizada), si bien supone una modificación que implica un punto de inflexión en una política criminal un tanto errática, que en lugar de abordar definitivamente la problemática de la criminalidad organizada, viene a distorsionar aún más la previsión legislativa de dicha fenomenología.

El legislador de 2010, en lugar de optar bien por la supresión de los delitos de asociación ilícita y su sustitución por una fórmula más específica y coherente con otros modelos de derecho comparado, o en lugar de mantener los delitos de asociaciones ilícitas facilitando un nuevo concepto más claro y específico de tales asociaciones que lo hicieran más conveniente para su utilización en el marco de la criminalidad organizada, optó por la peor y más confusa de las soluciones: mantener los delitos de asociación ilícita, sin más modificaciones que algunas puramente sistemáticas, mantener e incluso dar mayor dimensión a los diversos tipos cualificados por pertenencia del autor a una organización o asociación criminal, y añadir finalmente esta nueva modalidad delictiva relativa a las organizaciones y grupos criminales, en el marco de los delitos contra el Orden Público, creando así un *tertium genus*, una perspectiva normativa añadida a las existentes desde hace tiempo, que sin duda vendrá a complicar un más el análisis y la aplicación de los tradicionales instrumentos de lucha contra la criminalidad organizada. Complicaciones que, como tendremos ocasión de ver, no sólo se pueden plasmar en la generación de nuevas y casi irresolubles relaciones de concurso normativo entre los distintos instrumentos legales que se ocupan de la delincuencia organizada, sino que también pueden afectar al propio entendimiento tradicional de los mismos, muy destacadamente en lo que se refiere a los delitos de asociaciones ilícitas.

En efecto, si se analiza si quiera sea someramente la justificación que en el preámbulo de la Ley Orgánica pretende explicar el por qué de la incorporación de las nuevas modalidades relativas a “organizaciones y grupos criminales”, puede apreciarse cómo el legislador toma partido en la discutida cuestión político criminal relativa a la aplicabilidad general del delito de asociación criminal (art. 515.1) a la criminalidad organizada, aceptando y compartiendo su incapacidad para responder adecuadamente frente a los distintos supuestos de agrupaciones o asociaciones criminales, lo cual es precisamente el objeto esencial de discusión.

Igualmente, el preámbulo contiene una interpretación “auténtica” del injusto de los delitos de asociaciones ilícitas, e implícitamente del bien jurídico que deben tutelar; así, no duda en afirmar que el objeto esencial de los delitos de asociaciones ilícitas viene constituido por el ejercicio abusivo, desviado o patológico del Derecho de Asociación reconocido en el art. 22 de la Constitución Española, entendiéndose que el texto constitucional declara la ilegalidad de las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delitos, “*de donde, desde luego no es forzoso deducir que cualquier agrupación de personas en torno a una actividad delictiva pueda conceptuarse de asociación, y menos aún asimilarse al ejercicio de un derecho fundamental, como sugiere la ubicación sistemática de la norma penal (se entiende del art. 515)*”.

Y continúa el preámbulo, en términos difícilmente compartibles: “*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 impunidad*”. Es a nuestro juicio evidente,

que con estas declaraciones, el Legislador de 2010 además de optar en cuanto al injusto y bien jurídico de los delitos de asociaciones ilícitas por una posición ciertamente minoritaria en la doctrina española, además hizo una lectura especialmente formal del concepto “asociación” que no se corresponde con el que tradicionalmente ha manejado la, aunque escasa, clara jurisprudencia al respecto. Incurriendo finalmente en la contradicción de afirmar que las organizaciones y grupos criminales son agrupaciones originaria e intrínsecamente delictivas (como las asociaciones criminales del art. 515.2 que hacen de su objeto prioritario y original la comisión de infracciones penales), que tanto pueden como no, adoptar forma o apariencia jurídicamente correcta para la realización de sus fines.

Es discutible el planteamiento que se manifiesta en el preámbulo en relación con los delitos de asociaciones ilícitas, como en nuestra opinión lo es también el modelo que diseña para las nuevas infracciones relativas a las “organizaciones y grupos criminales”. Un planteamiento que se ha mantenido hasta hoy no obstante la importante reforma que el texto punitivo ha sufrido como consecuencia de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que en lo que afecta a estos delitos relativos a las organizaciones y grupos criminales, se ha limitado a suprimir la referencia a las faltas como ilícitos leves en la medida en que dicha categoría de infracción penal desaparece forzosamente con la reforma.

Como veremos a continuación, el Capítulo VI del Título XXII del Código Penal, situado entre los delitos contra el “Orden Público”, reproduce en cierta forma el sistema de incriminación de los delitos de asociaciones ilícitas, al considerar como conductas ilícitas distintas formas de “participación” en la organización o grupo criminal (*promover, constituir, organizar, coordinar o dirigir, participar activamente, formar parte o cooperar económicamente o de cualquier otro modo con la organización criminal; o bien, constituir, financiar, o integrar* en relación con los grupos criminales), ofreciendo el particular concepto de organización o grupo criminal en los arts. 570 bis y 570 ter respectivamente.

El sistema penológico, es sin embargo un tanto más complejo: en principio, además de diferenciar la penalidad según la forma de “participación” en el marco de la organización o grupo, se procede a una ulterior distinción según la naturaleza de los delitos que la organización o grupo tuviere por objeto cometer, distinguiendo genéricamente entre delitos graves, y menos graves o leves. A lo que se debe añadir la existencia de un conjunto específico de circunstancias que pueden agravar de forma añadida la responsabilidad correspondiente.

Termina el contenido del nuevo Capítulo VI del Título dedicado a los Delitos contra el Orden Público, con una serie de disposiciones comunes o generales, contenidas en el art. 570 quater que presentan un contenido diverso, relativo a la posible aplicación de la disolución de la organización o grupo, o la de algunas otras consecuencias de los artículos 33.7 o 129 del Código Penal, la aplicación de inhabilitaciones especiales para las actividades o negocios relacionados con la actividad de la organización o grupo, una regla especial de aplicación de la Ley penal española en el espacio y una concreta medida de contenido “premier”, para

quienes habiendo participado en la organización o grupo la abandone y colabore activamente con la autoridad para propiciar la “desactivación” de la organización criminal.

Se incluye también en este art. 570 quater, una cláusula concursal expresa, de claro contenido literal, pero de difícil justificación, cláusula que literalmente reza: “*en todo caso, cuando las conductas previstas en dichos arts. [los art. 570 bis y ter] estuvieren comprendidas en otro precepto de este Código, será de aplicación lo dispuesto en la regla 4ª del art. 8º.*”

II. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO: SENTIDO DEL CONCEPTO “ORDEN PÚBLICO” EN RELACIÓN CON LOS DELITOS RELATIVOS A ORGANIZACIONES Y GRUPOS CRIMINALES

Como suele aceptarse comúnmente, la indagación sobre el objeto de tutela, del bien jurídico que pretende protegerse es el paso esencial para proceder a la exégesis de una modalidad delictiva legalmente prevista, aunque no sea en muchos casos tarea fácil. Tal ocurre en nuestra opinión en el caso de estos nuevos delitos relativos a “organizaciones y grupos criminales”.

Su situación sistemática convierte a estos delitos del Capítulo VI del Título XXII del CP, en delitos contra el “Orden Público”, opción por la que el Legislador que ha introducido en nuestro texto punitivo estas nuevas figuras, parece haber elegido por ser la que encuentra mejor correspondencia con otros modelos del Derecho Comparado a la hora de abordar la problemática de las organizaciones criminales –o más genéricamente de la criminalidad organizada–. Por ello, hemos necesariamente de concluir que objeto de tutela de estas nuevas infracciones, al menos formal y sistemáticamente es el denominado “orden público”.

Sin embargo, hacer esta afirmación no supone solucionar prácticamente nada en lo que se refiere a la concreción del objeto de tutela y su contenido, para facilitar de esta forma que realice sus funciones dogmática, crítica e incluso interpretativa. Y ello, por que como se ha afirmado, existen pocos conceptos tan difíciles de aprehender, de concretar, de precisar como es el de “orden público”, sobre todo cuando se entiende en términos jurídico penales.

Y tampoco nos parece suficiente la exposición que se realiza en el preámbulo de la Ley Orgánica 5/2000, de 22 de junio sobre el objeto de tutela de los nuevos delitos, que utiliza además para justificar su concreta situación sistemática –aunque también se escuda en Legislador en *el propósito de alterar lo menos posible la estructura del vigente CP*– entre los delitos contra el orden público.

En este sentido, justifica el preámbulo de la Ley Orgánica la situación de las nuevas infracciones en el Título XXII, señalando que los delitos relativos a “organizaciones y grupos criminales” inequívocamente son delitos contra el orden público, *si se tiene en cuenta que el fenómeno de la criminalidad organizada atenta directamente contra la base misma de la democracia*, y ello porque las organizaciones

criminales: *multiplican la potencialidad lesiva de las distintas conductas delictivas llevadas a cabo en su seno o a través de ellas, y generan procedimientos e instrumentos complejos específicamente dirigidos a asegurar la impunidad de sus actividades y a la ocultación de sus recursos y de los rendimientos de aquellas.* El texto reproducido en cursiva, expone con claridad la falta de criterio y de fundamento de la pretendida opción legislativa al intentar describir el contenido del “orden público” y ponerlo en relación con la criminalidad organizada, en base en exclusiva a su especial potencialidad lesiva.

En realidad, parece que el Legislador ha confundido planos a la hora de justificar la situación de los delitos relativos a las organizaciones y grupos criminales, y ha recurrido al concepto de democracia como forma de eludir la más que difícil definición del orden público como objeto de tutela de las nuevas infracciones. Y desde luego es confusión afirmar que, lo que no es sino una descripción de la fenomenología y potencialidad lesiva de la criminalidad organizada, es en sí mismo, un atentado directo a la base misma de la democracia por afectar a la seguridad jurídica, los derechos y libertades de los ciudadanos, haciendo así que el Derecho Penal adopte un concepto de orden público como *núcleo esencial de preservación de los referidos principios, derechos y libertades constitucionales.*”

Se hace por ello necesario proceder a una cierta precisión del concepto de “orden público”. Como se puede deducir de la manualística al uso, de “orden público” pueden manejarse al menos dos conceptos: uno amplio, que vendría a identificarse con la situación de normalidad del funcionamiento de las relaciones sociales en atención a los principios y valores esenciales de la misma, y que por ello, permitiría en última instancia considerar que cualquier comportamiento criminal, cualesquiera sea su contenido y forma de manifestación, es a la postre un atentado contra el “orden público”. Este concepto amplio además, es el que pudiera corresponderse con el concepto de “orden público” que históricamente han venido tomando en consideración las distintas normas, no sólo penales, sino sobre todo administrativas encargadas de garantizar los aspectos esenciales de la convivencia en un determinado modelo social. Vendría a entender el “orden público” como mantenimiento o conservación del orden social establecido, sin entrar en su carácter democrático o no, pues también el orden impuesto por estados o sistemas de corte totalitario, con el modelo incluso patológico que promueven como modo de convivencia presentan su propio “orden público”.

Por ello, este primer concepto amplio no es dogmáticamente aceptable, incluso cuando, como es el caso, la referencia al modelo de convivencia y sociedad al que venga referido sea el declaradamente democrático, como es nuestro caso. Incluso con esta referencia, entendido así el “orden público” es un concepto puramente formal y por ello difuso.

Precisamente por ello, desde el punto de vista doctrinal se busca dotar al concepto de “orden público” de un contenido sustancial y más estricto, que identifique los aspectos esenciales de esa normalidad en el desarrollo de la convivencia,

pasando a entenderlo como una situación de tranquilidad o paz en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana, o más genéricamente con la garantía de la paz pública en las relaciones sociales, situación que permite afirmar la existencia de un orden material, sustancial, que rige la convivencia y cuya alteración, real o potencial, debe proscribirse.

Este concepto sustancial o material, se ha precisado de muy diversos modos, y con muy distintos matices, sobre todo en el intento de acuñar un concepto común que de alguna forma permita dar fundamento único a las muy distintas formas de criminalidad que suelen agruparse como atentados al “orden público” bajo una misma rúbrica.

Sin embargo, no es infrecuente que dicho contenido material se reconduzca a la garantía de ciertos elementos esenciales del “orden” social, fundamentalmente en relación con el concepto de seguridad, tranquilidad o paz social. Lo que ha llevado, en no pocas ocasiones, a identificar “orden público”, “paz social”, “seguridad ciudadana” como concepto sinónimos.

En nuestra opinión, la identificación de ambos conceptos no es posible. Pero lo que sí es cierto es que la única forma de dar contenido al concepto de orden público, de evitar su formalismo, y con ello concederle la suficiente sustancia para dotarlo de relevancia penal en un Estado Social y Democrático de Derecho, pasa por identificarlo con la situación de seguridad o al menos normalidad en el desarrollo de las relaciones sociales, de forma que sea posible el desarrollo de los derechos fundamentales, de las posibilidades de participación social, de la plenitud de las relaciones intersubjetivas e institucionales.

Surgen así la mayor parte de las definiciones del orden público en sentido estricto que lo identifican con una situación de “normalidad”, “tranquilidad”, “paz”, o más concretamente “seguridad” que permita el desarrollo de las relaciones entre personas e instituciones.

Esta es la posición que parece mayoritaria a la hora de analizar el contenido sustancial del “orden público” respecto a las nuevas incriminaciones relativas a organizaciones y grupos criminales, no obstante el contenido formal que sostiene el preámbulo de la Ley Orgánica que las introduce en el texto punitivo. Estas nuevas incriminaciones vendrían a tutelar la seguridad y la paz en las manifestaciones de la vida ciudadana coincidiendo así en el concepto, quizá el más viable, de “seguridad pública o ciudadana”.

Precisado el concepto que entendemos más operativo para concretar el bien jurídico tutelado por los delitos de los arts. 570 bis y ter, queda no obstante por precisar su específica dimensión lesiva del mismo. Dimensión lesiva que, una vez determinada, nos proporcionará los principales criterios interpretativos de las nuevas figuras delictivas haciendo que el objeto de tutela cumpla además con su función dogmática, señalando el límite, el contorno, de la tipicidad y con ello de la prohibición que ha de seguirse de los diversos tipos delictivos que dan cuerpo a los delitos relativos a las organizaciones y grupos criminales.

Tampoco esta cuestión es fácil.

Tal como hemos concluido, desde un punto de vista material el “orden público” que constituye objeto de tutela de estos nuevos delitos, debe identificarse con una situación de “seguridad” en el desarrollo de la convivencia ciudadana, con lo que ésta implica de posibilidades de participación, ejercicio de derechos, e incluso de tranquilidad o normalidad de su desarrollo por todos y cada uno de los sujetos partícipes en las múltiples dimensiones de dicha convivencia, incluyendo manifestaciones colectivas, e institucionales.

Esta consideración, hace necesario plantear en qué consiste esa situación de “seguridad”, de “normalidad”, o de forma hiperbólica, de “paz”. Todos estos conceptos se ven negados, en general, cuando de forma directa se perturban, alterándolas, las condiciones de desarrollo de las relaciones sociales, impidiendo su desarrollo, y también cuando se generan niveles de riesgo, de peligro, para que efectivamente puedan desarrollarse en el futuro. En esta difícil concreción se ha situado siempre la problemática de los atentados a bienes u objetos que se identifican con la “seguridad”.

La seguridad en sí no es un objeto, valor o bien. Es una situación de ausencia de riesgo, un concepto relativo que sólo cobra existencia cuando se altera dicha “situación de ausencia de riesgo” (que sólo de ser total supondría una situación de seguridad absoluta, que no existe). Sin embargo, es la idea que da sentido al variopinto contenido del Título XXII, permitiendo como hemos señalado encontrar una concreción material del “orden público” con suficiente sentido limitador.

Pues bien, los Capítulos V, VI y VII del Título XXII, recogen una serie de infracciones que vendrían a referirse al concepto de “orden público” entendido como “seguridad pública o ciudadana” de una forma directa, pues vienen a contemplar ciertos fenómenos que adquieren su relevancia precisamente por proceder a generar una fuente de “riesgo”, de intrínseca peligrosidad cuyo control se convierte en obligación esencial de Estado como garante, precisamente, de la normalidad del desarrollo de la pacífica convivencia social. Nos referimos, a los delitos de tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones y explosivos (capítulo V), las organizaciones y grupos criminales (capítulo VI), y las organizaciones y grupos terroristas y los delitos de terrorismo (capítulo VII). Toda la concepción de estos fenómenos criminales, gira alrededor de un concepto estricto de peligrosidad: la que supone la tenencia incontrolada de armas de distintas clases; la que supone la constitución, la participación o la colaboración con los distintos tipos de organizaciones y grupos criminales; y la que pone de manifiesto la realización de los delitos de terrorismo, no sólo por la naturaleza organizada, generalmente transnacional, y altamente lesiva en sentido material, de esta fenomenología, sino por la propia gravedad y peligrosidad intrínseca de su finalidad subversiva.

Con esta lectura en lo que se refiere al sentido del concepto de “orden público” en este último grupo de infracciones, creo que puede aprehenderse el sentido último de los delitos relativos a las organizaciones y grupos criminales tal como aparecen en el Capítulo VI del Título XXII del CP. De forma paralela a cómo se

genera o aumenta una evidente fuente de riesgo, de peligrosidad, con el delito de tenencia o depósito ilícito de armas, municiones o explosivos, no sólo por su capacidad lesiva intrínseca, sino porque pueden convertirse en instrumentos de la realización de comportamientos criminales, la constitución, dirección o participación (más o menos directa o activa, ya veremos) en una organización o grupos criminal, supone generar una específica fuente de riesgo, de especial trascendencia, en tanto que dicha organización o grupo se convierte en un “instrumento” criminal cualificado.

Siendo este el sentido del concepto de “orden público” en tanto que objeto de tutela de los nuevos delitos del Capítulo VI del Título XXII, creo que es fácil aceptar que los delitos relativos a las organizaciones y grupos criminales, son auténticos delitos de *peligro abstracto*, que se perfeccionan desde el punto de vista del injusto con la simple realización de la conducta descrita, sin necesidad de una ulterior afectación del bien jurídico, pues éste ya se ve afectado en el momento mismo que surge la potencialidad como instrumento de un futuro desarrollo criminal de organizaciones y grupos.

III. MODALIDADES DELICTIVAS DE LOS DELITOS RELATIVOS A LAS ORGANIZACIONES Y GRUPOS CRIMINALES

1. Los delitos relativos a las “organizaciones criminales”

A. Concepto y distinción de otras figuras

El nuevo art. 570 bis, define el concepto de “organización criminal”, a la que dedica el contenido de su regulación, en el párr. segundo de su número primero, afirmando: “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 reparten diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos”.

Es este un concepto un tanto peculiar, pues lejos de lo que pudiera parecer difiere notablemente de los conceptos acuñados por los textos internacionales en los que los nuevos delitos encuentran su origen. Y difieren, tanto en lo que se refiere a la fijación del número mínimo necesario para la consideración de la organización criminal, que fija en tan sólo 2, como sobre todo en la medida en que obvia dos requisitos conceptuales de las organizaciones criminales en dichos textos: por una parte, que el objeto primario o fin esencial de las organizaciones sea la realización de “delitos graves” en general, o de los que expresamente se prevén en el texto de la Convención de Naciones Unidas, o fijando de manera material el concepto de delitos graves en aquellos que incorporan una pena o una medida de seguridad privativas de libertad con un máximo no inferior a los 4 años, o más severas. Además y en segundo lugar, los textos internacionales exigen para la caracterización de las organizaciones criminales, que estas busquen como fin ulterior, añadido o último, la obtención de “beneficios económicos u otros beneficios de carácter material”. El concepto que se utiliza en el art. 570 bis del vigente CP español, no hace referencia alguna a ningun-

na de estas características, admitiendo en general la comisión de cualquier categoría de delito. Igual que supone una excesiva ampliación del concepto de organización criminal el que no se haga referencia la persecución de un fin añadido o ulterior, un fin último, de obtención de beneficio económico o de otro beneficio de carácter material. Los conceptos que se manejan en los textos internacionales, incluyen este carácter con la finalidad indudable de diferenciar de forma cualitativa la “gran” delincuencia organizada, de otros fenómenos criminales, que también se hacen objeto de un aparato organizativo en su ejecución, pero de menor trascendencia, de manera que en las definiciones internacionales, la criminalidad organizada grave que pretenden perseguir, se caracterizan porque los concretos hechos delictivos que comete la organización no son sino medios o instrumentos de obtención de un ulterior beneficio, aunque este consista simplemente en la consolidación de la propia estructura criminal. De nuevo, no puede aventurarse una causa que permita explicar por qué se hace caso omiso de esta exigencia cualitativa en el concepto de criminalidad organizada, pero lo que sí es evidente, es que su ausencia provoca un claro efecto expansivo o ampliatorio del concepto.

Finalmente, y para terminar con el concepto de organización criminal que se ofrece en el art. 570 bis del CP, conviene señalar que tal como aparece tal concepto, se constituye en una definición “auténtica” del concepto “organización criminal”, que no limita su eficacia al Capítulo VI del Título XXII, sino que es extensible “a los efectos de este Código”, por lo que será también el aplicable a los supuestos de tipos específicos, cualificados o agravados, en los que se haga referencia a una organización criminal.

Hechas estas advertencias previas, el contenido material del concepto de organización criminal que nos ofrece el CP español, se caracteriza por la concurrencia de los siguientes elementos: a) agrupación o reunión de varias personas, un mínimo de tres, según nuestro legislador, b) que dicha agrupación se haga con carácter estable o por tiempo indefinido, lo que obviamente supone la exigencia de una cierta permanencia; c) que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones; d) y que esto último se haga con la finalidad de cometer delitos, cualquiera que sea su gravedad.

Estos elementos, en principio no difieren de los que se han venido utilizando por doctrina y jurisprudencia con anterioridad a la incorporación de la definición del art. 570 bis. lo que provoca, ante todo, la necesidad de diferenciar el nuevo concepto de los que con anterioridad se utilizaban en la represión de la criminalidad organizada, y muy señaladamente del que daba cuerpo al concepto de asociaciones ilícitas. La diferenciación con el concepto de asociación ilícita es necesariamente difícil hasta tal punto que la identidad de los conceptos ha puesto en duda la necesidad de una específica regulación de las organizaciones criminales.

Tal identidad se manifiesta tanto más evidente cuando se constata que el concepto jurisprudencial de asociación ilícita, viene a reproducir los elementos estructurales que conforman el concepto de organización criminal, con frecuentes

reclamos incluso a los textos y trabajos de origen internacional. Así, el concepto de asociación generalmente utilizado en la doctrina de nuestro más alto tribunal, identifica a éstas con: la unión de varias personas, al menos 2, que se organizan para la consecución de determinados fines, con las siguientes exigencias generales: a) una pluralidad de personas, asociadas para llevar a cabo una determinada actividad; b) la existencia de una organización más o menos compleja en función del tipo de actividad que se fija como fin; c) la necesaria consistencia temporal o permanencia de la misma, en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente ocasional o transitorio (vid. Entre otras muchas SSTs 50/2007, de 19 de enero; 480/2009, de 22 de mayo; 326/2010, de 13 de abril).

Puede observarse, en consecuencia, que la distinción entre asociación criminal y organización criminal del nuevo art. 570 bis, es difícil de realizar, sobre todo desde el punto de vista de su concepto material, entendiéndose por éste el que genéricamente utiliza la jurisprudencia. De ahí, que la diferenciación entre ambos conceptos deba buscarse en otros aspectos y en criterios distintos, si bien, hemos de adelantar que la distinción sigue sin ser plena o suficiente. En este sentido, un primer criterio de distinción entre asociaciones y organizaciones criminales, vendría determinado por un elemento formal, en la medida en que la existencia de una "asociación" vendría a implicar una dimensión institucional, formal, aunque jurídicamente relevante, en la medida en que la asociación necesitaría para su existencia de una forma jurídica específica –incluso, en su caso, con inscripción en el registro correspondiente–, en tanto que las organizaciones vendrían a referirse a organizaciones o reuniones en sentido material, carentes de tal forma o revestimiento jurídico. Este primer criterio, sin embargo no puede considerarse válido, aún cuando el preámbulo de la LO 5/2010 parezca aludir al mismo. Y ello, porque, por una parte, el delito contenido en el art. 515 no exige de forma alguna dicha exigencia formal, sino más bien al contrario. Por otra parte, dicho criterio de distinción no casaría bien con la menor penalidad de las asociaciones en relación con los nuevos delitos relativos a las organizaciones criminales, más castigados, cuando en las modalidades de asociación criminal, además de producirse un contenido material similar al de las organizaciones, se produciría el formal abuso o utilización patológica del ejercicio del derecho fundamental de asociación. No es por lo tanto un criterio válido.

Un segundo criterio, viene a diferenciar en un sentido material las organizaciones y asociaciones, entendiéndose que las primeras (las organizaciones), tendrían en todo caso un carácter originariamente criminal, es decir, serían agrupaciones que surgen ex profeso, y exclusivamente con una finalidad criminal, en tanto que las asociaciones, serían agrupaciones, formalmente válidas, que acaban por delinquir. De nuevo, el criterio no nos parece válido, puesto que en el marco típico de las asociaciones criminales del número 1 del art. 515, se contemplan de igual forma y con la misma consideración aquellas asociaciones que *tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión*, lo que implica que también abarca con claridad las asociaciones que desde su origen tienen como objeto –insisto originariamente– la comisión de algún delito.

Aunque se ha intentado buscar algún otro criterio complementario, estimo que la diferenciación es imposible. Conclusión, que como veremos, también parece compartir el propio legislador en la medida en que en el art. 570 quater, también incorporado por la reciente reforma, recurre al criterio de la regla cuarta del art. 8 para solventar los posibles problemas de concurrencia normativa.

B. Conductas punibles en relación con las “organizaciones criminales”

Las conductas punibles relacionadas con las organizaciones criminales que se prevén en el art. 570 bis, reproducen en cierta forma el sistema que se sigue en el delito de asociaciones ilícitas, tipificando diversas conductas de participación en la organización criminal, distinguiendo básicamente dos grados distintos de relación entre los sujetos y la organización: la de los que podemos denominar “dirigentes” (referida a los que *promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren una organización criminal*), y de otra parte, los simples “partícipes” (categoría que recoge a quienes *participaren activamente en la organización, formaren parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la misma*).

Ambas categorías de integrantes de la organización criminal, ven determinada su concreta penalidad, añadiendo al grado propio de participación, la valoración de cuál sea el objeto criminal de la organización, de forma que se impondrá a los “dirigentes” la pena de prisión de cuatro a ocho años si la misma tuviere como objeto la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de tres a seis años en los demás casos; por su parte, los simples partícipes, incurrirán en una pena de prisión de dos a cinco años si el fin de la organización fuere la comisión de delitos graves, o la de uno a tres años, en los demás casos.

Junto a estas modalidades básicas, se contemplan, además, en el número segundo del art. 570 bis, un conjunto de tipos agravados que encuentran su fundamento en determinadas circunstancias materiales que pueden aumentar cualitativa o cuantitativamente la peligrosidad intrínseca de la organización criminal.

Lo primero que ha de destacarse es que el propio sistema de incriminación de estos delitos, al distinguir la responsabilidad entre miembros dirigentes y simples participantes en la organización criminal, toma como presupuesto la existencia de un determinada estructura que puede llegar a ser jerárquica y con un claro reparto de funciones de manera coordinada o concertada, siendo ello lo que permite distinguir el doble nivel de incriminación. Ese doble nivel, vendría a presentar a un grupo cualificado por su especial contribución a la creación de la organización criminal (los que promueven, constituyen e incluso “organizan” en el sentido de construir la estructura organizada), quienes tienen una cierta capacidad decisoria y de orientación de la actividad criminal de la organización, y quienes finalmente, simplemente se integran en la misma, de forma activa o no, o como simples cooperadores. Y ello con independencia de quienes sean los que materialmente ejecuten los hechos que darán cuerpo a la actividad delictiva de la organización.

Ahora bien, lo que quizá es más notable de la previsión de las conductas punibles en relación con las organizaciones criminales del art. 570 bis, es la especial amplitud con que se prevén, de forma que, en realidad las posibles formas de participación punible en una organización criminal son tan amplias que paradójicamente parece que se invierte el sentido político criminal que se había decantado para la interpretación de los delitos de asociación ilícita, y que encontraban precisamente en el concepto de participación en la actividad criminal de la asociación el injusto típico, y no en la simple integración o pertenencia. Este sentido restrictivo, es difícilmente apreciable en los nuevos delitos del art. 570 bis.

En efecto, en cuanto a la categoría que hemos denominado “dirigentes”, se presta una especial importancia a la fase de creación de la organización, castigando al que promueva, constituya u organice (en el sentido de crear la organización) la estructura criminal, sin exigirse que además de realizar los actos necesarios de promoción, constitución u organización se mantenga una mínima relación con la organización promovida o constituida, una vez comience su actividad criminal. Ello significa, que salvo que el promotor, o el que constituye u organiza originalmente la estructura criminal mantenga sus relaciones con la misma, bien como dirigente, bien al menos como miembro activo o no, el único motivo de castigo sería su vinculación con el momento fundacional de la organización, lo que de todo punto parece un exceso, que eleva al máximo el carácter puramente abstracto de la posible peligrosidad de la conducta que se sanciona.

Entiendo por lo tanto, que para proceder al castigo de estos “miembros fundadores”, se hace necesario exigir no sólo que la organización fundada se consolide, con su original designio criminal, sino que también el “fundador” se debe mantener vinculado a la organización criminal y su ilícita actividad.

También el segundo grupo de supuestos, los que hemos denominado de “simple participación” en la organización criminal, nos presenta una excesiva amplitud en sus modalidades típicas, puesto que viene a castigar toda forma de vinculación con la organización criminal, al castigar, como hemos señalado, al que participa activamente en la organización, a los que simplemente formen parte de la misma, los que cooperen económicamente con la organización, o los que cooperen con la misma de cualquier otra forma, supuesto este en el que, frente a lo que ocurre en el vigente art. 518 no se menciona la “relevancia” de la colaboración. Los términos en que el art. 570 bis se ocupa de estos supuestos, generan en mi opinión multitud de problemas.

Tales problemas comienzan con uno general a todas las formas de “participación”, y es que, tal como se desprende del tenor textual, la “participación” de los sujetos, en sus distintas modalidades, en sus diversas formas, es “en la organización”, y no: “en la actividad de la organización”, o en su fundación u organización (como exigía el art. 518 respecto a la colaboración con las asociaciones ilícitas). Con esta redacción parece volverse al criterio de sancionar la “pertenencia” como rasgo caracteriológico del sujeto, más que su “participación” relevante en la activi-

dad ilícita de la organización, que debiera ser el criterio de selección de los comportamientos punibles. Una interpretación correcta del precepto, y restrictiva de su contenido, debiera limitar los casos de participación activa a los supuestos en que dicha participación viene referida a la actividad ilícita de la organización criminal, y no a cualquier otra forma de actuación o contribución activa al mantenimiento de la misma.

Sin embargo, este criterio restrictivo y limitador es difícilmente aplicable a los demás supuestos previstos como conductas punibles, como sucede con los supuestos de punición del simple hecho de quienes “formaren parte” de la organización criminal, incluso si asumen un papel absolutamente pasivo respecto a la organización misma, o a su actividad. Es este un supuesto que si bien en su día se apreciaba en el marco de los delitos de asociaciones ilícitas, en la actualidad no es aceptable respecto a las mismas, aunque siga siendo viable en el marco de los delitos de terrorismo y relativos a grupos y organizaciones terroristas.

Finalmente, tampoco parece compatible con una lectura restrictiva del contenido de estas infracciones, la previsión junto a la “cooperación económica” con la organización, de la “cooperación” de cualquier otro modo. Volvemos a encontrarnos con que el vigente texto legal amplía desorbitadamente la tipicidad de los supuestos delictivos en relación a las organizaciones criminales, rompiendo con el criterio hasta ahora mantenido en los delitos de asociación ilícita, en los que junto a la cooperación económica, se prevé también otras formas de colaboración, si bien exigiendo expresamente que dicha forma de colaboración sea “*en todo caso relevante*”.

Desde el punto de vista subjetivo, la punición del sujeto exigirá en todo caso el conocimiento de su vinculación con la organización, así como de la actividad que habrá de desarrollar, y que la cualifica como organización criminal. En este aspecto, como analizaremos al ocuparnos del sistema de penalidad del nuevo delito, pueden surgir problemas que afecten a la culpabilidad, en la medida en que la penalidad depende de la concreta actividad ilícita que la organización se fija como objeto, y que dependerá de que pueda considerarse delito grave, delito menos grave, o delito leve, aspecto que por su determinante papel en la fijación de la pena debe ser objeto también del elemento subjetivo.

En línea de principio, para perfeccionar el elemento subjetivo necesario para la aplicación del tipo, y la correspondiente sanción, debiera exigirse que el sujeto fuera consciente del tipo de actividad penalmente ilícita a la que se dedica la organización criminal. Lo cual, por otra parte, puede ser especialmente difícil, sobre todo si consideramos la amplia capacidad delictiva de las organizaciones criminales, y el hecho de que difícilmente se muestran en la realidad criminal actual como estructuras especializadas. Al contrario, lo normal será que la organización criminal realice una pluralidad muy diversa de conductas delictivas. En cualquier caso, no parece admisible que el elemento subjetivo se perfeccione con una genérica voluntad o aceptación de la actividad ilícita, cualquiera que esta sea.

C. *Los tipos agravados del número 2 del art. 570 bis*

Sobre el contenido general del número 1 del art. 570 bis, en su número 2 se presentan tres modalidades agravadas, y un supuesto de hiperagravación para los casos en que concurren dos o más de aquellas circunstancias. Su configuración, tal como aparecen en la Ley, encuentra fundamento en un aumento de la peligrosidad o potencialidad lesiva de la organización criminal. Finalmente, el número 3 de ese mismo artículo, recoge una ulterior agravación fundamentada en la especial gravedad de los delitos objeto de la actividad ilícita de la organización, para el caso de que dicha actividad consista en la realización de delitos contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad o indemnidad sexuales o la trata de seres humanos.

La primera de estas circunstancias, se refiere literalmente a los casos en que la organización criminal “*esté formada por un elevado número de personas*”, aparece como una circunstancia de contenido objetivo que tiende a subrayar la mayor peligrosidad o potencialidad lesiva de la organización por el alto número de personas implicada en las actividades de la misma. Ello supone, sin duda, un mayor contenido de injusto por su especial incidencia sobre el “orden público” en los términos que lo hemos definido.

Presenta por lo tanto un fundamento en nuestra opinión coherente. Sin embargo, merece algunos comentarios al menos respecto a dos cuestiones que no quedan claras en la actual previsión de la agravación.

La primera parece evidente, y se refiere a la precisión de qué deba entenderse por un elevado número de personas. Obviamente, el tenor literal del precepto no especifica a partir de cuántas personas su número ha de considerarse elevado; y por otra parte, como hemos señalado al tratar el concepto de organización criminal, el legislador se conforma con un mínimo de 3 personas para dar existencia a la organización, de donde se puede seguir la especial dificultad para, cuantitativamente, fijar cuando es pertinente la agravación. Sin duda, habremos de estar al resultado de la reiteración de la práctica jurisdiccional para fijar números concretos.

Precisamente por ello, surge la segunda cuestión que me parece digna de comentario. La primera circunstancia de agravación del número 2 del art. 570 bis, ha tomado como criterio esencial el puramente cuantitativo, y en la medida en que nos estamos refiriendo a un fenómeno donde lo que provoca un salto cualitativo en la peligrosidad y potencialidad lesiva de las organizaciones no es tanto en número como su organización, quizá hubiera sido preferible que la ley hubiera tomado en consideración este elemento cualitativo y relativo a la organización, aunque hubiera sido combinándolo con el relativo al número de personas.

Menos problemas plantea, en su sentido y significado la segunda circunstancia de agravación de los delitos relativos a las organizaciones criminales. Su contenido se centra en que la organización criminal *disponga de armas o instrumentos peligrosos*. Los conceptos esenciales, armas o instrumentos peligrosos, son de sobra conocidos y su interpretación mayoritariamente aceptada. Quizá el único

problema que plantea su texto, es que lo que requiere la norma es que sea la organización la que disponga de las armas o instrumentos peligrosos, lo que en principio excluiría la aplicación de la agravación cuando quien disponga de las armas o instrumentos, sean los individuos miembros de la organización. Es posible que este matiz pueda suponer algún problema en el futuro, si bien lo considero de escasa relevancia, en la medida en que en la mayor parte de los casos en que las armas o instrumentos sean de los miembros, también podrá afirmarse que por ello están a disposición de la organización criminal. Por otra parte, también serán inevitables los problemas normativos respecto a los delitos de tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones y explosivos.

Finalmente, la tercera de las circunstancias de agravación, que encuentra también su fundamento en el aumento objetivo de la peligrosidad de la organización criminal para la realización de su ilícito designio, consiste en el hecho de disponer de *“medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que por sus características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables”*. Indiscutiblemente esta agravación encuentra su justificación en la constatación de la realidad criminal actual, donde nuevas tecnologías, nuevas formas y medios de comunicación, de transporte de bienes (lícitos o ilícitos), de viajeros, de movimiento de capitales, y de información, permiten encontrar instrumentos de especial idoneidad para la ejecución de ciertas formas de criminalidad. De ahí que por pura coherencia se haya previsto este concreto supuesto. La dicción de la agravante es un tanto compleja, si bien en mi opinión acertada, aunque sin duda planteará problemas la precisión de la *“especial aptitud”* que se requiere para facilitar la ejecución delictiva o facilitar la impunidad de los culpables, distinción esta que también puede considerarse especialmente apropiada.

No plantea problemas el tipo hiperagravado que habrá de apreciarse cuando concurren dos o más de las anteriores circunstancias, lo que determinará a aplicación de las penas superiores en grado. Algo más complejo, por los problemas concursales y de colisión normativa que puede aparejar, resulta la agravación prevista en el número 3 del art. 570 bis, fundamentada en la especial gravedad de las modalidades delictivas objeto de actuación de la organización criminal; tales problemas serán especialmente notables en los casos de aquellos delitos que, como tipos específicos cualificados, incluyan la pertenencia del autor a organizaciones, asociaciones o grupos criminales.

D. Relaciones concursales y de colisión normativa de los delitos relativos a las organizaciones criminales

Como hemos señalado, uno de los grandes problemas que genera esta nueva modalidad delictiva del art. 570 bis, es la relativa a las difíciles relaciones concursales que habrán de mediar entre el mismo, los distintos tipos cualificados por pertenencia a una organización criminal, y sobre todo el, no obstante, superviviente delito de asociaciones ilícitas del art. 515.1 y concordantes.

Respecto a los tipos cualificados por pertenencia de su autor a una organización o asociación criminal que aparecen vinculados a no pocas modalidades delictivas de la parte especial, y no obstante sus peculiaridades, creo que en caso de concurrencia ha de optarse por la aplicación en exclusiva del tipo agravado por pertenencia del autor a una organización criminal, en detrimento de la posible aplicación del art. 570 bis. Tal es la opción que nos parece más adecuada sea por el principio de especialidad (art. 8.1) sea por el de absorción o consunción (art. 8.3°), siendo quizá más correcta la opción por este último principio. A esa conclusión se llega, si se tiene en cuenta, como hemos puesto de manifiesto, que la nueva previsión del art. 570 bis, coincide en cuanto a su fundamento, como en cuanto a su sentido con el elemento que provoca la agravación o cualificación en los tipos específicos: la “pertenencia” del culpable a una organización, y la mayor peligrosidad o potencialidad lesiva que ello supone.

Más difícil es, sin duda, buscar criterios que permitan resolver los inevitables problemas concursales y de colisión normativa, que habrán de darse entre los delitos relativos a las organizaciones ilegales y los de asociación criminal de los arts. 515 y siguientes del CP. Como hemos puesto de manifiesto al ocuparnos del concepto de organización criminal, la coincidencia conceptual es absoluta, y los distintos criterios de distinción poco viables. Si a ello añadimos que las distintas conductas típicas relacionadas con las organizaciones criminales, son de tal forma amplias que pueden fácilmente abarcar los supuestos previstos para las asociaciones criminales en los arts. 517 y 518, la conclusión es que existe una cierta primacía a favor de los tipos relativos a las organizaciones criminales.

Opinión que finalmente se ve corroborada, al analizar la norma que de forma expresa ha previsto el legislador de 2010 para resolver estos posibles problemas de colisión normativa. En efecto, el párr. segundo del número 2 del art. 570 quater, señala de forma expresa: *En todo caso, cuando las conductas previstas en dichos arts. estuvieren comprendidas en otro precepto de este Código, será de aplicación lo dispuesto en la regla 4ª del art. 8.*

Esta concreta regla, al margen de su imperfecta situación sistemática, va a ser objeto sin duda de polémica. Primero y ante todo, porque pone de manifiesto, aun cuando de forma no voluntaria, que la nueva regulación viene a propiciar un problema de colisión normativa insoluble salvo recurriendo a la mayor gravedad de la pena. Segundo, porque tal como queda redactado no fija con precisión su presupuesto: en efecto, lo que nos dice es que en “todo caso”, cuando las conductas de pertenencia a una organización criminal (conductas previstas en los arts. anteriores a los que se refiere), estén comprendidas en otro precepto de este Código, se aplicará la regla 4 del art. 8. La cuestión problemática es determinar el significado de ese “estar comprendidas” las conductas en otro preceptos del Código, porque, también los tipos específicos y cualificados por “pertenencia” del sujeto a una organización comprenden, en este caso junto al ilícito principal al que cualifican, la conducta de pertenencia a la organización. De esta posibilidad sólo quedarían exentos los tipos cualificados que se refieren a organizaciones criminales de carácter transitorio. Y finalmente,

también habrá que valorar cual es el precepto penal más grave, que excluiría a los que castiguen el hecho con pena mayor, lo cual puede ser complicado si se acepta la posibilidad de que entre en el planteamiento de colisión normativa, el posible concurso real entre el delito principal o base realizado por el miembro de la organización, y el delito de pertenencia a organización criminal, con sus penas especialmente elevadas.

En cualquier caso, y frente al mandato explícito de la ley, en el número segundo del párr. 2 del art. 570 quater, se incluye una regla que en su literalidad en el marco del art. 8 del CP, incluye una cláusula de subsidiariedad expresa, de forma que sólo podrá ser aplicada “*en defecto de los criterios anteriores*” de forma que incluso en su concreta previsión en el art. 570 quater, habrá de comprobarse que el posible concurso aparente de leyes entre los delitos relativos a las organizaciones criminales y otros de similar estructura y fundamento no puede encontrar solución con la aplicación, preferente o principal, de los otros criterios contenidos en el art. 8 del CP.

2. Los delitos relativos a los “grupos criminales”

El contenido del Capítulo VI completa los instrumentos que perfila para la lucha contra la criminalidad organizada, incorporando junto a los ya comentados delitos relativos a las “organizaciones criminales”, una figura paralela, con la misma situación sistemática y mismo contenido en lo que se refiere al bien jurídico tutelado y su contenido de injusto, que pueden considerarse delitos relativos a los “grupos criminales” y que se desarrolla en el art. 570 ter.

El preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio que introdujo esta segunda modalidad, mantiene una misma actitud respecto a las dos nuevas figuras, justificando formalmente su existencia en ambos casos por contraposición a los delitos de asociaciones ilícitas, por las ya comentadas razones de considerar a los delitos de los arts. 515 y siguientes periclitados por su escasa aplicación y el surgimiento de nuevas formas de criminalidad organizada.

Si bien lo hace intentando realizar una caracterización sustancial o material de tales grupos, frente a las propias “organizaciones criminales”. El preámbulo, a estos efectos, no precisa suficientemente su contenido; y es que, dicho preámbulo parece justificar la presencia de los “grupos criminales” para evitar la exigencia, rígidamente requerida en el caso de las organizaciones criminales de una “*estructura con vocación de permanencia*”, exigencia que vendría a motivar la exclusión del ámbito de las organizaciones de otros “*fenómenos análogos muy extendidos en la sociedad actual, a veces extremadamente peligrosos o violentos, que no reúnen esos elementos estructurales. La necesidad de responder a esta realidad conduce a la definición en paralelo con las organizaciones, de los que esta Ley denomina grupos criminales, definidos en el nuevo art. 570 ter precisamente por exclusión, es decir, como formas de concertación criminal que no encajan en el arquetipo de las citadas organizaciones, pero sí aportan un plus de peligrosidad criminal a las acciones de sus componentes*”.

De estas reflexiones sobre los grupos criminales realizadas en el preámbulo de la LO 5/2010 hay que agradecer que, quizá de forma incidental, el legislador viene a poner de manifiesto, a nuestro juicio con claridad, cual es el fundamento de la punición de estos delitos relativos a los grupos criminales: el hecho de que la concertación criminal, aun sin contar con los elementos estructurales de las organizaciones, aporten un plus de peligrosidad criminal a las acciones de sus componentes.

Pero lo que nos parece en todo caso criticable, es que, aun cuando se ha pretendido definir a los grupos por oposición a las organizaciones, el concepto de grupo criminal que nos ofrece el art. 570 ter es tan defectuoso que no parece concebido para abarcar las agrupaciones o concertaciones criminales a las que falta la vocación de permanencia, sino un fenómeno mucho más amplio y confuso en su contenido, hasta el punto de que han dado ya lugar a interpretaciones y formas de entender la fenomenología a la que se refieren los nuevos grupos criminales, de contenido muy diverso.

A. *El concepto de “grupo criminal” del art. 570 ter*

Como hemos señalado, el concepto de “grupo criminal” se incorpora al párr. segundo del número 1 del art. 570 ter, que, de nuevo con vocación de definición auténtica, como ocurría en el caso del concepto de “organización”, viene a ser definido en los siguientes términos: *“A los efectos de este Código, se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el art. anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos”*.

Varios son los aspectos que destacan de esta definición de grupo criminal casi todas ellas criticables. En primer lugar, que la inclusión de una incriminación específica de los “grupos criminales” no parece justificarse en demasía en el tenor general de la Ley de Reforma de 2010. Por una parte, no era obligado por los diversos textos de origen internacional, que como hemos precisado más arriba pueden encontrarse, en cierta forma, en el origen de la reforma en relación con la criminalidad organizada; además, la inclusión de los grupos criminales, como un intento de articular una forma específica de intervención penal en estructuras criminales más o menos transitorias, quedaba más que cumplido con los múltiples tipos cualificados por “pertenencia” a una organización o asociación, en los que, precisamente en un alarde de realismo, se ha venido previendo la posibilidad de que tales organizaciones o asociaciones fueran transitorias. La virtualidad de estos tipos cualificados por pertenencia a organización, incluso transitoria, nos parece mucho mayor que la de los nuevos delitos relativos a los grupos criminales, en los que, con una estructura similar a las “organizaciones” se sanciona la constitución, financiación o simple integración en alguno de estos grupos, conductas de especial amplitud, frente al contenido que generalmente se ha venido concediendo a la “pertenencia” del culpable a organizaciones o asociaciones incluso transitorias.

Por otra parte, el concepto de grupo criminal del vigente art. 570 ter, difiere en términos absolutos respecto a los conceptos de “grupo o asociación estructurados” que acabamos de comentar. De hecho, tal como se pronuncia nuestro legislador a la hora de definir los grupos criminales, y en la medida en que lo hace por una genérica contraposición con las organizaciones criminales, acaba pergeñando un concepto especialmente difuso de grupo criminal.

En efecto, el grupo criminal es, literalmente, *la unión de mas de 2 personas*, que tenga por finalidad u objeto la perpetración concertada de delitos, diferenciándose de las organizaciones criminales en la falta de *alguna o algunas de las características* propias de las estructuras criminales definidas en el art. 570 bis. Tales característica (además de la pluralidad de sujetos, y tener como fin la comisión de delitos), son el “carácter estable o por tiempo indefinido” de la unión de varias personas con las citadas finalidades, o “que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones”; es decir, y por abreviar, la organización criminal exige: estabilidad o permanencia y “organización funcional o jerarquizada”.

Siendo esto así, se comprenderá la especial amplitud del concepto de grupo criminal, concepto en el que podríamos incluir al menos tres modalidades de agrupación criminal: a) las agrupaciones con finalidad ilícita, de más de dos personas, que carecen de permanencia y tampoco tienen una clara “organización funcional”; b) las agrupaciones con idéntica finalidad y mismo número mínimo de coasociados, que presentan la nota de permanencia o estabilidad del vínculo social, pero no han desarrollado una organización funcional o jerárquica; y c) agrupaciones ilícitas, que se caractericen por contar con una organización funcional y jerárquica suficientemente desarrollada, pero carezcan de estabilidad o permanencia en la vinculación personal entre los coasociados.

Como puede apreciarse, el concepto de “grupo criminal” por oposición al de organización criminal tiene una excesiva amplitud que incluso dificulta la concreción desde un punto de vista fáctico de la realidad criminal a la que se refiere. En este sentido, algún autor ha venido a afirmar que el concepto de “grupo criminal” viene a resucitar el concepto de “banda”, cuadrilla o grupo de malhechores, o a considerar que el elemento que concede la especial peligrosidad que fundamenta la toma en consideración legislativa del “grupo criminal”, depende de factores ajenos a la estabilidad o la organización jerárquica o funcional, como pudiera ser la “profesionalidad” o especialización criminal de los consociados.

Aunque ambas posiciones pueden ser admisibles, en mi opinión lo que se ha pretendido con la tipificación de los “grupos criminales” es conceder significación legal a las hoy por hoy más frecuentes manifestaciones de la criminalidad organizada, cada vez más flexible en su contenido, menos dependiente de vinculaciones personales entre sus miembros, o de rígidas estructuras jerarquizadas para el desarrollo de su organización, viniendo a coincidir con el concepto de organizaciones criminales de “estructura fluida” que carecen precisamente de una específica jerarquía, y que suponen concertaciones no ocasionales, pero tampoco

duraderas, con una organización coyuntural y un reparto funcional vinculado al tipo de actividad a desarrollar.

Por último, y en nuestra opinión sin duda, la amplitud del concepto de “grupo criminal”, supone reabrir la siempre difícil polémica de la distinción entre la “delincuencia organizada” y las formas de codelincuencia y sobre todo, en relación a la conspiración para delinquir del art. 17. La amplitud del concepto de “grupo criminal” que en realidad sólo puede precisar de la reunión de más de dos personas con la finalidad de cometer de forma concertada delitos, evidencia una vez más la dificultad de distinción entre ambas fenomenologías, sobre todo cuando, por prescindir de ellas en el concepto que ofrece el art. 570 ter, no sirven para la distinción el carácter estable de la organización criminal, o la existencia de una específica estructura, incluso jerarquizada o funcional.

Quizá el único criterio que pueda diferenciar tales supuestos habrá de centrarse en la finalidad de comisión de un único, concreto y específico hecho delictivo que debe caracterizar a la conspiración y las formas de codelincuencia en los casos en que comience la ejecución del mismo. Y como ulterior recurso diferenciador, y a lo sumo, el que representa el desvalor autónomo y vinculado al concepto de orden público que suponen o ha de suponer los delitos relativos a los grupos criminales.

B. *Las conductas punibles en relación con los “grupos criminales”*

Siguiendo una técnica similar a la que hemos analizado en relación con las “organizaciones criminales”, el art. 570 ter, prevé distintas modalidades delictivas en relación a los grupos criminales, concretamente: *constituir, financiar o integrar un grupo criminal*. Tales modalidades de conducta, tienen una consideración similar, variando su penalidad a tenor del tipo de delito cuya comisión aparezca como fin de la estructura criminal, distinguiendo: a) *la finalidad de cometer delitos mencionados en el apartado 3 del art. anterior (contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos)*, que tienen conminada una pena de dos a cuatro años si se trata de uno o más delitos graves, o la de uno a tres años de prisión si se trata de delitos menos graves; b) *la finalidad de cometer cualquier otro delito grave*, para cuyo caso se prevé una pena de seis meses a dos años de prisión; y c) *si la finalidad del grupo es cometer uno o varios delitos menos graves no incluidos en el apartado a) o de la perpetración reiterada de delitos leves*, en cuyo caso la pena será de tres meses a un año de prisión. El sistema de penalidad de los grupos criminales, finaliza con la previsión en el número 2 del art. 570 ter de las mismas circunstancias agravantes que hemos analizado en relación con las organizaciones criminales, análisis al que nos remitimos.

Como puede apreciarse nuestro legislador ha construido un sistema de responsabilidad para los delitos relacionados con “grupos criminales” que además de una cierta gravedad inherente a la cuantía de las sanciones que se prevén, manifiesta una prolijidad en su formulación digna de crítica. Crítica que puede

hacerse extensiva a la concreta previsión de las distintas modalidades de conducta punible en relación con los grupos criminales.

En efecto, lo primero que llama la atención en relación a las conductas punibles previstas en el art. 570 ter, es que se equiparan comportamientos de muy distinta significación, y que conllevan una misma penalidad, a tenor como queda explicitado de la infracción o infracciones cuya comisión se convierta en fin u objeto del grupo criminal. Tales conductas son *constituir, financiar, o integrar un grupo criminal*. La disparidad de los comportamientos dificulta sobremanera intentar establecer relaciones sistemáticas entre ellos que permitan facilitar su interpretación. Todo lo más, pueden realizarse algunas aproximaciones.

En mi opinión, la primera conducta, “constituir”, de las dos posibles significaciones que puede asumir en el marco de la actividad o existencia de un grupo criminal, ha de tomarse en el sentido de crear, generar o fundar el grupo, despreciando la que pudiera apuntar a entender el término constituir como “formar parte”, en la medida en que tal significado es más evidente en el concepto de “integrar” (rectius: integrarse) un grupo criminal. Parece por lo tanto que nos encontramos con los “fundadores” de los viejos delitos de asociaciones ilícitas, cuya muy problemática punición hemos comentado con anterioridad. Una problemática, que en el caso de los grupos criminales aumenta, al menos en base a dos consideraciones. La primera, es que los grupos criminales pueden caracterizarse por la ausencia de una específica jerarquía o estructura funcional, por lo que distinguir la responsabilidad según el papel, rol o función que se desempeñe respecto a los mismos, parece carente de suficiente fundamentación. Pero es que además, en la medida en que los grupos pueden caracterizarse, precisamente por su falta de estabilidad o permanencia, castigar a los fundadores, o en el sentido del art. 570 ter, “los que constituyeren” el grupo, parece un exceso injustificable, sobre todo si no se exige una cierta vinculación permanente con el grupo se manifieste o no en la participación activa.

La segunda conducta consiste en “financiar”, lo que supone colaborar económicamente con el grupo criminal, debiendo abarcar, por la propia lógica del concepto “grupo criminal”, cualquier forma de colaboración económica por ocasional que sea, y ya se realice por sujetos vinculados al grupo de forma estable y participativa, ya por auténticos “extraneus” cuya única vinculación al grupo consista precisamente en prestarle apoyo económico. Indiscutiblemente, la única vía de proceder a una interpretación restrictiva de este supuesto, vendría de la mano de exigir una cierta habitualidad o reiteración en la colaboración económica para que de esta forma, supere el concepto de pura colaboración pasando a tener un mayor contenido sustancial como forma de financiación. Pero, de nuevo, la posible transitoriedad o ausencia de estabilidad de la estructura criminal, obliga a dar un contenido amplio al concepto de financiación abarcando incluso las colaboraciones ocasionales.

Finalmente, la tercera conducta, de “integración”, como hemos señalado ha de entenderse en el sentido personal de formar parte en la estructura

criminal. Como en otras modalidades delictivas que hemos analizado, el problema que plantea es la determinación del mínimo de integración que ha de exigirse para considerarse perfeccionada la conducta de relación o vinculación con un grupo criminal. En la medida en que se hace, de nuevo, referencia a estructuras criminales de contenido "fluido", sin estructura, jerarquía o reparto funcional de roles, creo inevitable la necesidad de una interpretación amplia, que abarque desde los simples simpatizantes, favorecedores (no en sentido económico, que estarían abarcados por el concepto "financiación"), componentes ocasionales y por supuesto miembros activos con capacidad ejecutiva o decisoria o de ambas clases, etc. La fungibilidad de los sujetos en este modelo "laxo" de estructura criminal, permite abarcar cualesquiera comportamiento que permita establecer una relación entre el sujeto de que se trate y la finalidad del grupo criminal.

3. Las disposiciones contenidas en el art. 570 quater

Finalmente, la regulación de los delitos relativos a organizaciones y grupos criminales ha incluido en el art. 570 quater una serie de disposiciones complementarias atinentes ante todo a reglas de punibilidad y perseguibilidad que, en su filosofía general, parecen complemento necesario a la estrategia de intervención frente a la delincuencia organizada, si bien en su específica concreción legislativa evidencian, en algunos casos importantes defectos, y hacen augurar, en general, una relevante problemática aplicativa.

Así, en primer lugar, el número 1 del art. 570 quater, impone (acordarán) a Jueces y tribunales que acuerden *la disolución de la organización o grupo y en su caso, cualquier otra de las consecuencias del art. 33.7 y 129 de este Código.*

Plena lógica presenta el contenido de los números 2 y 3 del art. 570 quater. En el número 2 se contempla la imposición, además de las penas previstas para cada modalidad, de la inhabilitación especial para todas aquellas actividades económicas o negocios jurídicos relacionados con la actividad de la organización o grupo criminal, por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena privativa de libertad impuesta en su caso, debiendo modularse su duración en atención a la gravedad del delito, el número de delitos cometidos, y las circunstancias que concurran en el delincuente. De nuevo, y aunque parece lógica la medida adoptada, los criterios de ponderación del quantum de la inhabilitación son excesivamente amplios y difíciles de precisar.

El número 3, ya desde un punto de vista procesal, establece una regla específica para la delimitación de la competencia jurisdiccional de los tribunales españoles respecto a la actividad de los grupos u organizaciones criminales, según el cual corresponde a nuestros tribunales el conocimiento de los hechos realizados en España, con independencia del lugar donde los grupos u organizaciones se hayan constituido, estén asentados o desarrollen habitual o más frecuentemente sus actividades.

Finalmente, el número 4 del art. 570 quater, recoge una clausula facultativa de atenuación en uno o dos grados de las sanciones previstas en los arts. anteriores, para el caso de que el responsable de los mismos *haya abandonado de forma voluntaria sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o grupos a que haya pertenecido, bien para evitar la perpetuación de un delito que se tratara de cometer en el seno o a través de dichas organizaciones o grupos.*

Frente al parecer de cierto sector doctrinal, estimamos que no nos encontramos ante un tipo atenuado de los delitos relativos a organizaciones y grupos criminales, sino ante un nuevo ejemplo del llamado “derecho premial”, que pretende una mayor eficacia en la lucha contra la criminalidad organizada motivando a sus protagonistas abandonar la actividad y facilitar la intervención punitiva a su respecto a través del “premio” que puede suponer una reducción de su responsabilidad.

Con este fundamento, la posible aplicación del precepto exige que se den dos condiciones de manera conjunta: por una parte el abandono voluntario de las actividades en el marco de la actuación de las organizaciones y grupos, y la colaboración activa con la autoridad o sus agentes. De no concurrir ambas características conjuntamente, no podrá aplicarse en número 4 del art. 570 quater, sino que todo lo más serán de apreciación algunas de las atenuantes genéricas que tengan un similar fundamento. Por otra parte, la ley es taxativa al definir cuáles han de ser los modos de colaboración, exponiendo de forma alternativa cuales son los comportamientos que permitirán apreciar la efectiva colaboración.

BIBLIOGRAFÍA

- FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Jarrai-Haika-Segi: De asociaciones ilícitas a organizaciones terroristas. *Revista Penal*, 2006. GIL DE LA FUENTE: La criminalidad organizada y el delito de asociación ilícita: referencia al delito de blanqueo de capitales. *La Ley Penal*, 2005. GONZALEZ RUS, Asociación para delinquir y criminalidad organizada (sobre la propuesta de desaparición del delito basada en una peculiar interpretación de la STS de 23 de octubre de 1997 –Caso Filesa-). *Actualidad penal*, 2000. GUZMÁN DALBORA, Objeto jurídico y accidentes del delito de asociaciones ilícitas. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 1998. MUÑOZ CONDE, Autoría y participación en la criminalidad organizada, en Ferré/Anarte (edit.) *Delincuencia organizada...*, Huelva, 1999. MUÑOZ CONDE, Problemas de autoría y participación en el Derecho Penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?, en *Revista Penal*, 2002. QUINTERO OLIVARES, La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita en Ferré /Anarte (edit.) *Delincuencia organizada...*, 1999

SÁNCHEZ GARCIA DE PAZ, Función político criminal del delito de asociación para delinquir: desde el Derecho Penal político hasta la lucha contra el crimen organizado. Homenaje a Barbero, 2001. SILVA SÁNCHEZ, ¿Pertinencia o intervención? Del delito de “pertinencia a una organización criminal” a la figura de la “participación a través de organización” en el delito. Homenaje Ruiz Antón. 2004. AA.VV. (GIOSTRA-INSOLERA, eds.) *Lotta alla criminalità organizzata: gli instrumenti normativi (Atti della giornata di studio. Macerata, 13 maggio 1993)* 1995, Giuffrè, Milano. AA.VV. *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos* (FERRE OLIVE/ANARTE BORRALLA eds.) Universidad de Huelva, 1999. AA.VV. *La criminalidad organizada: aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, en Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, II, 2001. FABIAN CAPARROS, *Criminalidad organizada*, en Gutiérrez Francés/Sánchez López (coords.) El nuevo CP: primeros problemas de aplicación, Salamanca, 1997. BLANCO CORDERO, *Criminalidad organizada y mercados ilegales*, en Eguzkilore, 11, 1997. BLANCO CORDERO/SÁNCHEZ GARCIA DE PAZ, *Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la UE) relativos al crimen organizado; la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de la aplicación de la Ley penal en el espacio*. En Criminalidad Organizada, Reunión de la Sección nacional española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP, 1999. CHOCLAN MONTALVO, *La organización criminal. Tratamiento penal y procesal*. Madrid, 2000. DIEZ RIPOLLES, *El blanqueo de capitales procedente del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español*, en Actualidad Penal, 32, 1994. HERZOG, *Algunos riesgos del Derecho Penal del riesgo*, en Revista Penal, 4, 1999. IGLESIAS RIO, *Criminalidad organizada y delincuencia económica aproximación a su incidencia global*, en El nuevo Derecho Penal español. Estudios penales en memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz, 2001. QUELLOZ, *Les actions internationales de lutte contre la acriminalité organisée: le cas de l'Europe*, en Revue de Science Criminelle et de droit penal comparé, 4, 1997. SÁNCHEZ GARCIA DE PAZ, *Perfil criminológico de la delincuencia transnacional organizada* en Homenaje al Prof. Alexandro Baratta, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004. SÁNCHEZ GARCIA DE PAZ, *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*. Valladolid, 2006. SÁNCHEZ GARCIA DE PAZ, *Función político criminal del delito de asociación criminal: desde el Derecho Penal político a la lucha contra el crimen organizado*, en Homenaje al Prof. Marino Barbero Santos, 2001. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de Política Criminal en las sociedades postindustriales*, 1999. WEIGEND, *Los sistemas penales ante el reto del crimen organizado* (trad. J.L. de la Cuesta Arzamendi), Revue Internationale de Droit Penale, 68, 1997, pps.

TERCERA LECTURA

Silva Sánchez, J. (2022). Asesinatos selectivos en la «Guerra Punitiva» contra el terrorismo. En Lascano, C. y García, S. (Dir.). La relevancia de la dogmática en el Derecho Penal Internacional (pp. 53-71). Madrid, España. Marcial Pons.

La disyuntiva acerca de cómo justificar los asesinatos selectivos d terroristas no está resulta en absoluto, ya que se tratan de justificar desde la perspectiva de las reglas sobre asesinatos selectivos del Derecho Internacional humanitario, y por otro, a través de la institución de la legítima defensa. Sin embargo, esta última resulta sumamente difícil, hasta el punto de que redunde en su total desnaturalización.

*La relevancia
de la dogmática
en el Derecho penal
internacional*

Carlos Julio Lascano (h)
Sebastián F. García Amuchástegui
(dirs.)

Derecho penal & Criminología



Marcial
Pons

CARLOS JULIO LASCANO (H)
SEBASTIÁN F. GARCÍA AMUCHÁSTEGUI
(DIRECTORES)

LA RELEVANCIA DE LA DOGMÁTICA EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Autores

Sebastián F. García Amuchástegui	Carlos Julio Lascano (h)
Alejandro Chehtman	Héctor Olásolo
Alicia Gil Gil	Jesús María Silva Sánchez
Alejandro Kiss	Manuel J. Ventura

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2022

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.



La colección *Derecho penal y Criminología* ha sido distinguida en 2021 con el sello de calidad en edición académica CEA-APQ promovido por la Unión de Editoriales Universitarias Españolas (UNE) y avalado por la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA) y la Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología (FECYT).

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.

© Carlos Julio Lascano (h) y Sebastián F. García Amuchástegui (dirs.)

© Los autores

© MARCIAL PONS

EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.

San Sotero, 6 - 28037 MADRID

☎ (91) 304 33 03

www.marcialpons.es

ISBN: 978-84-1381-462-9

Depósito legal: M-26.115-2022

Diseño de la cubierta: ene estudio gráfico

Fotocomposición: Francisco Javier Rodríguez Albite

Impresión: Safekat, S.L.

Laguna del Marquesado, 32L, 28021 Madrid

MADRID, 2022

ASESINATOS SELECTIVOS EN LA «GUERRA PUNITIVA» CONTRA EL TERRORISMO

Jesús-María SILVA SÁNCHEZ *

I. PAZ

Matar dolosamente a otro es el hecho más grave del que puede ocuparse el sistema del Derecho penal. Ello se observa en la dificultad que ha tenido históricamente la doctrina —desde San Agustín hasta Santo Tomás y Kant— para fundamentar la justificación de tal conducta. La gravedad del comportamiento es todavía mayor cuando la muerte dolosa de una persona tiene lugar a manos de un funcionario público (policía, militar) por la lesión adicional de un deber de garante institucional que puede considerarse concurrente. En el Derecho internacional de los derechos humanos se advierte cómo únicamente la legítima defensa y ciertos casos de cumplimiento de un deber por parte de funcionarios públicos (ejecución de la pena de muerte¹, producción de la muerte en el intento de detención del delincuente, o en el intento de persecución del recluso huido, o en la represión de motines) pueden contemplarse como situaciones justificantes del homicidio doloso. Y ello, siempre que concurren los requisitos precisos (arts. 6 PIDCP y 2 CEDH). Pero incluso una regulación así puede resultar discutida por buena parte de la dogmática del Derecho penal. En efecto, amplios sectores doctrinales no consideran justificable el «tirar a matar» (*Todeschuss, shoot-to-kill*) de las fuerzas policiales con base en meras consideraciones de legítima defensa del funcionario o de un tercero, ni tampoco como mecanismo de detención de delincuentes o penados². En general, se entiende que estos casos encuentran su ubicación sistemática en la causa de justificación de cumplimiento de un deber, que se encuentra intensamente vinculada al principio de necesidad y de proporcio-

* Catedrático de Derecho penal, Universidad Pompeu Fabra.

¹ Abolida por el Protocolo adicional 13.º de la CEDH de 3 de mayo de 2002.

² M. LÖFFELMANN, «Rechtfertigung gezielter Tötungen durch Kampfdrohnen?», *JR*, 2013, p. 504. Además, «Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials», OHCHR, 27 de agosto a 7 de septiembre, 1990, párr. 9.

nalidad en su dimensión concreta. Por ello, solo podrían permitirse los casos de culpa consciente o —más excepcionalmente— de dolo eventual con respecto a la muerte del agresor, delincuente o recluso huido, pero no los de dolo directo (ni de primero ni de segundo grado)³.

II. GUERRA Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

2.1. Matar a combatientes

Frente a lo anterior, un combatiente que mata con dolo directo de primer grado a un combatiente enemigo en tiempos de guerra realiza una conducta permitida en el marco del Derecho internacional humanitario (o Derecho internacional de los conflictos armados)⁴. Para la puesta en práctica de este criterio rector es determinante la aplicación del *principio de distinción*, en cuya virtud se trata de separar a quien es un combatiente de quien no lo es⁵. La aplicación del permiso para matar (incluso del deber de hacerlo) requiere que un combatiente (*combatant*) —militar, miliciano o voluntario que porten en todo caso un signo distintivo— mate —de modo adecuado al Derecho internacional humanitario (*ius in bello*)— a un combatiente enemigo.

La cuestión es qué ubicación sistemática tiene esa situación en la teoría del delito⁶. Podría afirmarse que esa muerte no es siquiera desaprobada *prima facie* por el Derecho. Esto es, que la conducta que causa la muerte constituye un riesgo general de la vida del combatiente en guerra que es «sectorial y situacionalmente adecuada» (y, por tanto, atípica)⁷. En todo caso, si ello se rechazara, habría que aceptar que la causación dolosa de la muerte del ene-

³ El caso del dolo de consecuencias necesarias es objeto de debate. Por ejemplo, T. RÖNNAU, «Vor § 32», *LK*, t. II, 12.ª ed., 2006, nm. 250 y 251, y T. LENCKNER y D. STERNBERG-LIEBEN, «Vorbem. §§ 32 ff.», en A. ESER (ed.), *Schönke/Schröder*, 28.ª ed., München, C. H. Beck, 2010, nm. 15.

⁴ «Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions», UN Doc. A/HRC/14/24/Add.6, 28 de mayo de 2010, párr. 58. No está claro si se halla permitida, asimismo, por el Derecho internacional humanitario. Una opinión en R. OTTO, *Targeted Killings and International Law*, Heidelberg, Springer, 2012, p. 195. Desde luego, no están permitidos los ataques a las personas protegidas: los heridos, los enfermos, los prisioneros, los náufragos y los civiles que no participan directamente en las hostilidades, el personal médico y religioso, los voluntarios de sociedades de socorro y los miembros de organismos de protección civil.

⁵ R. OTTO, *Targeted Killings and International Law*, op. cit., pp. 221 y ss.

⁶ T. ZIMMERMANN, «Gilt das StGB auch im Krieg? Zum Verhältnis der §§ 8-12 VStGB zum Besonderen Teil des StGB», *GA*, 2010, p. 512.

⁷ Contra este punto de vista, *ibid.*, p. 510; A. ESER, «Rechtmäßige Tötungen im Krieg: zur Fragwürdigkeit eines Tabus», en D. DÖLLING et al. (eds.), *Verbrechen-Strafe-Resozialisierung: Festschrift für Heinz Schöch zum 70. Geburtstag*, Berlin, Walter de Gruyter, 2010, p. 474, e *id.*, «Tötung im Krieg: Rückfragen an das Staats- und Völkerrecht», en I. APPEL et al. (eds.), *Öffentliches Recht im offenen Staat: Festschrift für Rainer Wahl zum 70. Geburtstag*, Berlin, Duncker & Humblot, 2011, p. 666.

migo, aun típica, estaría justificada por el ejercicio de los derechos conferidos por los tratados internacionales o incluso por la costumbre internacional (*ius in bello*)⁸. En mi opinión, nos hallamos incluso ante la causa de justificación de cumplimiento de un deber⁹. Naturalmente, tal calificación no obsta a que un combatiente pueda reaccionar lícitamente contra la conducta de quien le ataca a él o a un tercero. Pero para ello no es necesario recurrir a la legítima defensa frente a una conducta justificada —cuya configuración resultaría sistemáticamente difícil—. La aplicación del *ius in bello* (que todavía evoca en cierta medida la «ley del más fuerte») es suficiente.

La irrelevancia penal de los homicidios dolosos conforme al Derecho internacional humanitario determina, por lo demás, que no sea lícito juzgar ni condenar a un combatiente detenido (prisionero de guerra) en el marco de un conflicto armado internacional que —sin vulnerar el Derecho internacional humanitario— haya matado presuntamente a combatientes enemigos. En cambio, en los conflictos armados no internacionales, las personas detenidas por haber participado en las hostilidades no son inmunes a los procesos penales por esa participación conforme al Derecho interno aplicable.

Ciertamente es posible mantener retenido indefinidamente a ese combatiente. Pero ello debe tener lugar en los términos de una especie de medida de seguridad —neutralización de peligro (*Gefahrenabwehr*)—. Esto es, sin que esa retención tenga contenido de desvalor (deshonra) ni reproche alguno; como es común decir en el Derecho de los conflictos armados, «al enemigo se le honra y se le destruye»¹⁰. Y, finalizadas de forma definitiva las hostilidades, debe ser puesto en libertad¹¹.

Lo anterior significa también que, en el marco del Derecho internacional humanitario, están permitidas las conductas de *targeted killing* (asesinato selectivo) que se atienen a sus reglas¹². Basta con que se trate de conductas realizadas por un combatiente contra un determinado objetivo personal enemigo¹³, seleccionado por las razones de estrategia militar que sea, aun-

⁸ H.-G. SCHWENK, «Die kriegerische Handlung und die Grenzen ihrer strafrechtlichen Rechtfertigung», *FS-Lange*, 1976, pp. 97 y ss.; R. MAURACH, F.-Ch. SCHRÖDER y M. MAIWALD, *BT I*, 9.ª ed., 2003, § 2, nm. 12 y ss.; T. ZIMMERMANN, «Gilt das StGB auch im Krieg?...», *op. cit.*, p. 511; A. ESER, «Rechtmäßige Tötungen im Krieg...», *op. cit.*, pp. 475-476; M. LADIGES, «Erlaubte Tötungen», *JuS*, 2011, p. 883 (*Blankettrechtfertigungsgrund*), y A. ENGLÄNDER, «Vor §§ 32 ff.», en H. MATT y J. RENZIKOWSKI (eds.), *Strafgesetzbuch: Kommentar*, München, Franz Vahlen, 2013, nm. 43.

⁹ Sin embargo, otro sector de la doctrina se refiere a la situación como legítima defensa propia o de tercero. Así, H.-H. KÜHNE, «Staatliche Tötungen ohne Gerichtsverfahren (targeted killings) – Ein Problemaufriss», en M. HEGER, B. KELKER y E. SCHRAMM (eds.), *Festschrift für Kristian Kübl zum 70. Geburtstag*, München, C. H. Beck, 2014, p. 803.

¹⁰ G. ROELLECKE, citado por M. PAWLIK, «El terrorista y su Derecho», en M. PAWLIK, *La libertad institucionalizada. Estudios de filosofía jurídica y Derecho penal*, J. López Barja de Quiroga et al. (trads.), Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 169.

¹¹ Queda aparte, obviamente, el caso de comisión de crímenes de guerra.

¹² Resumiéndolas, R. OTTO, *Targeted Killings and International Law*, *op. cit.*, pp. 262-263.

¹³ Excluyéndose los casos en que se traiciona la confianza (*perfidy*). *Vid. ibid.*, pp. 249 y ss.

que el objetivo se encuentre en retaguardía y pese a que las hostilidades no se encuentren en un periodo especialmente activo (naturalmente, siempre que no se haya declarado una tregua). El problema aquí es la observancia de los principios que, en la tradición del Derecho internacional consuetudinario, rigen la permisión de los *targeted killings*: necesidad militar, humanidad, distinción y proporcionalidad¹⁴.

El ataque contra un objetivo militar específico, seleccionado de modo previo, no puede ser indiscriminado, pues ello violaría el principio de proporcionalidad. A fin de respetar este principio, el objetivo militar debe revestir cierta importancia para el desarrollo de las hostilidades y las víctimas civiles no tienen que ser excesivas. Sin embargo, la determinación de lo que puede considerarse excesivo depende de la casuística, de una genérica apelación a la adopción de ciertas precauciones¹⁵ y a la —por definición, insegura— referencia a una perspectiva *ex post*¹⁶. Como se puede observar, ello no tiene nada que ver con la rigidez garantista de la estructura del estado de necesidad agresivo propia del sistema de la teoría del delito.

¹⁴ Cfr. los diversos trabajos contenidos en C. O. FINKELSTEIN *et al.* (eds.), *Targeted Killings: Law and Morality in an Asymmetrical World*, Oxford, Oxford University Press, 2012. *Vid.*, asimismo, M. A. ZOLLER, *Terrorismusstrafrecht*, Heidelberg, C. F. Muller, 2009.

¹⁵ Cfr. Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (tratado de 8 de junio de 1977), art. 57, *Precauciones en el ataque*:

- «1. Las operaciones militares se realizarán con un cuidado constante de preservar a la población civil, a las personas civiles y a los bienes de carácter civil.
2. Respecto a los ataques, se tomarán las siguientes precauciones:
 - a) quienes preparen o decidan un ataque deberán:
 - i) hacer todo lo que sea factible para verificar que los objetivos que se proyecta atacar no son personas civiles ni bienes de carácter civil, ni gozan de protección especial, sino que se trata de objetivos militares en el sentido del párrafo 2 del art. 52 y que las disposiciones del presente Protocolo no prohíben atacarlos;
 - ii) tomar todas las precauciones factibles en la elección de los medios y métodos de ataque para evitar, o, al menos, reducir, todo lo posible el número de muertos y de heridos que pudieran causar incidentalmente entre la población civil, así como los daños a los bienes de carácter civil;
 - iii) abstenerse de decidir un ataque cuando sea de prever que causará incidentalmente muertos o heridos en la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista;
 - b) Un ataque será suspendido o anulado si se advierte que el objetivo no es militar o que goza de protección especial, o que es de prever que el ataque causará incidentalmente muertos o heridos entre la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista.
 - c) Se dará aviso con la debida antelación y por medios eficaces de cualquier ataque que pueda afectar a la población civil, salvo que las circunstancias lo impidan.
3. Cuando se pueda elegir entre varios objetivos militares para obtener una ventaja militar equivalente, se optará por el objetivo cuyo ataque, según sea de prever, presente menos peligro para las personas civiles y los bienes de carácter civil».

¹⁶ R. OTTO, *Targeted Killings and International Law*, *op. cit.*, pp. 316 y ss.

2.2. La afectación de población civil: civiles que toman parte directa en las hostilidades, escudos humanos, otros civiles

Como se advierte, resulta particularmente relevante la consideración de la posible incidencia indirecta del asesinato selectivo de un combatiente enemigo sobre la población civil (este es el problema de los denominados «daños colaterales»). En efecto, los civiles no pueden ser atacados directamente, salvo que tomen parte directa en las hostilidades («*civilians taking direct part in hostilities*») ¹⁷. Esta noción de «tomar parte directa» puede llegar a ampliarse más allá del comienzo de la tentativa (es decir, hasta la realización de actos preparatorios), pero en general se niega que pueda prolongarse más allá del momento en que el hecho hostil concreto ha finalizado ¹⁸. Expresado de otro modo, en general se tiende a rechazar la idea de civiles que toman parte permanentemente en las hostilidades. Más adelante se verá cómo las cosas cambian cuando se trata de analizar el caso del terrorismo.

En el resto de los casos, los civiles no pueden ser objeto de ataques indiscriminados. Esto significa que no está permitido dirigir contra ellos ataques con dolo directo de primer grado ni tampoco con dolo directo de segundo grado ¹⁹. Resulta discutible para la doctrina del Derecho de los conflictos armados si puede afirmarse que se han seguido las exigencias del principio de distinción cuando existe dolo eventual con respecto a la muerte de aquellos. La concurrencia de dolo eventual se excluye tan pronto como se constata que el atacante ha adoptado efectivamente precauciones para evitar su muerte ²⁰.

Un caso particular es el de los civiles que actúan como escudos humanos de los combatientes enemigos. Algunas opiniones entienden que los civiles que voluntariamente se prestan a actuar como escudos humanos son objetivo legítimo de ataques, pues ello supone tomar parte directa en las hostilidades ²¹. Por mi parte, considero que esto es correcto si atendemos a los criterios de la teoría general de la participación en el delito. Sin embargo,

¹⁷ *Ibid.*, pp. 267, 272 y ss., en concreto, pp. 303-304.

¹⁸ *Ibid.*, p. 303.

¹⁹ Diferente, D. OHLIN, «Targeting and the Concept of Intent», *Michigan Journal of International Law*, vol. 35, núm. 1, 2013, pp. 79 y ss. Este autor, desde una visión radical de la doctrina del doble efecto, entiende que solo serían punibles los daños colaterales representados por las muertes de civiles producidas con dolo directo de primer grado (que además tiende a asociar con el propósito o móvil de la acción), quedando fuera las producidas con dolo directo de segundo grado (que llama *dolus indirectus*) y dolo eventual.

²⁰ R. OTTO, *Targeted Killings and International Law*, *op. cit.*, pp. 305-306 y 319-320. De algún modo, esto recogería la idea de Armin Kaufmann de que no hay dolo eventual cuando el agente ha efectuado una manifestación objetiva de su voluntad de evitación.

²¹ Sentencia del Tribunal Supremo de Israel en el caso *The Public Committee against Torture in Israel et al. vs. The Government of Israel et al.*, de 11 de diciembre de 2005, nm. 36.

adoptando la premisa de que tal determinación autorresponsable no implica una actuación hostil frente al enemigo, otra opinión considera que deben someterse a la regla general sobre efectos colaterales. Esta propuesta resulta, sin embargo, problemática, en la medida en que se trata de civiles a quienes el atacante mata con dolo directo de segundo grado; algo que no debería ser permitido de conformidad con la misma opinión doctrinal. Solo la sustentación de la tesis de que esta es una forma de participación directa en las hostilidades permitiría una solución tan laxa, que equipara prácticamente a los combatientes y a sus escudos humanos voluntarios²². Otro problema es, por lo demás, la interpretación de la expresión «voluntariamente». Si el escudo humano acepta serlo a sabiendas y asumiendo las consecuencias que ello conlleva de modo seguro o altamente probable parece razonable la equiparación. En cambio, la aceptación de la condición de escudo humano con una representación análoga a la del dolo eventual resulta, de nuevo, problemática.

Si los escudos humanos no lo son en virtud de una determinación autorresponsable, sino de una imposición coactiva de la fuerza combatiente enemiga²³, o si la condición de escudo humano es el resultado de una conducta imprudente del individuo en cuestión o resulta casual, nos encontramos propiamente ante una situación análoga a la de «efecto colateral». La diferencia entre ambos radicaría en que quien utiliza a civiles como escudo humano de forma coactiva comete, además, un crimen de guerra. En cierto modo, es tanto o más responsable de su muerte que quien los mata.

Resulta bastante difícil construir una causa de justificación para los casos de producción de daños colaterales basada en consideraciones de «necesidad». Esto es cierto para los casos en los que la producción de daños personales colaterales tiene lugar a sabiendas o con dolo eventual. Ciertamente, sea cual sea la necesidad militar, la producción de la muerte de civiles inocentes no puede ser considerada un efecto colateral proporcionado²⁴. Por

²² Cfr. el debate en R. OTTO, *Targeted Killings and International Law*, *op. cit.*, quien se inclina por la segunda opinión (pp. 286-287).

²³ Protocolo I, art. 58, *Precauciones contra los efectos de los ataques*:

«Hasta donde sea factible, las Partes en conflicto:

- a) se esforzarán, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 49 del IV Convenio, por alejar de la proximidad de objetivos militares a la población civil, las personas civiles y los bienes de carácter civil que se encuentren bajo su control;
- b) evitarán situar objetivos militares en el interior o en las proximidades de zonas densamente pobladas;
- c) tomarán las demás precauciones necesarias para proteger contra los peligros resultantes de operaciones militares a la población civil, las personas civiles y los bienes de carácter civil que se encuentren bajo su control».

²⁴ R. MERKEL, «Die "kollaterale" Tötung von Zivilisten im Krieg», *JZ*, 2012, pp. 1140 y 1142.

Un punto de vista diferente, basado en la doctrina del doble efecto, en J. GARCÍA-HUIDOBRO y A. MIRANDA, «Schutz der Luftsicherheit gegen terroristische Angriffe?», *Rechtstheorie*,

tanto, si las muertes colaterales de personas inocentes han de ser aceptadas en determinadas condiciones, ello es porque, de otro modo, la guerra en sí tendría que ser prohibida —una aspiración imposible de momento—. Dicha aceptación, por tanto, debe ser concebida como una «*non-ideal theory*» en el sentido de Rawls²⁵.

Un caso evidente de utilización de escudos humanos de modo coactivo se produce cuando se secuestra un avión con el fin de cometer un atentado terrorista mediante el impacto del aparato contra un objetivo militar o civil. En este caso, un sector de la doctrina del Derecho penal considera justificado el derribo del avión, pese a conllevar la muerte con dolo directo de segundo grado de tripulantes y pasajeros. Para ello se sirve de una concepción consecuencialista del estado de necesidad²⁶. De este modo, esta doctrina del Derecho penal parece ir paradójicamente más lejos que el Derecho internacional humanitario, pese a que este siempre ha sido considerado como una «excepción más tolerante». En efecto, la doctrina del Derecho penal humanitario en materia de daños colaterales se ha construido sobre la base de la teoría escolástica del doble efecto y, con ello, excluyendo el dolo directo de segundo grado (llamado dolo indirecto) con respecto al efecto no pretendido²⁷.

III. PECULIARIDADES DE LA GUERRA CONTRA EL TERRORISMO COMO «GUERRA»

Aunque la «*war on terror*» ya hubiera sido declarada antes por Estados Unidos, hasta 2001 no existían dudas acerca de la consideración de los terroristas como delincuentes comunes sometidos al Derecho penal de cada Estado²⁸. Sin embargo, con posterioridad a esa fecha, los cambios se produjeron

vol. 44, núm. 4, 2013, pp. 489 y ss., y H. MAIHOLD, «Die Tötung des Unschuldigen, insbesondere im Krieg», *Ancilla Iuris*, 2007, pp. 1 y ss. De acuerdo con este punto de vista, la producción de la muerte de un inocente a sabiendas puede estar justificada si es necesaria para el bien común.

Vid. el punto de vista exactamente opuesto, basado en una perspectiva individualista, en T. ZIMMERMANN, «Erwiderung. Nochmals: Die “kollaterale” Tötung von Zivilisten im Krieg», *JZ*, 2014, pp. 388 y ss.

²⁵ R. MERKEL, «Die “kollaterale” Tötung von Zivilisten im Krieg», *op. cit.*, pp. 1143 y 1144.

²⁶ Contra el punto de vista utilitarista, G. JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2012, pp. 50 y ss., estableciendo que no existe un deber de autosacrificio en beneficio de otros.

²⁷ Aunque existe un debate continuo sobre este punto.

²⁸ T. ZIMMERMANN, «Gilt das StGB auch im Krieg?...», *op. cit.*, p. 521: «*Der Freischärler, Terrorist, usw. ist Verbrecher, nicht Kriegsgegner. Er ist daher im Fall seiner Ergreifung nur als, gewöhnlichen Straftäter zu behandeln und zu verfolgen*»; R. OTTO, *Targeted Killings and International Law*, *op. cit.*, p. 342, y G. S. CORN, «Triggering the Law of Armed Conflict?», en G. S. CORN *et al.* (eds.), *The War on Terror and the Laws of War, A Military Perspective*, 2.^a ed., Boston, Aspen Publishing, 2015, p. 36: «*An exercise of law enforcement authority*». En el mismo sentido, «Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions», UN Doc. A/HRC/14/24/Add.6, 28 de

muy rápidamente²⁹. Por un lado, se pretendió introducir los ataques terroristas en el ámbito de los conflictos armados³⁰. En realidad, el fenómeno terrorista puede presentarse en el contexto de un conflicto armado internacional, en el contexto de un conflicto armado no internacional y, en fin, fuera del contexto de cualquier conflicto armado³¹.

En los *dos primeros grupos de casos*, el terrorista puede ser, obviamente, un objetivo legítimo de acciones de combate en la medida en que pueda considerarse que como civil —condición que no pierde por el hecho de realizar acciones terroristas— toma parte directa en las hostilidades³². Lo que ocurre es que, por lo mismo, cabe discutir cuándo empieza y cuándo termina (si es que termina) tal participación directa en las hostilidades³³. Por lo demás, tan pronto como se encuentre en la situación de *hors de combat* (por heridas o detención) goza de la protección del Derecho internacional humanitario³⁴.

mayo de 2010, párr. 46. Este punto de vista se mantiene todavía en C. E. F. CORACINI, «Targeted Killings of Suspected Terrorists during Armed Conflicts: Compatibility with the Rights to Life and to a Due Process?», en S. MANACORDA *et al.* (eds.), *El Derecho penal entre la guerra y la paz*, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 2009, pp. 387 y ss.

²⁹ Ciertamente, los ataques de 2001 fueron más que un delito: al igual que en otros ataques terroristas producidos hasta la fecha, expresaban un ataque contra los valores político-culturales de occidente. Cfr. este punto de vista en S. STÜBINGER, *Notwehr-Folter und Notstands-Tötung?*, Göttingen, V&R Unipress, 2015, p. 412, quien no obstante señala que la reacción debe hallarse dentro de la ley y no en una excepción a esta —ley de excepción— (p. 429).

³⁰ «[W]e are at war with a stateless enemy». Así, el general E. Holder citado por Corn en G. S. CORN *et al.* (eds.), *The War on Terror and the Laws of War, A Military Perspective*, 2.ª ed., Boston, Aspen Publishing, 2015, p. 42. Sobre la posición de la *International Law Association*, que rechaza que en el caso del terrorismo internacional se trate de un conflicto armado en términos jurídicos, cfr. G. S. CORN *et al.* (eds.), *The War on Terror and the Laws of War...*, *op. cit.*, pp. 66 y ss.; sobre la persistente posición del presidente Obama en el sentido de que sí lo es, p. 70. Todo ello se ha producido buscando la mayor flexibilidad y protección en cuanto a la causación de muerte de terceros que genera el Derecho internacional humanitario con respecto al Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho interno. Así, «Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions», UN Doc. A/HRC/14/24/Add.6, 28 de mayo de 2010, párr. 47. Esta es la posición de la Corte Suprema de Israel en su sentencia sobre el caso *The Public Committee against Torture in Israel et al. vs. The Government of Israel et al.*, de 11 de diciembre de 2005, nm. 21.

³¹ Similar, A. ZIMMERMANN, «Völkerrechtliche Fragen des Einsatzes bewaffneter Drohnen: Menschenrechtsschutz versus Terrorismusbekämpfung?», *MRM*, vol. 2, 2013, pp. 96-97.

³² La cuestión más discutida es la relativa al ámbito de aplicación del Derecho internacional humanitario en los casos de conflicto armado no internacional. *Vid. ibid.*, pp. 97-98. Es decir, si su vigencia se reduce al contexto espacio-temporal del conflicto armado o, en la línea sostenida por Estados Unidos, pasa a extenderse a otras regiones, lo que desplaza al Derecho penal de los derechos humanos y convierte al Derecho internacional humanitario en un Derecho de regla y no de excepción.

³³ Sobre el debate, E. T. JENSEN, «Targeting Persons and Property», en G. S. CORN *et al.* (eds.), *The War on Terror and the Laws of War...*, *op. cit.*, pp. 79 y ss. La idea que sostiene Estados Unidos es que el civil que pasa a formar parte de una organización terrorista es permanentemente «*targetable*» hasta que no renuncie a la condición de miembro.

³⁴ Así, indicando lo dudoso que sería que Bin Laden fuera un combatiente y que, si lo fuera, estaría *hors de combat*, K. AMBOS y J. ALKATOUT, «Has “Justice been done”? The Legality of Bin Laden’s Killing under International Law», *Israel Law Review*, vol. 45, núm. 2, 2012, pp. 364 y ss.

A saber, la reclusión inocuizadora pero honrosa y, si no se le considera criminal de guerra, la puesta en libertad al final de las hostilidades.

En el *tercer grupo de casos*, el terrorista está sujeto a las reglas del Derecho penal del Estado y del Derecho internacional de los derechos humanos³⁵. La lucha contra el terrorismo, que algunos Estados han denominado «guerra al terror», requiere, por tanto, consideraciones diferenciadas. Apparentemente no era eso lo pretendido. Se pretendía que los terroristas fueran «objetivos» en los mismos términos que los combatientes enemigos (de ahí su calificación por Estados Unidos e Israel como combatientes o beligerantes ilegales), pero que, asimismo, se los pudiera detener y juzgar como delincuentes (aquí se destacaría su condición de «ilegales»), e incluso que cupiera calificar como terroristas conductas que, conforme al Derecho de los conflictos armados, serían legítimas³⁶. En suma, parece que en la guerra contra el terrorismo todo conducía a que, al menos ciertos Estados, pretendieran integrar lo «mejor de los dos mundos» (el del Derecho penal en sentido estricto y el del Derecho internacional humanitario)³⁷. Lo que no parece fácil de aceptar³⁸.

En relación con los casos de conflictos armados parece claro de entrada que las causaciones de muertes producidas por los terroristas en general no respetarán las leyes del Derecho internacional humanitario. Por eso, es común que en el lenguaje propio de la «guerra al terror», se les califique de combatientes o beligerantes ilegales. Por la misma razón, es asimismo frecuente que la guerra contra el terrorismo sea calificada de «guerra asimétrica», pues en los casos de conflictos armados no internacionales una de las partes, desde luego, no puede ser identificada con un Estado, ni con una fuerza combatiente de este, ni ha declarado formal o concluyentemente una guerra, ni tampoco se espera de todos sus integrantes que cumplan con las reglas del Derecho internacional humanitario. En consecuencia, el sujeto que, en el marco de un conflicto armado no internacional, coloca una bomba en un aeropuerto o en una estación ferroviaria comete cuantos delitos de homicidios y lesiones puedan determinarse. Ello trae causa del hecho de que el ataque terrorista recaiga con dolo directo de primer grado sobre población civil, contraviniendo los tres principios del Derecho internacional humanitario en materia de afectación de civiles no combatientes. Coherentemente, su conducta debería calificarse como crimen de guerra y enjuiciarse así al final del conflicto.

³⁵ M. LÖFFELMANN, «Rechtfertigung gezielter Tötungen...», *op. cit.*, p. 505, considera que el trazado de una distinción clara resulta prácticamente imposible y propone, al menos en determinados casos, una interpretación del Derecho internacional humanitario conforme al Derecho internacional de los derechos humanos.

³⁶ R. OTTO, *Targeted Killings and International Law*, *op. cit.*, pp. 340 y ss.

³⁷ Críticos, *ibid.*, p. 345, y T. ZIMMERMANN, «Gilt das StGB auch im Krieg?...», *op. cit.*, p. 522.

³⁸ R. OTTO, *Targeted Killings and International Law*, *op. cit.*, p. 490.

Pero cabría preguntarse si deberían calificarse del mismo modo los ataques del mismo sujeto «circunstancialmente terrorista» sobre objetivos específicamente militares en el Estado enemigo. Dicho de otro modo, en un marco abiertamente calificado como de conflicto armado no internacional, ¿sería posible admitir conductas lícitas de asesinato selectivo llevadas a cabo por miembros de la parte no estatal sobre objetivos militares del Estado enemigo?

Parece que la respuesta intuitiva a esta pregunta sería negativa. Pero ello pone de relieve un dato importante. Ni siquiera los defensores del uso lingüístico «guerra al terror» para los casos de conflictos armados no internacionales en los que se dan ataques terroristas asumen consecuentemente la afirmación de que el enfrentamiento con el terrorismo sea realmente una guerra (ni siquiera contra el terrorismo en el marco de un conflicto armado internacional). Si así fuera, ciertamente podría partirse de que, por regla general, los ataques terroristas no respetarán las reglas del Derecho internacional humanitario. Pero debería admitirse la posibilidad remota de que en algún caso un acto «terrorista» sí se atuviera a tales principios y pudiera, entonces, reputarse lícito³⁹.

En realidad, la «guerra al terror» en el marco de conflictos armados dista de cumplir los requisitos del Derecho internacional humanitario por más razones. Por un lado, es cierto que quienes realizan actos terroristas no pueden ser calificados sin más como combatientes enemigos, aunque sí probablemente como civiles implicados directamente en hostilidades (civiles combatientes). Por otro lado, los Estados no solo llevan a cabo la guerra contra el terror a través de sus fuerzas militares, sino también a través de sus agencias de inteligencia (civiles) y a través de la policía, lo que evoca más la persecución de ilícitos penales comunes que la realización de actos de guerra. En tercer lugar, el sujeto sospechoso de haber realizado actos terroristas que es detenido no goza en absoluto del estatuto privilegiado del enemigo prisionero⁴⁰. Por eso, su detención y consiguiente prisión preventiva sí tiene el contenido de desvalor y reproche (indiciarios) propios de la prisión común y está encaminada a posibilitar su posterior enjuiciamiento y sanción penal. Todo parece indicar, además, que ese enjuiciamiento y sanción tendrían lugar conforme al Derecho interno del Estado concretamente afectado y no precisamente conforme a la jurisdicción competente en materia de crímenes de guerra.

Así las cosas, no cabe duda de que el tratamiento de los diversos aspectos implicados en la «guerra al terror» mantiene algunos elementos propios

³⁹ Por eso, aunque A. ZIMMERMANN, «Völkerrechtliche Fragen des Einsatzes bewaffneter...», *op. cit.*, p. 102, señale que Estados Unidos propugnan un desbordamiento del Derecho internacional humanitario en la lucha contra los agentes violentos no estatales, sería necesario conocer cuál es la posición norteamericana con respecto a los asesinatos selectivos de los que fuera sujeto pasivo.

⁴⁰ Como señala *ibid.*, p. 102, no se los considera ni civiles ni prisioneros de guerra. Aunque por mi parte añadiría que la tendencia va a ser en todo caso la de considerarlos como civiles.

del Derecho de los conflictos armados; pero que otros elementos lo son, claramente, del Derecho penal común. Por eso, no parece estar resuelta la disyuntiva entre el tratamiento del terrorista como delincuente común y su tratamiento como enemigo combatiente y, además, en la medida en que actúe ilegalmente, como criminal de guerra. En realidad, solo desde la perspectiva que considerara al terrorista como un combatiente de verdad (bien legal, bien ilegal) se haría posible el empleo contra él de mecanismos propios de los conflictos armados, como son los asesinatos selectivos.

Si no existe un conflicto armado, el Derecho penal común —al igual que el Derecho internacional de los derechos humanos en tiempos de paz— no tiene otra opción que la de contemplar los asesinatos selectivos de terroristas como «guerra sucia» del Estado⁴¹. El Estado solo puede intervenir para la prevención de peligros o la persecución de delincuentes (*law enforcement*)⁴². Por tanto, el asesinato selectivo es una conducta penalmente típica⁴³ que solo cabría justificar en los estrechos límites de la legítima defensa de las personas *ex ante* amenazadas (por tanto, a reserva de lo que luego se dirá, ni de la sociedad ni del Estado).

IV. LEGÍTIMA DEFENSA⁴⁴ O CASTIGO PREVENTIVO: LA WAR ON TERROR COMO GUERRA PUNITIVA⁴⁵

La disyuntiva acerca de cómo justificar los asesinatos selectivos de terroristas no está resuelta en absoluto. Ello lo muestra el hecho de que se traten de justificar, por un lado, desde la perspectiva de las reglas sobre asesi-

⁴¹ Al respecto puede verse el documental del periodista J. SCAHILL, «Dirty Wars», disponible en <http://www.imdb.com/title/tt2532528/>.

⁴² M. LÖFFELMANN, «Rechtfertigung gezielter Tötungen...», *op. cit.*, p. 497. Cfr. también P. RUDOLF y Ch. SCHALLER, «“Targeted Killing”, Zur völkerrechtlichen, ethischen und strategischen Problematik gezielter Tötungen in der Terrorismus- und Aufstandsbekämpfung», *SWP-Studie*, 2012.

⁴³ M. LÖFFELMANN, «Rechtfertigung gezielter Tötungen...», *op. cit.*, p. 500: asesinato, refiriéndose en particular al caso del recurso a drones.

⁴⁴ G. S. CORN, «Self-Defense Targeting: Blurring the Line between the Jus Ad Bellum and the Jus in Bello», *International Law Studies*, vol. 88, 2012, pp. 57 y ss.

⁴⁵ I. KANT, *Metaphysik der Sitten*, 1797, § 57: «Das Recht im Kriege ist gerade das im Völkerrecht, wobei die meiste Schwierigkeit ist, um sich auch nur einen Begriff davon zu machen, und ein Gesetz in diesem gesetzlosen Zustande zu denken (*inter arma silent leges*), ohne sich selbst zu widersprechen; es müßte denn dasjenige sein: den Krieg nach solchen Grundsätzen zu führen, nach welchen es immer noch möglich bleibt, aus jenem Naturzustande der Staaten (im äußeren Verhältnis gegen einander) herauszugehen, und in einen rechtlichen zu treten.

Kein Krieg unabhängiger Staaten gegen einander kann ein Strafkrieg (*bellum punitivum*) sein, denn Strafe findet nur im Verhältnisse eines Obern (*imperantis*) gegen den Unterworfenen (*subditum*) statt, welches Verhältnis nicht das der Staaten gegen einander ist, aber auch weder ein Ausrottungskrieg (*bellum internecinum*) noch Unterjochungskrieg (*bellum subiugatorium*), der eine moralische Vertilgung eines Staats (dessen Volk nun mit dem des Überwinders entweder in eine Masse verschmelzt, oder in Knechtschaft verfällt) sein würde».

natos selectivos del Derecho internacional humanitario, y, por otro, a través de la institución de la legítima defensa del Estado⁴⁶. En efecto, los asesinatos selectivos *tout court* están prohibidos por el Derecho penal de los derechos humanos, e igualmente lo está la muerte de civiles como efectos colaterales⁴⁷. Pero podrían estar justificados si concurriera una situación de legítima defensa⁴⁸.

Ahora bien, el recurso a la legítima defensa como vía de justificación resulta significativamente difícil, hasta el punto de que redundaría en su total desnaturalización. Ello, no tanto porque la supuesta legítima defensa sea llevada a cabo por personal no militar (servicios secretos policiales o de inteligencia)⁴⁹. Pues si bien esto vetaría la legítima defensa del Derecho internacional humanitario, podría no tener tal efecto sobre la legítima defensa del Derecho penal común. Los elementos de la desnaturalización son, en cambio, los siguientes:

En primer lugar, se desactiva el requisito de *actualidad* o *inminencia* de la agresión y se trata de ampliarlo para posibilitar actuaciones de legítima defensa no solo «*interceptive*», sino también anticipada (*anticipatory, pre-emptive self-defence*)⁵⁰. Esta solo se convertiría en ilícita para la doctrina mayoritaria cuando fuera «*preventive*» en el sentido norteamer-

⁴⁶ J. J. PAUST, «Operationalizing Use of Drones Against Non-State Terrorists Under the International Law of Self-Defense», *Albany Govt. L. Rev.*, vol. 8, 2015, pp. 166 y ss., quien significativamente distingue entre «el paradigma del Derecho de la guerra» (pp. 167 y ss.), «el paradigma de la legítima defensa» (pp. 171 y ss.) y «el paradigma de la persecución del delito» (pp. 197 y ss.). La mezcla del paradigma de las leyes de la guerra y de la legítima defensa se observa con claridad en E. T. JENSEN, «Targeting Persons and Property», *op. cit.*, pp. 92 y ss.

⁴⁷ R. OTTO, *Targeted Killings and International Law*, *op. cit.*, p. 200.

⁴⁸ H.-H. KÜHNE, «Staatliche Tötungen ohne Gerichtsverfahren...», *op. cit.*, p. 805, refiriéndose al art. 51 de la Carta de la ONU (*ius ad bellum*): «*Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defence if an armed attack occurs against a Member of the United Nations, until the Security Council has taken the measures necessary to maintain international peace and security. Measures taken by Members in the exercise of this right of self-defence shall be immediately reported to the Security Council and shall not in any way affect the authority and responsibility of the Security Council under the present Charter to take at any time such action as it deems necessary in order to maintain or restore international peace and security*». Todo parece indicar que este artículo ha sido extendido hasta cubrir los ataques terroristas. Vid. D. MURSWIEK, «Die amerikanische Präventivkriegstrategie und das Völkerrecht», *NJW*, 2003, p. 1016.

⁴⁹ M. LÖFFELMANN, «Rechtfertigung gezielter Tötungen...», *op. cit.*, p. 501. Otro problema viene dado por el hecho de que los ataques contra «agentes no estatales» podrían violar la soberanía de terceros Estados afectados. Esta violación, sin embargo, se excluye usualmente cuando el Estado afectado no es capaz o no está dispuesto a controlar al «agente no estatal» que opera desde su territorio. Vid. M. P. SCHARF, «How the War Against ISIS Changed International Law», *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 48, 2016, pp. 1 y ss. Otro punto de vista en F. I. PADDEU, «Use of Force Against Non-State Actors and the Circumstance Precluding Wrongfulness of Self-Defence», *University of Cambridge Faculty of Law Research Paper*, núm. 26, 2016, disponible en <http://ssrn.com/abstract=2788515>.

⁵⁰ Cfr. D. MURSWIEK, «Die amerikanische Präventivkriegstrategie...», *op. cit.*, pp. 1016 y 1017.

ricano del término, en definitiva, agresiva en sí⁵¹. Parece claro que en los casos de asesinatos selectivos no se puede hablar de agresión actual ni inminente. Por eso, el concepto de agresión se extiende a la realización de actos preparatorios, por distantes que estos puedan hallarse del comienzo de una tentativa⁵². Esta dinámica acaba por pretender legitimar conductas contra terroristas en los mismos términos que si se tratara de combatientes en conflictos armados⁵³, o, en otros términos, conductas de pura retorsión. En realidad, el lenguaje utilizado es explícitamente el de la retorsión o la represalia⁵⁴.

En segundo lugar, la desnaturalización tiene lugar porque se prescinde de la constatación de quién es el agredido/defendido en sí. Resulta imposible determinar la persona o conjunto de personas en riesgo de ser agredidas (¡por actos preparatorios!). Se trataría de un grupo indeterminado en términos espacio-temporales y configurado en términos alternativo-acumulativos: una ecuación imposible. Por ello, no hay más remedio que considerar agresiones pasadas (ya finalizadas) a las personas que fueran afectadas en su día, a la sociedad en su conjunto y, en fin, al Estado. Sin embargo, esta no es la lógica de la legítima defensa, sino la del castigo.

Ello puede ratificarse con cierta claridad si se advierte el dato adicional de que la doctrina plantea también objeciones procedimentales al método de los asesinatos selectivos. Así, por ejemplo, relativas al proceso en cuya virtud alguien es definido como «objetivo», así como a las garantías de que no se produzcan errores en tal proceso de selección por el poder ejecutivo del Estado en cuestión⁵⁵. Algunos reclaman incluso una «revisión judicial» del proceso de selección⁵⁶. Pero la preocupación por si la persona ha sido bien

⁵¹ *Ibid.*, p. 1018, citando al presidente Bush: «we cannot let our enemies strike first» o «our best defence is a good offense».

⁵² En muchos casos, lo más que se puede constatar es la realización de actos de planificación o preparación que no constituyen «eine gegenwärtige Gefahr für ein höchststrängiges Rechtsgut». Vid. M. LÖFFELMANN, «Rechtfertigung gezielter Tötungen...», *op. cit.*, p. 504.

⁵³ R. OTTO, *Targeted Killings and International Law*, *op. cit.*, p. 91.

⁵⁴ «In response to these attacks, and in accordance with the inherent right of individual and collective self-defense, United States armed forces have initiated actions to prevent and deter further attacks on the United States: These actions include measures against Al-Qaeda terrorist training camp and military installations of the Taliban Regime in Afghanistan», fragmento de la carta remitida por J. Negroponte, representante de Estados Unidos en la ONU, al secretario del Consejo de Seguridad, citado por G. S. CORN, «Legal Bases for the Use of Armed Force», en G. S. CORN *et al.* (eds.), *The War on Terror and the Laws of War...*, *op. cit.*, p. 11.

⁵⁵ P. ALSTON, «The CIA and Targeted Killings Beyond Borders», *Harvard National Security Journal*, vol. 2, 2011, p. 283.

⁵⁶ También H.-H. KÜHNE, «Staatliche Tötungen ohne Gerichtsverfahren...», *op. cit.*, pp. 808-810, atribuyendo, a mi juicio, una relevancia excesiva al hecho de que no se respete la división de poderes ni la preeminencia del poder judicial. En efecto, la intervención previa del poder judicial no cambia, en mi opinión, sustancialmente las cosas, salvo que sea para eliminar la propia institución de los asesinatos selectivos y optar por la vía de la detención y puesta a disposición del detenido ante el propio poder judicial para ser juzgado.

seleccionada pone de relieve cuán lejos se hallan los asesinatos selectivos militares de los asesinatos selectivos de terroristas. En efecto, en estos últimos el tema ya no es solo si se afecta o no a civiles, sino si —dentro de los terroristas— se está «castigando» a quien corresponde o no⁵⁷. En un marco de conflicto armado ordinario, ello sería indiferente con tal de que el asesinato selectivo recayera sobre un militar u otro (pues cualquiera de ellos constituye *ab initio* de la guerra un «objetivo»).

Todo parece indicar que el estado de guerra se invoca a unos efectos, de restricción de derechos y de permisión de intervenciones letales del Estado, pero se rechaza a otros. Así, en cuanto a la simetría en la legitimidad de las partes (que es consustancial a la noción de guerra) y en cuanto al trato dispensado a los prisioneros. La superioridad moral y jurídica del Estado frente a la parte no estatal, que se manifiesta con claridad en la consideración de los detenidos, transmite la imagen de que, ante todo, se trata de la persecución de gravísimos delitos⁵⁸.

Lo uno y lo otro acaba convergiendo en la más pura lógica de la reacción punitiva. Es decir, expresa el castigo impuesto por el Estado a un sujeto concreto, como retribución por el enfrentamiento de este a las normas de aquel, orientado a la prevención general de intimidación o, al menos, a la prevención general positiva: estabilización⁵⁹. Pero esta lógica tiene el inconveniente de que la referida reacción punitiva carece de cualquier proceso debido orientado a legitimarla.

Así pues, solo existe una vía para construir una situación de legítima defensa en los casos de terrorismo. Esta no es otra que la consideración de que la integración de un individuo determinado en el grupo terrorista —e incluso la existencia del grupo en sí mismo— constituye una agresión *permanente* para el modo de vida de una determinada sociedad. Ello, dejando al margen el momento en que el individuo en sí o los integrantes del grupo decidan llevar a cabo hechos concretamente lesivos⁶⁰. La aportación del miembro, aun habiendo finalizado episódicamente, se manifestaría como un signo de

⁵⁷ De hecho, para Alston y Heyns la preocupación fundamental es que en este ámbito nos hallemos ante el socavamiento de la prohibición de «asesinatos extrajudiciales», así como de violaciones de la soberanía de terceros Estados, en cuyo territorio tienen lugar los ataques selectivos. Por su parte, las preocupaciones de Estados Unidos se centraban en cómo abordar el problema de la inclusión de ciudadanos norteamericanos en las listas de asesinatos selectivos. El problema de la soberanía se resolvería en la medida en que se determinara que el país en cuestión carece de la capacidad o de la voluntad de hacer frente al peligro.

⁵⁸ M. LÖFFELMANN, «Rechtfertigung gezielter Tötungen...», *op. cit.*, p. 498.

⁵⁹ En este sentido, *vid.* H.-H. KÜHNE, «Staatliche Tötungen ohne Gerichtsverfahren...», *op. cit.*, p. 805.

⁶⁰ G. S. CORN, en G. S. CORN *et al.* (eds.), *The War on Terror and the Laws of War...*, *op. cit.*, p. 22, afirmando que Estados Unidos e Israel se ven obligados a tratar el terrorismo como un «*on-going threat, with no viable end-state or termination point*».

la agresión constante que expresa la organización. En esa medida, el miembro seguiría siendo agresor, lo que abriría la posibilidad de intervenir contra él en cualquier momento con el argumento de que sería imposible hacerlo en un momento posterior (la doctrina de la «*window of opportunity*») ⁶¹. El efecto preventivo-intimidatorio no tendría lugar con respecto a ninguna agresión concreta en sí, sino en general con respecto a las actuaciones del grupo terrorista de que se trate ⁶².

Se trataría entonces de determinar el campo de afectados por la agresión permanente representada por el grupo terrorista. Sin embargo, si pretendemos ceñirnos a personas físicas, el resultado, según antes se ha indicado, sería un ámbito de personas indeterminado desde la perspectiva espacio-temporal y configurado alternativa-acumulativamente sin limitación cuantitativa: de nuevo, una ecuación imposible.

Así pues, una construcción coherente de la legítima defensa requeriría asumir que la existencia de la organización terrorista constituye una agresión permanente a la soberanía del Estado. El término «soberanía» no debería ser entendido aquí solo en un sentido simbólico, sino también como representación de una real salvaguarda de la vida y libertades de los ciudadanos del Estado. La cuestión es determinar cuándo está teniendo lugar una situación extrema así ⁶³. El riesgo de un estado de excepción que se instala como caso normal de modo duradero («*Ausnahmestand, der sich als dauerhafter Normalfall installiert*») ⁶⁴ es claro.

V. GUERRA AL TERROR Y ESTADO DE NECESIDAD

Por otro lado, la cuestión es si la legítima defensa puede amparar los daños colaterales producidos en víctimas civiles ⁶⁵. Para analizar este problema basta con considerar el caso ya aludido del derribo de un avión secuestrado por terroristas, cuyos ocupantes son también los pasajeros y tripulantes, que se plantea como defensa de la población civil de la ciudad contra la que los terroristas pretenden hacer impactar el avión. Está claro aquí que la legítima defensa contra la agresión terrorista conlleva como efecto colateral la muerte de los pasajeros y tripulantes.

⁶¹ *Ibid.*, p. 18.

⁶² R. OTTO, *Targeted Killings and International Law*, *op. cit.*, p. 92.

⁶³ *Vid.* M. PAWLIK, «§ 14 Abs. 3 des Luftsicherheitsgesetzes – ein Tabubruch?», *JZ*, 2004, p. 1054: defensa frente a una amenaza existencial para la comunidad jurídica («*Abwehr einer existentiellen Bedrohung der Rechtsgemeinschaft*»).

⁶⁴ M. JAHN, *Das Strafrecht des Staatsnotstandes*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2004, p. 590.

⁶⁵ M. LÖFFELMANN, «Rechtfertigung gezielter Tötungen...», *op. cit.*, p. 501.

Dejemos ahora de lado el problema del dolo directo de segundo grado. ¿Concorre aquí el principio de proporcionalidad?⁶⁶ La doctrina del Derecho penal común siempre ha señalado que la legítima defensa que recae sobre terceros no agresores pasa a estar sometida a las reglas del estado de necesidad. En este caso, si se tiene en cuenta que el Estado ostenta una posición de garante tanto con respecto a los ocupantes del avión como con respecto a la población civil afectada por el previsible impacto del avión contra la ciudad, parece que la estructura es de una colisión de deberes de acción y de omisión. Una colisión en la que la mayoría de la doctrina no aprecia la concurrencia de una causa de justificación en quien lleva a cabo el derribo del avión. Pues, en efecto, tal solución justificante solo podría sostenerse en el ámbito de un análisis consecuencialista, generalmente no compartido en nuestra tradición⁶⁷.

De nuevo, en situaciones muy extremas podría considerarse una causa de justificación adicional, a saber, el estado de necesidad del Estado (*Staatsnotstand*)⁶⁸. Aunque todo parece indicar que esta institución es ampliamente rechazada por la doctrina⁶⁹, probablemente esta objeción debería ser reconsiderada en el caso de situaciones muy extremas para la comunidad constituida en Estado («*existentielle Gefährdung*»)⁷⁰.

VI. EL EMPLEO DE DRONES⁷¹

Aunque este es el tema de moda en la discusión, lo cierto es que el recurso a drones para los *targeted killings* no modifica sustancialmente las cosas⁷². Es cierto que el ataque con un dron, a diferencia de lo que puede

⁶⁶ Aunque en este caso no se pueda dudar de la concurrencia de una agresión ni tampoco de que se está defendiendo a personas concretas, el ejemplo se parece —en este punto concreto— a aquel en que el asesinato selectivo se gestiona mediante el lanzamiento de un misil contra un edificio en el que, junto al terrorista, viven otras muchas personas.

⁶⁷ M. LÖFFELMANN, «Rechtfertigung gezielter Tötungen...», *op. cit.*, p. 504: «*Da der Staat die Würde des Menschen aktiv zu schützen hat, ist es ihm nicht nur untersagt, unter Verstoß gegen die Menschenwürde in das Lebensrecht einzugreifen, sondern obliegt ihm auch die Pflicht, sich ,schützend und fördernd' vor das Leben jedes Einzelnen zu stellen, namentlich, es vor rechtswidrigen An- und Eingriffen von Seiten Dritter zu bewahren. Dies gilt auch im Hinblick auf Personen, die sich schwerste Verfehlungen haben zuschulden lassen*».

⁶⁸ Vid. A. ESER, «“Defenses” in Strafverfahren wegen Kriegsverbrechen», en K. SCHMOLLER (ed.), *Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag*, Wien-New York, Springer, 1996, p. 765, que afirma que un «*völkerrechtlicher Notstand*» se da cuando existe «*eine die Existenz des Staates bedrohende schwere Gefahr*».

⁶⁹ H.-H. KÜHNE, «Staatliche Tötungen ohne Gerichtsverfahren...», *op. cit.*, p. 811.

⁷⁰ M. JAHN, *Das Strafrecht des Staatsnotstandes*, *op. cit.*, pp. 76, 104, citando el art. 15 CEDH.

⁷¹ Cfr., entre otros, R. FRAU (ed.), *Drohnen und das Recht. Völker- und verfassungsrechtliche Fragen automatisierter und autonomer Kriegsführung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014.

⁷² E. CRAWFORD, «The Principle of Distinction and Remote Warfare», *Sydney Law School Research Paper*, núm. 16/43, 2016, disponible en <http://ssrn.com/abstract=2785454>, ponderando los pros y los contras tanto desde un punto de vista psicológico como técnico.

sucedan con un «escuadrón de la muerte», hace más difícil distinguir si el *target* está participando en actividades hostiles o integrado en un grupo o, por el contrario, es un preso o un enfermo⁷³. Pero tampoco puede afirmarse categóricamente que la utilización de drones impida la aplicación del principio de distinción. Lo mismo vale a propósito de los llamados «sistemas autónomos de armamento» [*autonomous weapon systems* (AWS)]. Pero estos abren una nueva clase de problemas relativos a la responsabilidad de las personas individuales⁷⁴.

En realidad, lo que resulta más preocupante del recurso a drones es el desarrollo y extensión de una cierta mentalidad, entre inconsciente y lúdica, acerca de la vida y la muerte: «*because operators are based thousands of miles away from the battlefield, and undertake operations entirely through computer screens and remote audiofeed, there is a risk of developing a “Playstation” mentality to killing*»⁷⁵. No hacen falta más palabras.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALSTON, P., «The CIA and Targeted Killings Beyond Borders», *Harvard National Security Journal*, vol. 2, 2011.
- AMBOS, K., y ALKATOUT, J., «Has “Justice been done”? The Legality of Bin Laden’s Killing under International Law», *Israel Law Review*, vol. 45, núm. 2, 2012.
- CORACINI, C. E. F., «Targeted Killings of Suspected Terrorists during Armed Conflicts: Compatibility with the Rights to Life and to a Due Process?», en S. MANACORDA, A. NIETO MARTÍN, M. MAROTO CALATAYUD y D. SCHEUNEMANN (eds.), *El Derecho penal entre la guerra y la paz*, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 2009.
- CORN, G. S., «Self-Defense Targeting: Blurring the Line between the Jus Ad Bellum and the Jus in Bello», *International Law Studies*, vol. 88, 2012.
- «Triggering the Law of Armed Conflict?», en G. S. CORN *et al.* (eds.), *The War on Terror and the Laws of War, A Military Perspective*, 2.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2015.
- «Legal Bases for the Use of Armed Force», en G. S. CORN, J. A. SCHOETTLER, JR., D. BRENNER-BECK, V. M. HANSEN, D. JACKSON, E. TALBOT JENSEN y M. W. LEWIS (eds.), *The War on Terror and the Laws of War, A Military Perspective*, 2.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2015.

⁷³ M. LÖFFELMANN, «Rechtfertigung gezielter Tötungen...», *op. cit.*, p. 502.

⁷⁴ P. MARGULIES, «Making Autonomous Weapons Accountable. Command Responsibility for Computer-Guided Lethal Force in Armed Conflicts», *Roger Williams Univ. Legal Studies Paper*, núm. 166, 2016, disponible en <https://ssrn.com/abstract=2734900>, y D. OHLIN, «The Combatant’s Stance: Autonomous Weapons on the Battlefield», *International Law Studies*, vol. 92, 2016, pp. 1 y ss.

⁷⁵ «Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions», UN Doc. A/HRC/14/24/Add.6, 28 de mayo de 2010, párr. 84. En la película de G. HOOD *Eye in the Sky* (2015) todo parece ser de otro modo en lo relativo a las precauciones que se adoptan para no producir daños colaterales.

- CRAWFORD, E., «The Principle of Distinction and Remote Warfare», *Sydney Law School Research Paper*, núm. 16/43, 2016, disponible en <http://ssrn.com/abstract=2785454>.
- ENGLÄNDER, A., «Vor §§ 32 ff.», en H. MATT y J. RENZIKOWSKI (eds.), *Strafgesetzbuch: Kommentar*, München, Franz Vahlen, 2013.
- ESER, A., «Defenses in Strafverfahren wegen Kriegsverbrechen», en K. SCHMOLLER (ed.), *Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag*, Wien-New York, Springer, 1996.
- «Rechtmäßige Tötungen im Krieg: zur Fragwürdigkeit eines Tabus», en D. DÖLLING, B. GÖTTING y B.-D. MEIER (eds.), *Verbrechen-Strafe-Resozialisierung: Festschrift für Heinz Schöch zum 70. Geburtstag*, Berlin, Walter de Gruyter, 2010.
- «Tötung im Krieg: Rückfragen an das Staats- und Völkerrecht», en I. APPEL, G. HERMES y Ch. SCHÖNHERGER (eds.), *Öffentliches Recht im offenen Staat: Festschrift für Rainer Wahl zum 70. Geburtstag*, Berlin, Duncker & Humblot, 2011.
- FINKELSTEIN, C. O.; OHLIN, D., y ALTMAN, A. (eds.), *Targeted Killings: Law and Morality in an Asymmetrical World*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- FRAU, R., *Drohnen und das Recht. Völker- und verfassungsrechtliche Fragen automatisierter und autonomer Kriegsführung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014.
- GARCÍA-HUIDOBRO, J., y MIRANDA, A., «Schutz der Luftsicherheit gegen terroristische Angriffe?», *Rechtstheorie*, vol. 44, núm. 4, 2013.
- JAHN, M. *Das Strafrecht des Staatsnotstandes*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2004.
- JAKOBS, G., *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2012.
- JENSEN, E. T., «Targeting Persons and Property», en G. S. CORN *et al.* (eds.), *The War on Terror and the Laws of War, A Military Perspective*, 2.^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2015.
- KANT, I., *Metaphysik der Sitten*, Königsberg, Nicolovius, 1797.
- KÜHNE, H.-H., «Staatliche Tötungen ohne Gerichtsverfahren (targeted killings) – Ein Problemaufriss», en M. HEGER, B. KELKER y E. SCHRAMM (eds.), *Festschrift für Kristian Kühn zum 70. Geburtstag*, München, C. H. Beck, 2014.
- LADIGES, M., «Erlaubte Tötungen», *Juristische Schulung*, vol. 10, 2011 pp. 879-883.
- LEÑCKNER, T., y STERNBERG-LIEBEN, D., «Vorbem. §§ 32 ff.», en A. ESER (ed.), *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch. Kommentar*, 28.^a ed., München, C. H. Beck, 2010.
- LÖFFELMANN, M., «Rechtfertigung gezielter Tötungen durch Kampfdrohnen?», *Juristische Rundschau*, 2013.
- MAIHOLD, H., «Die Tötung des Unschuldigen, insbesondere im Krieg», *Ancilla Iuris*, 2007.
- MARGULIES, P., «Making Autonomous Weapons Accountable. Command Responsibility for Computer-Guided Lethal Force in Armed Conflicts», *Roger Williams Univ. Legal Studies Paper*, núm. 166/2016, 2016, disponible en <https://ssrn.com/abstract=2734900>.
- MAURACH, R.; SCHRÖDER, F.-Ch., y MAIWALD, M., *Strafrecht Besonderer Teil*, 9.^a ed., t. 1, Heidelberg, C. F. Müller, 2003.
- MERKEL, R., «Die kollaterale Tötung von Zivilisten im Krieg», *JuristenZeitung*, 2012.
- MURSWIEK, D., «Die amerikanische Präventivkriegstrategie und das Völkerrecht», *Neue Juristische Wochenschrift*, 2003.
- OHLIN, D., «The Combatant's Stance: Autonomous Weapons on the Battlefield», *International Law Studies*, vol. 92, 2016.

- «Targeting and the Concept of Intent», *Michigan Journal of International Law*, vol. 35, núm. 1, 2013.
- OTTO, R., *Targeted Killings and International Law*, Heidelberg, Springer, 2012.
- PADDEU, F. I., «Use of Force Against Non-State Actors and the Circumstance Precluding Wrongfulness of Self-Defence», *University of Cambridge Faculty of Law Research Paper*, núm. 26/2016, disponible en <http://ssrn.com/abstract=2788515>.
- PAUST, J. J., «Operationalizing Use of Drones Against Non-State Terrorists Under the International Law of Self-Defense», *Albany Government Law Review*, vol. 8, 2015.
- PAWLIK, M., «El terrorista y su Derecho», en M. PAWLIK, *La libertad institucionalizada*, J. López Barja de Quiroga (trad.), Madrid, Marcial Pons, 2010.
- «§ 14 Abs. 3 des Luftsicherheitsgesetzes – ein Tabubruch?», *JuristenZeitung*, 2004.
- RÖNNAU, T., «Vor § 32», en H. W. LAUFHÜTTE, R. RISSING-VAN SAAN y K. TIEDEMANN (eds.), *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar: Großkommentar*, 12.^a ed., t. II, Berlin, De Gruyter, 2006.
- RUDOLF, P., y SCHALLER, Ch., «“Targeted Killing”. Zur völkerrechtlichen, ethischen und strategischen Problematik gezielter Tötungen in der Terrorismus- und Aufstandsbekämpfung», *Stiftung Wissenschaft und Politik-SWP-Deutsches Institut für Internationale Politik und Sicherheit*, 2012.
- SCHARF, M. P., «How the War Against ISIS Changed International Law», *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 48, 2016.
- SCHWENK, H.-G., «Die kriegerische Handlung und die Grenzen ihrer strafrechtlichen Rechtfertigung», en H. WAIDER, G. WARDA, R. VON HIPPEL y D. MEURER (eds.), *Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag*, Berlin, Walter de Gruyter, 1976.
- STÜBINGER, *Notwehr-Folter und Notstands-Tötung?*, Bonn, V&R Unipress, 2015.
- ZIMMERMANN, A., «Völkerrechtliche Fragen des Einsatzes bewaffneter Drohnen: Menschenrechtsschutz versus Terrorismusbekämpfung?», *MenschenRechtsMagazin*, vol. 2, 2013.
- ZIMMERMANN, T., «Gilt das StGB auch im Krieg? Zum Verhältnis der §§ 8-12 VStGB zum Besonderen Teil des StGB», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2010.
- «Erwiderung. Nochmals: Die, “kollaterale” Tötung von Zivilisten im Krieg», *JuristenZeitung*, 2014.
- ZOLLER, M. A., *Terrorismusstrafrecht*, Heidelberg, C. F. Müller, 2009.

CUARTA LECTURA

Sáinz-Cantero Caparrós, J. (2015). Delitos contra el orden público (VI). De las organizaciones y grupos terroristas. Delitos de terrorismo. En Morillas Cueva, L. (Dir.). Sistema de Derecho Penal Parte Especial (2ª ed.). Madrid, España. Dykinson, pp. 1415-1447.

La lectura hace un recuento de las diversas modificaciones legislativas al Código Penal español en materia de terrorismo, incidiendo en la introducida a través de la LO 2/2015, cuyo objeto central de preocupación fue la radicalización, captación y adiestramiento de nuevos terroristas, el uso de Internet y las redes sociales para la expansión de los fines y actividades terroristas, las fuentes de financiación, entre otras. Así pues, se analiza críticamente las infracciones penales consideradas delito de terrorismo.

SISTEMA
de
DERECHO PENAL
Parte Especial

2ª edición

Lorenzo Morillas Cueva
(Dirección)

Ignacio F. Benítez Ortúzar

Bernardo Del Rosal Blasco

Lorenzo Morillas Cueva

Miguel Olmedo Cardenete

Jaime Peris Riera

● José E Sáinz-Cantero Caparrós

Dykinson, S.L.

Lorenzo Morillas Cueva

Dirección

**SISTEMA
DE
DERECHO PENAL**

Parte especial

IGNACIO F. BENÍTEZ ORTÚZAR

BERNARDO DEL ROSAL BLASCO

LORENZO MORILLAS CUEVA

MIGUEL OLMEDO CARDENETE

JAIME PERIS RIERA

JOSÉ E SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS

*2ª edición, revisada y puesta al día
conforme a las leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015*

Dykinson, S.L.

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico. 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 47)

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial
Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes_somos

© Copyright by
Los autores
Madrid

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-9085-707-6
Depósito Legal: M-6048-2016

Preimpresión por:
Besing Servicios Gráficos S.L.
e-mail: besingsg@gmail.com

Capítulo 71

DELITOS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO (VI)

DE LAS ORGANIZACIONES Y GRUPOS TERRORISTAS.

DELITOS DE TERRORISMO

MIGUEL OLMEDO CARDENETE

Sumario: I. Introducción.- II. El delito de organización, dirección, promoción o pertenencia a organizaciones y grupos terroristas (Arts. 571 y 572 CP).- III. Análisis de las distintas infracciones penales consideradas delitos de terrorismo: 1. Cuestiones preliminares. 2. Finalidades terroristas. 3. Delitos informáticos cometidos con alguna de las finalidades terroristas del art. 573.1 CP. 4. Los restantes delitos de terrorismo recogidos en el Capítulo VII. 5. Análisis particularizado de los delitos cometidos con finalidad terrorista: A) Delitos contra la vida, salud o libertad de las personas. B) Otros delitos cometidos con finalidad terrorista. 6. Delitos de terrorismo de carácter instrumental: A) Consideraciones previas. B) El delito de colaboración con organización, grupo o elemento terrorista (art. 577.1 CP). C) El delito de colaboración económica o financiación del terrorismo, y de blanqueo de capitales con fines terroristas. 7. Delitos vinculados con la captación, adoctrinamiento, capacitación y adiestramiento de terroristas: A) Reflexión previa. B) Conductas destinadas a captar, adoctrinar y adiestrar a nuevos terroristas como delito de colaboración terrorista. C) La recepción del adiestramiento, capacitación o la autocapacitación como nuevos delitos de terrorismo (art. 575.1 y 2 CP). D) El traslado o establecimiento en territorio extranjero con fines terroristas (art. 575.3 CP). 8. La apología del terrorismo y la realización de actos destinados a humillar a las víctimas de estos delitos (art. 578 CP). 9. La distribución o difusión pública de mensajes o consignas provocadoras.- IV. Aspectos comunes a los delitos de terrorismo: 1. Punibilidad de los actos preparatorios (art. 579.3 CP). 2. Cuestiones vinculadas con la penalidad de estas figuras delictivas: A) Inhabilitación absoluta y especial para los reos de terrorismo. B) La imposición de la medida de libertad vigilada. C) La colaboración activa con la Justicia como causa de atenuación de la pena. D) El nuevo tipo atenuado de aplicación general para todos los delitos de terrorismo (art. 579 bis, apartado cuarto, CP). E) Reincidencia internacional.- Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La vigente regulación de la legislación antiterrorista trae su causa en la aprobación del CP de 1995 cuyo contenido fue extraordinariamente novedoso en

comparación con la exigua normativa que en esta materia contemplaba el CPTR 73. Las infracciones que en este apartado se recogen, han pasado a ser consideradas como comportamientos atentatorios contra el «orden público» (de acuerdo con la rúbrica del Título XXII), frente a la idea sustentada por el texto punitivo derogado de que se trataba de conductas lesivas de la «seguridad interior del Estado» (nos referimos a las conductas castigadas por el art. 174 bis a) del CP de 1973, que se ubicaban dentro del Título II del citado texto bajo la rúbrica de los «Delitos contra la seguridad interior del Estado»).

La opción seguida por el legislador de 1995 supuso, efectivamente, la continuación de la línea ya iniciada por las Leyes 3/1988 de reforma del CP y 4/1988 de modificación de la LECr., ambas de 25 de mayo, de apartarse de la elaboración de una legislación especial sobre la materia. Esta línea, que valoramos como positiva, contribuye al afianzamiento de la consideración de estos crímenes como delitos comunes, y los aparta todavía más de su posible conceptualización como delitos políticos, tal y como expresamente señala el art. 13.3 de la Constitución española y la legislación internacional y nacional actualmente vigente.

Desde entonces, la normativa antiterrorista contenida en el Libro II CP ha sido objeto de cuatro modificaciones: la primera, operada en virtud de la LO 7/2000, de 22 de diciembre, dirigida a reformar la regulación del denominado «terrorismo urbano» y la apología del terrorismo que hasta entonces gozaba de una nula virtualidad práctica por la configuración que el CP de 1995 dio a la apología como forma de provocación al delito en el art. 18 CP. La segunda, que supuso la introducción del art. 576 bis CP (que castigaba la conducta consistente en allegar fondos, bienes, subvenciones o ayudas públicas a asociaciones o partidos disueltos o suspendidos por su relación con delitos de la sección segunda del capítulo V del título XXII del CP), por la LO 20/2003, de 23 de diciembre, de efímera vigencia puesto que fue derogado por la Ley Orgánica 2/2005 de 22 de junio. La tercera, ya de mayor calado, operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, que en palabras de su Exposición de Motivos pretende «una profunda reordenación y clarificación del tratamiento penal de las conductas terroristas, incluyendo entre ellas la propia formación, integración o participación en organizaciones o grupos terroristas, al tiempo que se incorporan algunas novedades que dan cumplimiento a las obligaciones legislativas derivadas de la Decisión Marco 2008/919/JAI».

El tratamiento de estas organizaciones y grupos –continúa la citada Exposición de Motivos– se desplaza a un nuevo capítulo VII del Título XXII, [...] lo que permite constituir con aquel una sección primera dedicada a dichas organizaciones y grupos, para mantener en la segunda los actuales delitos de terrorismo. Así, se sitúan las organizaciones y grupos terroristas –por obvias razones de proximidad conceptual, en los términos y por las razones ya expuestas– a continuación de las organizaciones y grupos criminales, al tiempo que se unifica en un mismo capítulo del CP la reacción penal contra todas las manifestaciones de terrorismo».

La cuarta y última, operada de la mano del consenso de los dos principales partidos con mayor representación parlamentaria, a través de la LO 2/2015, de

30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo (BOE de 31 de marzo de 2015). Su Exposición de Motivos alude a que la motivación de la reforma tiene su origen en la Resolución 2178 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, aprobada el 24 de septiembre de 2014, que recoge la “la honda preocupación de la comunidad internacional por el recrudecimiento de la actividad terrorista y por la intensificación del llamamiento a cometer atentados en todas las regiones del mundo” (acerca del contenido y alcance de la Reforma vid., por todos, CANO PAÑOS). Pero, sin duda, el impulso final se produjo a raíz de los atentados acaecidos contra “Charlie Hebdo” en París el pasado 7 de enero, pues la iniciativa parlamentaria de la proposición de ley fue presentada el 3 de febrero de 2015 por los Grupos parlamentarios Popular, el Socialista y por tres diputados del Grupo Mixto (véase el BOCG de 4-2-2015). Lamentablemente, tal impulso legislativo ha visto refrendado su oportunidad a través de los atentados terroristas cometidos de nuevo en la ciudad parisina del pasado 13 de noviembre de 2015.

La LO 2/2015 cifra su objetivo en implantar nuevos instrumentos que permitan hacer frente a las amenazas provenientes del terrorismo yihadista (una versión actualizada sobre los fenómenos derivados de la sociedad del riesgo y la intervención penal puede verse en JIMÉNEZ DÍAZ, 2014). Pero, aunque algunos de ellos ya obtuvieron carta de legalidad en la Reforma de 2010 (así, la punición específica de la captación, el adoctrinamiento, el adiestramiento o la formación de terroristas), la Exposición de Motivos antes mencionada señala que el “terrorismo internacional de corte yihadista se caracteriza, precisamente, por haber incorporado esas nuevas formas de agresión, consistentes en nuevos instrumentos de captación, adiestramiento o adoctrinamiento en el odio, para emplearlos de manera cruel contra todos aquellos que, en su ideario extremista y violento, sean calificados como enemigos”. Continúa afirmando que esta clase de terrorismo “se caracteriza por su vocación de expansión internacional, a través de líderes carismáticos que difunden sus mensajes y consignas por medio de internet y, especialmente, mediante el uso de redes sociales, haciendo público un mensaje de extrema crueldad que pretende provocar terror en la población o en parte de ella y realizando un llamamiento a sus adeptos de todo el mundo para que cometan atentados”.

Asimismo, la LO 2/2015 también se preocupa de justificar un nuevo fenómeno que viene a criminalizarse con la Reforma, a saber, la técnica consistente en la captación y reclutamiento de personas para incorporarlas a movimientos terroristas situados fuera de nuestras fronteras: “No menos importante es el fenómeno de los combatientes terroristas desplazados que deciden unirse a las filas de las organizaciones terroristas internacionales o de sus filiales en alguno de los escenarios de conflicto bélico en que los yihadistas están participando, singularmente, Siria e Irak. Este fenómeno de los combatientes terroristas desplazados es, en este momento, una de las mayores amenazas a la seguridad de toda la comunidad internacional y de la Unión Europea en particular, toda vez que éstos se desplazan

para adiestrarse en el manejo de armas y explosivos, adquirir la capacitación necesaria y ponerse a las órdenes de los grupos terroristas”.

La respuesta punitiva del Estado español al fenómeno terrorista que podíamos denominar “clásico” (como ETA o los GRAPO), se ha centrado sobre todo en combatir hasta ahora “grupos terroristas cohesionados alrededor de uno o varios líderes, con estructura orgánica clara, reparto de roles dentro de la organización y relaciones de jerarquía definidas y asumidas por los integrantes del grupo terrorista”; hacer frente a la nueva estructura y dimensión del terrorismo yihadista, sin embargo, no puede conducir a “perder esa perspectiva de tipificación de las conductas articuladas en torno a organizaciones o grupos terroristas, pero es evidente que las nuevas amenazas exigen la actualización de la normativa para dar cabida al fenómeno del terrorismo individual y a las conductas que constituyen la principal preocupación de la comunidad internacional, en línea con la Resolución 2178 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas anteriormente citada”.

En conclusión, podemos decir que el objeto central de preocupación de la última reforma del CP en esta materia viene constituido por la radicalización, capacitación y adiestramiento de nuevos terroristas, el uso de Internet y las redes sociales para la expansión de los fines y actividades de los movimientos terroristas, los combatientes terroristas que se desplazan a otros territorios y escenarios bélicos para adherirse a la acción armada de aquéllos, así como el terrorismo individual y las fuentes de financiación (sobre todo ahora el blanqueo de capitales) de toda actividad terrorista.

II. EL DELITO DE ORGANIZACIÓN, DIRECCIÓN, PROMOCIÓN O PERTENENCIA A ORGANIZACIONES Y GRUPOS TERRORISTAS (ARTS. 571 Y 572 CP)

La LO 1/2015, de 30 de marzo, viene a materializar una reordenación sistemática del contenido de la Sección 1ª del Capítulo VII, redistribuyendo en los actuales arts. 571 y 572 CP el contenido del único artículo que hasta hora integraba dicha Sección (el anterior art. 571 CP). Pero la justificación político-criminal del contenido material de los dos nuevos preceptos sigue residiendo en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010: «En atención a la gravedad intrínseca de la actividad terrorista, considerada como la mayor amenaza para el Estado de Derecho, así como a la **peculiar forma de operar de determinados grupos o células terroristas de relativamente reciente desarrollo en el plano internacional**, cuyo grado de autonomía constituye precisamente un factor añadido de dificultad para su identificación y desarticulación, se opta –a diferencia del esquema adoptado en el capítulo anterior para las otras organizaciones y grupos criminales– por **equiparar plenamente el tratamiento punitivo de los grupos terroristas al de las organizaciones** propiamente dichas, manteniendo en este punto la misma respuesta penal que hasta ahora había venido dando la jurisprudencia».

La intención del legislador con la introducción de estos preceptos ha sido la de extender al ámbito de los delitos de terrorismo las definiciones de organización y grupo criminal que, respectivamente, se prevén en el art. 570 bis.1, párr. segundo, y en el art. 570 ter.1, párr. segundo, CP. De acuerdo con el primero de los preceptos, «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» (la Reforma de 2015 ha suprimido la alusión a “así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas”, en coherencia con la derogación del Libro III del CP); el segundo, construido ahora legalmente para asimilar el mismo tratamiento punitivo a formaciones de carácter más coyuntural y difuso, considera «**grupo criminal** 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» (aquí también ha suprimido la LO 2/2015 la referencia a las faltas). Si contrastamos ambas definiciones, se deduce sin lugar a dudas que las características que pueden faltar en el grupo criminal son: a) el carácter estable o indefinido y/o, b) el reparto de funciones entre sus miembros y activistas. Con esta regulación desapareció el concepto de «banda armada» que tenía reconocimiento legal hasta la entrada en vigor de la LO 5/2010.

Lógicamente, el legislador define también las especialidades de estas organizaciones y grupos (como género) en el ámbito de la delincuencia terrorista (como especie). De este modo, los caracteres que los definen son tanto de naturaleza objetiva, basada en **que tengan por objeto la perpetración de los delitos tipificados en la Sec. 2ª del Capítulo VII** (art. 571 CP en su nueva redacción); y el segundo, que se materializa en la presencia de un **elemento subjetivo del injusto**, definidor de los delitos de terrorismo, consistente en que tales grupos actúen con alguna de las finalidades señaladas en el art. 573.1 CP.

Aunque con una terminología diversa a los delitos de asociación ilícita (el art. 517 CP distingue entre fundadores, directores, presidentes y miembros activos; asimismo, el art. 518 CP sanciona de modo independiente a quienes cooperan puntualmente con la asociación sin pertenecer a ella), los apartados primero y segundo del nuevo art. 572 CP castigan, por un lado, a los promotores, fundadores, organizadores o directores de una organización o grupo terrorista, con pena de prisión de ocho a catorce años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de ocho a quince años. Y, por otro, a los miembros activos o simples integrantes de la organización o grupo, lógicamente con una pena menor, con la de prisión de seis a doce años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a catorce años. Sigue siendo deseable una unificación terminológica entre estos preceptos, pues en las asociaciones ilícitas no aparece la figura del «organizador» ni la del «promotor» y en los delitos de terrorismo no aparece en cambio la de «presidente» (en realidad, la descripción típica en el art. 572 CP se hace a través de verbos y no de sustantivos, pero desde luego los conceptos que subyacen son los expuestos). La distinción básica entre los sujetos activos

del apartado primero y el segundo radica, esencialmente, en que los primeros asumen o han asumido funciones caracterizadas por desempeñar responsabilidades de carácter directivo o primordial. Los segundos (miembros activos), en cambio, suelen desempeñar funciones operativas vinculadas más directamente a la perpetración material de atentados terroristas y delitos asociados a éstos. Cabe, no obstante, según el tenor literal de la Ley, responsabilizar también criminalmente a quienes sin ser militantes activos, están también integrados en la organización o grupo desempeñando tareas no operativas de importancia secundaria. Por último, la previsión de los «colaboradores» de las asociaciones ilícitas que realiza el art. 518 CP tiene su homólogo en el delito del art. 577 CP.

III. ANÁLISIS DE LAS DISTINTAS INFRACCIONES PENALES CONSIDERADAS COMO DELITOS DE TERRORISMO

1. Cuestiones previas

La Sec. 2ª del Capítulo VII procede a la tipificación de las diferentes infracciones propias de la criminalidad terrorista. Entendemos que la orientación de la Reforma de 2015 hacia los nuevos caracteres y perfiles del terrorismo yihadista, permite dar por superada la distinción entre aquellos delitos que se cometen formando parte de la asociación o grupo, o colaborando con una u otra, y aquellos otros que se perpetran por personas que no están integradas ni en la organización ni en el grupo, ni colaboran con aquélla o éste. Sin duda, como decía la Exposición de Motivos de la LO 2/2015, adquiere protagonismo la persecución del denominado “terrorismo individual” que hace de las finalidades terroristas señaladas en el art. 573.1 CP el principal (aunque no el único) eje vertebrador de los delitos de terrorismo. No obstante, y también en la línea marcada por la interpretación auténtica de la Ley, la normativa no abandona tampoco la articulación de algunas figuras delictivas en las que uno de los rasgos definidores de las mismas sea la no pertenencia a la organización o grupo terrorista (así, por ejemplo, el delito de colaboración del art. 577 CP).

Con la regulación vigente el legislador viene a acotar el tipo de delitos que considera terroristas, ya sea porque se cometen con las finalidades que ahora señalaremos (art. 573.1 y 2) o bien porque *ope legis* los considera como tales al integrarse formalmente en la regulación del Capítulo VII (art. 573.3 CP).

2. Finalidades terroristas

Tal y como reconoce en la propia Exposición de Motivos de la LO 2/2015, la descripción de los fines terroristas se inspira en la Decisión Marco de 13-6-2002 (2002/475/JAI), concretamente en su artículo primero, cuyo contenido se adapta a las finalidades que ya describía el legislador español antes de la Reforma. De

acuerdo con la nueva redacción del art. 573.1 CP, la Ley considera que estamos en presencia de un delito de terrorismo cuando se lleve a cabo con “cualquiera” de las siguientes finalidades:

“1.ª Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.

2.ª Alterar gravemente la paz pública.

3.ª Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional.

4.ª Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella”.

La nueva regulación ha ampliado las finalidades del anterior art. 571.3 CP (que eran sólo dos) y que aparecían vinculadas al concepto de organización o grupo terrorista. Y así, en la primera se añade ahora tanto la supresión o desestabilización grave del funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, como la que se podría llamar la coacción estatal (obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo). Desde luego entendemos que tal declaración legal es reiterativa, pues la primera puede quedar perfectamente enmarcada dentro de la finalidad de subvertir el orden constitucional y, la coacción estatal, dentro de la señalada por la 2ª del art. 573.1 CP (alterar gravemente la paz pública).

Por “subvertir” entiende el DRAE “trastornar o alterar algo, especialmente el orden establecido”, concepto que claramente abarca los casos de supresión o desestabilización de instituciones políticas o estructuras económicas o sociales del Estado ahora mencionados. Las “instituciones políticas” están relacionadas con la Corona y los tres poderes del Estado (Cortes Generales, Gobierno y Administración, Poder Judicial) y los principios rectores de la política social y económica se encuentran recogidos en la Constitución (Capítulo III del Título I) además de que ésta posee también un Título específico sobre Economía y Hacienda (el VII). Son claramente supuestos que en nuestra opinión quedan comprendidos por la subversión del orden constitucional.

Asimismo, la coacción a un poder público puede quedar también englobada por la alteración grave de la paz pública. En este sentido, traemos a colación la distinción que en su momento hizo, por ejemplo, la STS 8-11-1995 entre paz pública y orden público, siendo la primera más amplia que el segundo, y afirmando que “el orden público representa el funcionamiento regular de la convivencia, mientras la paz pública puede definirse como tranquilidad o sosiego, opuesto a las riñas y disensiones, pero no al desorden” (véase SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS). Sin duda que la coacción estatal afecta a la tranquilidad y sosiego de las actuaciones de los poderes públicos pues supone el intento de introducir el elemento de la violencia (directa o mediata) como condicionamiento del funcionamiento de tales poderes públicos.

Por los mismos motivos podemos considerar que es también reiterativa la finalidad cuarta, pues indudablemente la causación de terror en la población o en una parte de ella afecta a la paz pública alterando la “tranquilidad y sosiego” colectivo al que nos referíamos con anterioridad. Es evidente, pues, que la transposición automática del art. 1 de la Decisión Marco de 2002 tenía que haber pasado un filtro previo que mejorara la técnica legislativa de la norma estatal.

Novedosa es la introducción en nuestro CP como finalidad terrorista de la desestabilización grave del “funcionamiento de una organización internacional”, derivada también de la implementación de la normativa de la UE en nuestro país. Sin duda que si, dentro del Derecho Internacional Público, pueden ser sujetos del mismo tanto los Estados como las Organizaciones internacionales, el menoscabo grave de su funcionamiento puede y debe integrar la finalidad terrorista. Especialmente si, como reconoce la propia LO 2/2015, se trata de combatir el fenómeno terrorista internacional frente al cual también las Organizaciones internacionales desempeñan un rol esencial. Baste recordar las distintas resoluciones emanadas de la ONU o de la propia UE en esta materia.

3. Delitos informáticos cometidos con alguna de las finalidades terroristas del art. 573.1 CP

Posiblemente también por influencia de la Decisión Marco de 2002 (concretamente, la alusión en su art. 1.1.d) a “infraestructuras, incluidos los sistemas informáticos”), el legislador español hace una mención diferenciada de la consideración como delitos de terrorismo de los delitos informáticos, eso sí, siempre que sean cometidos con alguna de las finalidades que venimos comentando. Concretamente, señala el art. 573.2 CP que se “considerarán igualmente delitos de terrorismo los delitos informáticos tipificados en los artículos 197 bis y 197 ter y 264 a 264 quater cuando los hechos se cometan con alguna de las finalidades a las que se refiere el apartado anterior”.

Habría bastado con que nuestro Texto punitivo los hubiera incluido en la relación de infracciones del nuevo art 573 bis, apartado primero, CP, pero resulta evidente que el legislador se ha tomado especial empeño en destacar la posibilidad de que también los delitos informáticos más graves pueden ser considerados legalmente como delitos de terrorismo. Así pues, su mención diferenciada en la atribución de su naturaleza terrorista (art. 573.2 CP) y de su punición (art. 573 bis, apartado tercero, CP) ponen de relieve el interés del legislador en este sentido.

4. Los restantes delitos de terrorismo recogidos en el Capítulo VII

Llama la atención que el art. 573.3 CP concluya señalando que, asimismo, “tendrán la consideración de delitos de terrorismo el resto de los delitos tipificados en este Capítulo”. Entendemos que la razón de una cláusula de estas características obedece a dos razones: la primera, relacionada con el sistema cerrado de atribución del carácter de terrorista a las infracciones tipificadas únicamente

dentro de dicho Capítulo. El legislador destierra, por fin, la criticada fórmula de apertura al resto de infracciones penales de los delitos de terrorismo y que con anterioridad a la Reforma de 2015 se encontraba en el art. 574 CP. Y, la segunda, por el intento del legislador de no dejar la más mínima duda de que todos los delitos regulados en los arts. 571 a 580 CP gozan de la naturaleza legal de delitos de terrorismo, sobre todo a efectos de la determinación de la competencia de los Tribunales españoles en virtud del art. 23.4 LOPJ y el principio de justicia universal. Entendemos que, de este modo, el legislador español desautoriza explícitamente la polémica doctrina del TS recogida en el Auto del Tribunal Supremo de 23-5-2002, por el que se inadmitía una querrela interpuesta por el Ministerio Fiscal por apología del terrorismo cometida en Francia, con el argumento de que “las conductas denotadas como apología de terrorismo, con independencia de la ubicación que decida darles el legislador cuando opte por su incriminación no son delitos de terrorismo. Y esto, tanto en el plano conceptual y doctrinal, como también, claramente, en la vigente legislación española”.

Lo que de todos modos puede resultar siendo cuestionable es que se acuda a un criterio puramente formal y sistemático para otorgar la condición de terrorista al delito que se trate y que, naturalmente, debe estar recogido dentro del Capítulo dedicado a estas infracciones. Y ello porque el vigente art. 573.3 CP presupone, paradójicamente, que hay delitos de terrorismo sin finalidad terrorista y que no obstante son calificados como tales a través de una declaración legal imperativa.

5. Análisis particularizado de los delitos cometidos con finalidad terrorista

A) *Delitos contra la vida, salud o libertad de las personas*

El actual art. 573.1 CP señala, en una especie de catálogo cerrado, y siempre que se cometan con las finalidades anteriormente indicadas, que se “considerarán delitos de terrorismo la comisión de cualquier delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el presente Código, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías”.

De forma correlativa a esa enumeración, aunque con un orden distinto basado ahora en la gravedad de la pena, dispone el nuevo art. 573 bis, apartado primero, CP que tales delitos “serán castigados con las siguientes penas:

1.ª Con la de prisión por el tiempo máximo previsto en este Código si se causara la muerte de una persona”.

Al igual que su antecesor, el precepto únicamente habla de “la muerte de una persona”, así que abarca indistintamente el homicidio (¿también imprudente?)

o asesinato; el precepto no distingue, y aunque con anterioridad la amplitud del marco abstracto permitía adecuar la pena a la calificación jurídica de la muerte de la víctima, tal posibilidad no es ahora factible debido a que para la sanción la norma se remite al “tiempo máximo previsto en este Código”. La razón por la que el art. 573 bis, apartado primero, n° 1, no se refiere expresamente a la imposición de la pena de prisión permanente revisable (la más grave, prevista en el catálogo de penas del art. 33.2.a) CP) radica en que la Reforma era fruto del consenso de los dos Grupos Parlamentarios más representativos y uno de ellos (el Grupo Socialista) no compartía la necesidad de introducir en nuestro CP la cadena perpetua, circunstancia que ocurrió simultáneamente a través de la LO 1/2015 y no por medio de la LO 2/2015. El hecho de que la norma se remita a un tratamiento punitivo cerrado a la discrecionalidad judicial, esto es, sin límite mínimo ni máximo, dificulta como ya hemos anticipado la posibilidad de graduar la gravedad del injusto y la culpabilidad del autor a la extensión de la pena a imponer, que será siempre la misma.

2.ª Con la de prisión de veinte a veinticinco años cuando, en los casos de secuestro o detención ilegal, no se dé razón del paradero de la persona.

El texto se separa aquí del orden basado en la sistemática del Código y de la propia enumeración de bienes jurídicos afectados realizada en el art. 573.1 CP, para poner de relieve la extrema gravedad que imputa a este tipo de comportamientos que suponen un tratamiento cualificado del subtipo agravado contenido en el art. 166 CP.

3.ª Con la de prisión de quince a veinte años si se causara un aborto del artículo 144, se produjeran lesiones de las tipificadas en los artículos 149, 150, 157 o 158, el secuestro de una persona, o estragos o incendio de los previstos respectivamente en los artículos 346 y 351.

Varias son las apreciaciones que deben hacerse en torno a este precepto. Por lo pronto se equiparan punitivamente infracciones penales que poseen una gravedad muy distante: así, si comparamos la enorme distancia valorativa que puede existir entre los estragos o incendio con peligro para la vida de las personas (arts. 346.1 y 351.1 CP), las lesiones del art. 149 CP o el secuestro –art. 164 CP–, frente a las lesiones imprudentes al feto del art. 158 CP que pueden ser castigadas con una simple pena de multa fuera del contexto terrorista. Incoherente es, además, que se prevea este precepto únicamente para la causación de un aborto doloso (art. 144 CP) y en cambio en las lesiones al feto –menos graves que el aborto imprudente– sí se incluya la modalidad negligente. Tampoco en el secuestro se discrimina la gravedad de la pena en función de la duración del mismo (art. 164 en relación con los apartados 2 y 3 del art. 163 CP). Todas ellas serán cuestiones que los Tribunales deberán solucionar en la praxis con una adecuada aplicación del marco punitivo.

Con la Reforma de 2015 la producción de estragos o incendio ha dejado de tener una tipificación diferenciada (vid. la redacción del anterior art. 572.1 CP). Subsiste, sin embargo, la duda interpretativa sobre si este precepto es también aplica-

ble cuando no concurre peligro para la vida, salud o integridad de las personas (vid. arts. 346.2 y 351, párr. segundo, CP). En nuestra opinión, la aplicación del art. 573 bis, apartado primero, n° 3 CP, presupone la existencia de la creación de tal peligro (concreto, por lo demás) por varias razones: la primera, porque de no concurrir tanto la regulación de los estragos como la de los incendios califica en tales supuestos el hecho como simples daños y se remiten, a su vez, al art. 266 CP. La segunda, porque el n° 3 del art. 573 bis, apartado primero CP, no realiza distinción alguna y la pena en él prevista es lo suficientemente grave como para considerar que desvalora ya la creación de tal riesgo. En la nueva redacción ha desaparecido, sin embargo, la alusión a la cláusula concursal cuando la creación del peligro se materializa en una lesión para la vida, salud o integridad física de la persona, por lo que deja de ser un argumento favorable a la tesis de que para su aplicación los estragos o incendio deben haber determinado un peligro para la vida o integridad de las personas.

4.^a Con la de prisión de diez a quince años **si se causara cualquier otra lesión, o se detuviera ilegalmente, amenazara o coaccionara a una persona.**

El precepto tampoco condiciona la pena a la gravedad de la lesión –ej., delito menos grave o leve–; lo mismo sucede con la duración de la detención ilegal; no se tiene en cuenta la gravedad de la amenaza –mal con el que se amenaza o si es condicional– ni de la coacción). La norma es, también como su antecesora, excesivamente generalizadora y contraria a los principios de proporcionalidad y culpabilidad. No pueden castigarse lo mismo unas lesiones del art. 147.2 CP que unas detenciones ilegales que duran más de quince días, por poner dos ejemplos extremos que revelan la poca preocupación del legislador por adaptar la pena al injusto del hecho y a la culpabilidad del autor.

Las comúnmente denominadas **extorsiones a empresarios y profesionales** destinadas a allegar fondos a la organización terrorista constituyen en sentido técnico y jurídico-penal un supuesto de amenazas condicionales de un mal constitutivo de delito en las que se exige un precio (art. 169.1°, párr. segundo, CP). Tras la LO 2/2015 nos surge la duda de si se canalizan a través de este precepto o si gozan de una previsión específica en el nuevo art. 576.3 CP (“cometiendo extorsión”). La solución depende de si se interpreta el término extorsión en el sentido técnico del art. 243 CP (que es lo que parece técnicamente más apropiado) y permite tratar estas hipótesis con más severidad (la alternativa es la aplicación de la pena superior en grado a la prevista en el delito de amenazas condicionales de un mal constitutivo de delito). Si se trata de una ayuda económica voluntaria resultará de aplicación el art. 576.2 CP.

Nótese que los delitos relacionados hasta ahora están vinculados con la vida, salud, integridad y libertad las personas, por lo que el apartado segundo del art. 573 bis CP prevé una cualificación adicional, ordenando imponer la pena en su mitad superior, si se cometen contra alguna de las autoridades relacionadas en el art. 550.3 CP, o contra miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, de las Fuerzas Armadas o contra empleados públicos que presten sus servicios en instituciones penitenciarias.

B) Otros delitos cometidos con finalidad terrorista

El último número del art. 573 bis, apartado primero, CP, castiga asimismo con la pena prevista para el delito cometido en su mitad superior, pudiéndose llegar a la superior en grado, cuando se tratase de **cualquier otro de los delitos a que se refiere el apartado 1 del artículo anterior**.

Por exclusión, el precepto se refiere a cualquier delito del resto de los mencionados en el art. 573.1 CP, a saber, delitos sexuales, patrimoniales, contra los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico (excluidos los estragos del art. 346 CP), incendio (sin incluir el del art. 351 CP), contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el Código, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías previstos en leyes penales especiales. Se trata, por lo demás, de una especie de catálogo cerrado de delitos frente a la remisión a cualquier infracción penal con fines terroristas que realizaba el derogado art. 574 CP. La inclusión, debemos añadir, por el art. 573.1 CP del depósito de armas, municiones o explosivos, así como la tenencia de estos últimos, resulta errónea pues reciben un tratamiento específico más grave a través del art. 574.1 CP.

Al igual que en el art. 573.2 CP, el Texto punitivo dedica aquí también un apartado específico para los delitos informáticos cometidos con finalidad terrorista, al indicar que los mismos “se castigarán con la pena superior en grado a la respectivamente prevista en los correspondientes artículos”.

Por no romper con la sistemática del CP, pero advirtiendo que el mismo no los asocia explícitamente a su comisión con alguna de las finalidades terroristas expresadas legalmente, el cuarto y último apartado del art. 573 bis CP hace también mención a una punición agravada (con la pena superior en grado) de algunos delitos contra el orden público como son la **rebelión, la sedición y algunos supuestos cualificados de desórdenes públicos** (los del art. 557 bis CP). La especialidad, sin embargo, es que el Texto punitivo los considera sólo delitos de terrorismo si se cometen por una “organización o grupo terrorista o individualmente pero amparados en ellos”. Se trata, sobre todo en este último caso, del reducto de punibilidad que la LO 2/2015 ha reservado al denominado “terrorismo urbano” que hasta ahora era objeto de una punición específica en el anterior art. 577 CP. La aplicación del precepto ahora analizado presupone que es la propia organización o grupo quien promueve la rebelión, la sedición o los desórdenes públicos cualificados de forma colectiva, o bien se cometen “individualmente” por una sola persona pero al amparo de una u otro, lo que significa que también en este último caso debe acreditarse que los hechos se perpetran en su nombre o en defensa de sus objetivos y consignas. Lo que sí queda claro tras la Reforma de 2015 con los desórdenes públicos es que, fuera de los supuestos de desórdenes agravados del art. 557 bis CP, el resto han dejado de considerarse delitos de terrorismo. Y lo mismo sucede con los estragos, incendios (salvo los de los delitos de los arts. 346 y 351 CP) y daños que anteriormente se conceptualizaban dentro del citado terrorismo urbano y que eran objeto de tipificación específica en la redacción anterior del art. 577 CP anteriormente citado.

El legislador sí hace mención explícita de la persecución de las finalidades terroristas en el caso de los delitos tipificados en el art. 574 CP (véase el último inciso de su apartado primero). Y así, se castigan con la pena de prisión de ocho a quince años el “**depósito de armas o municiones, la tenencia o depósito de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o de sus componentes, así como su fabricación, tráfico, transporte o suministro de cualquier forma, y la mera colocación o empleo de tales sustancias o de los medios o artificios adecuados**”. Básicamente, este apartado primero del art. 574 CP se corresponde con la redacción del anterior art. 573 CP, sólo que ahora la Ley se limita a explicitar que deben cometerse con finalidad terrorista y en la redacción derogada vinculaba las conductas a su comisión por quienes pertenecían, actuaban al servicio o colaboraban con la organización o grupo terrorista. Una muestra más de que la nueva normativa centra su peso específico en los fines terroristas y desplaza la importancia del elemento objetivo estructural y organizativo de la criminalidad terrorista.

Las conductas castigadas en este artículo constituyen una modalidad agravada de otras infracciones que también aparecen recogidas dentro de los delitos contra el orden público. Particularmente, lo son del depósito de armas y municiones de los arts. 566 y 567 CP, así como de la tenencia o depósito de sustancias o aparatos explosivos, etc., del art. 568 CP. A diferencia de este último precepto, el art. 574 no discrimina entre promotores y organizadores por un lado, y quienes cooperan a su formación, por otro.

Entrando ya en el análisis de los comportamientos descritos por el art. 574.1 CP, éste encierra básicamente tres modalidades típicas: a) el depósito de armas o municiones y la tenencia o depósito de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes; b) su fabricación o tráfico; y c) el empleo de dichas sustancias o de los medios o artificios adecuados.

La aplicación de la última modalidad recogida en el precepto («colocación o empleo de tales sustancias o de los medios o artificios adecuados»), presupone que no se ha dado lugar a resultado lesivo alguno, puesto que en ese caso entrarían en juego alguno de los supuestos del art. 573 bis CP. A pesar de ello, no es descartable un concurso de normas con la tentativa (acabada o inacabada, según los casos) del delito o delitos que pretenden perpetrarse. Y es que puede resultar que la «**colocación**» de un artefacto explosivo que es detectado y desactivado a tiempo, puede constituir ya una forma imperfecta de ejecución. En coherencia con ello, si finalmente se causaran algunos de los resultados del art. 573 bis CP, al igual que el delito consumado absorbe a las formas imperfectas, el castigo en las hipótesis de «**colocación o empleo**» de las sustancias o artificios antes mencionados, quedaría consumido por la aplicación de los preceptos últimamente citados.

La Reforma introducida por la LO 2/2015 introduce también aquí importantes novedades. Nos referimos a la ampliación del objeto de las conductas descritas en el art. 574.1 CP a “**armas, sustancias o aparatos nucleares, radiológi-**

cos, químicos o biológicos, o cualesquiera otros de similar potencia destructiva”. Lógicamente, la pena es más grave por el peligro (abstracto, por lo demás) que comportan, de modo que la pena de prisión se eleva de diez a veinte años (art. 574.2 CP). De no concurrir en su perpetración la finalidad terrorista se aplica la modalidad atenuada prevista en el art. 566 CP. La misma pena de diez a veinte años de prisión impone el art. 574.3 CP a “quienes, con las mismas finalidades indicadas en el apartado 1, desarrollen armas químicas o biológicas, o se apoderen, posean, transporten, faciliten a otros o **manipulen** materiales nucleares, elementos radioactivos o materiales o equipos productores de radiaciones ionizantes”.

En realidad, la mayoría de las conductas recogidas por el precepto recién reproducido vienen a ser reiterativas de las descritas en los apartados primero y segundo del art. 574 CP. Y ello porque el número segundo ya había ampliado el objeto material del primero, así que ya era punible la tenencia, el depósito, la fabricación, el tráfico, el transporte o el suministro de cualquier forma de armas, sustancias o aparatos nucleares, radiológicos, químicos o biológicos, o cualesquiera otros de similar potencia destructiva. Su “desarrollo” queda englobado en la “fabricación”, su “apoderamiento” y “posesión” está comprendido por su “tenencia”, y su “transporte” o “facilitación” lo está por su “tráfico, transporte (*sic*) o suministro de cualquier forma”. Sí resulta en cambio novedosa la introducción de su manipulación, por lo que al menos esta alternativa de conducta aporta un contenido autónomo y propio al art. 574.3 CP.

6. Delitos de terrorismo de carácter instrumental

A) *Consideraciones previas*

Bajo el presente epígrafe abordaremos el análisis de algunos de las figuras que claramente se arbitran como medio o instrumento para cometer o favorecer los delitos que se cometen con finalidad terrorista, fundamentalmente los descritos en los dos primeros apartados del art. 573 CP. A esta serie de delitos es a los que, precisamente, parece referirse el último apartado de dicho artículo cuando considera también delitos de terrorismo los tipificados en el Capítulo VII. Se trata de infracciones que por lo general no tienen correspondencia con otras tipificadas en el Libro II del Código y que poseen un injusto autónomo derivado de la propia lógica del funcionamiento de la criminalidad terrorista. En estas infracciones la finalidad terrorista está, pues, mediatizada por su condición instrumental o de favorecimiento de un comportamiento ajeno al que sirven.

B) *El delito de colaboración con organización, grupo o elemento terrorista (art. 577.1 CP)*

En la criminalización de los delitos de terrorismo el legislador decidió dar autonomía propia a comportamientos que, al menos en parte, vendrían a ser con-

ductas preparatorias o de autoría y participación en los concretos delitos cometidos por los grupos u organizaciones terroristas (un estudio integral del delito de colaboración terrorista puede verse en APARICIO DÍAZ). Precisamente por ello, el art. 577.1, párr. tercero *in fine*, CP señala que si «se produjera la lesión de cualquiera de estos bienes jurídicos se castigará el hecho como **coautoría o complicidad**, según los casos». Con posterioridad volveremos sobre esta última cuestión.

El art. 577.1 CP realiza, en primer lugar, una declaración general de punibilidad de «cualquier acto de colaboración con las actividades o finalidades de una organización, grupo o elemento terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo», castigando tales actos con las penas de «prisión de cinco a diez años y multa de dieciocho a veinticuatro meses». A continuación, el legislador procede en el párrafo segundo de dicho primer apartado a una relación puramente ejemplificativa y no cerrada de lo que debe entenderse por actos de colaboración: “En particular 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 o ayuda a las actividades de las organizaciones o grupos terroristas, grupos o personas a que se refiere el párrafo anterior”.

La principales novedades introducidas por la LO 2/2015 consisten, por una parte y en coherencia con la expresa incorporación de los delitos informáticos con fines terroristas del art. 573.2 CP, en la incorporación como modalidad de colaboración de la prestación de servicios tecnológicos resaltada en la reproducción del precepto. A la vista de la complejidad técnica que pueden tener algunas de las conductas descritas en los arts. 197 bis, 197 ter y 264 a 264 quater CP, resulta acertada su inclusión en la descripción ejemplificadora de lo que puede entenderse como acto de colaboración. Por otra parte, la Reforma ha extraído del precepto los actos de colaboración de naturaleza económica, pues como veremos con posterioridad los mismos son ya objeto de tratamiento específico con la nueva redacción del art. 576.1 CP.

No debe olvidarse que la voluntad del legislador es dar cabida en el art. 577.1 CP a todo acto de colaboración, algo que realiza de forma enfática puesto que no sólo recoge la expresión «cualquier acto», sino que en el párrafo segundo, recién reproducido, alude a «cualquier otra forma equivalente de cooperación o ayuda». Esta cuestión fue, por cierto, uno de los aspectos nucleares debatidos en la STS 29 de noviembre de 1997 en la que se condenó a la totalidad de los miembros de la Mesa Nacional de Herri Batasuna, por el hecho consistente en tomar el acuerdo de ceder los espacios electorales gratuitos de televisión a los que dicha formación tenía derecho como partido político, para la difusión de un video de la banda terrorista ETA (vid. BARQUÍN SANZ - CANO PAÑOS). La condena fue recurrida ante el TC y éste estimó el recurso de amparo interpuesto frente a la condena por un delito de colaboración terrorista, por entender que la pena prevista por este delito era desproporcionada (vid. la STC 20 de julio de 1999; el legislador, sin

embargo, ha decidido hasta el momento no variar la penalidad para esta categoría delictiva), pero considera que la condena del TS no vulneraba el principio de legalidad por aplicación analógica de la norma en contra del reo (los recurrentes sostenían que el acto sancionado no era una «forma equivalente de cooperación» a los actos descritos en la Ley).

Se trata de un delito de mera actividad y de peligro abstracto, por lo que debe exigirse una **idoneidad o eficacia potencial de los actos de favorecimiento**, pues de lo contrario desaparecería en este delito cualquier referencia al desvalor del resultado; pero, además, queda generalmente excluida la apreciación de las formas imperfectas de ejecución y las formas de participación en los comportamientos de mera colaboración que no se materializan en la ejecución concreta de un delito.

El art. 577.1 CP se caracteriza por suponer en parte una derogación del principio de accesoriedad limitada, y eleva a rango de autoría comportamientos que, de otro modo, serían calificables como actos de preparación impunes o de participación accesoría en el hecho del autor. Así, tal y como hemos señalado ya en otro lugar (OLMEDO CARDENETE: 1999), la conducta típica de «recabar» que otro lleve a cabo uno de los actos de colaboración que se mencionan en el art. 577.1, párrafo segundo, puede constituir perfectamente una hipótesis de inducción elevada a una modalidad de autoría. Precisamente por esta circunstancia, el último párr. del art. 577.1 previene *in fine* que si «llegara a ejecutarse el riesgo prevenido, se castigará el hecho como **coautoría o complicidad**». Naturalmente que cuando el texto habla aquí de «**coautoría**» no lo está haciendo en el sentido estricto del término, esto es, como realización «conjunta» del art. 28 párr. primero, CP, puesto que en tal caso la puesta en práctica de una conducta ejecutiva del delito de que se trate, absorbería la mera colaboración sancionada por el art. 577.1 CP. Por tanto, está haciendo referencia, básicamente y por la naturaleza de los actos de colaboración que describe, a las hipótesis de cooperación necesaria (aunque, por ejemplo, la «ocultación» de personas podría absorber un delito de encubrimiento; vid. el art. 451.3.a CP que alude expresamente al terrorismo como hipótesis de encubrimiento personal como un caso de auténtica duplicidad normativa a resolver por aplicación el precepto que castiga más gravemente los hechos –art. 8.4ª CP–). Esta forma intervención, de acuerdo con el art. 28 párr. segundo letra b), sólo «es considerada» autoría a efectos de punibilidad.

Pero el tercer párrafo del art. 577.1 CP no sólo prevé la materialización del resultado lesivo sino que también, en un estadio previo, ordena la imposición de la pena en su mitad superior “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”. Naturalmente, como consecuencia lógica del aspecto cuantitativo del principio de accesoriedad limitada, el peligro no puede derivar del comienzo de la ejecución del delito para el que los actos de colaboración estaban previstos, pues en ese caso entraría en juego su responsabilidad como partícipe (inductor, cooperador necesario o simple cómplice).

No queremos terminar este epígrafe sin dejar de llamar la atención sobre dos cuestiones: la primera se refiere al hecho de que en este delito se rompe con la alusión a los agentes terroristas tradicionalmente centrados en organizaciones y grupos, para añadir la tipificación de colaboración con “**elementos terroristas**” en clara alusión al fenómeno del terrorismo individual (también se alude a ellos últimos en el art. 579 bis, apartado tercero, CP).

La segunda, de mayor calado dogmático, que la LO 2/2015 introduce por primera vez en el marco del delito de colaboración que tratamos la posibilidad de su **comisión imprudente**. Y así, de acuerdo con lo señalado por el art. 577.3 CP, si “la colaboración con las actividades o las finalidades de una organización o grupo terrorista, o en la comisión de cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo, se hubiera producido por imprudencia grave se impondrá la pena de prisión de seis a dieciocho meses y multa de seis a doce meses”.

C) *El delito de colaboración económica o financiación del terrorismo, y blanqueo de capitales con fines terroristas*

Con una regulación integradora, aunque a nuestro entender algo confusa, el nuevo art. 576.1 CP tipifica la contribución económica y actos de blanqueo de capitales que tengan por objeto la financiación de actividades terroristas. En este sentido, debemos desgajar del resto la conducta descrita en dicho precepto y consistente en “**recabar**” por cualquier medio ya sea directa o indirectamente, bienes o valores de cualquier clase “bienes o valores de cualquier clase con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo”.

Junto a tal comportamiento, el legislador integra en el mismo precepto otras conductas que, indudablemente, están extraídas del delito de blanqueo de capitales tipificado en el art. 301 CP. Y así, será igualmente castigado quien –nuevamente, por cualquier medio y ya sea directa o indirectamente– “adquiera, posea, utilice, convierta, transmita o realice cualquier otra actividad con bienes o valores de cualquier clase con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo”.

Tal y como está articulada la conducta no siempre estaremos en presencia, técnicamente, de un blanqueo de capitales en sentido propio. Es cierto que, tal y como establece el art. 576.3 CP, el origen de los bienes o valores puede tener origen en una actividad delictiva “atentando contra el patrimonio, cometiendo extorsión, falsedad documental o mediante la comisión de cualquier otro delito”. Pero siguiendo la estructura del tipo penal del art. 576.1 CP no siempre tiene por qué ser así. El delito puede también cometerse si, habiendo adquirido u obtenido lícitamente los fondos, bienes o valores, éstos se utilizan, se convierten o se transmiten para la financiación de actividades terroristas.

En lo que respecta a la interpretación del alcance y significado de las conductas consistente en la adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión de bienes o valores, nos remitimos a lo dicho precisamente en esta misma obra en relación con el capítulo relativo al blanqueo de capitales (véase, el epígrafe III.2). No obstante, aquí se deben añadir dos apreciaciones. La primera, consistente en que el legislador es mucho más laxo en la descripción de las conductas dado que, con su ya clásica dejación en esta materia del mandato de taxatividad derivado del principio de legalidad, todas ellas pueden cometerse “directa o indirectamente” y “por cualquier medio”. Y, la segunda, que en la regulación del art. 576.1 se omite a la otra modalidad de blanqueo prevista en el art. 301.2 CP, a saber, “la ocultación o encubrimiento de la naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes” que, en este caso, van a ser utilizados con fines terroristas. Seguramente, tales hipótesis podrán ser reconducibles por la cláusula que de forma vaga e indeterminada añade el art. 576.1 CP: “o realice cualquier otra actividad”.

Al igual que las conductas descritas en el art. 301.1 CP, aquí también nos encontramos en presencia de un delito de mera actividad. Por ese motivo, el art. 576.2 CP cualifica la infracción imponiendo la pena en grado superior si los bienes o valores se llegan a poner efectivamente a disposición del responsable del delito de terrorismo, circunstancia ésta que perfectamente puede configurarse como el posible resultado material de la conducta. En cualquier caso, la punición autónoma de la conducta desaparece si, como señala el art. 576.2 *in fine* CP, si “llegaran a ser empleados para la ejecución de actos terroristas concretos, el hecho se castigará como coautoría o complicidad, según los casos”. Al igual con el art. 577.1 CP, el precepto habla de coautoría en sentido amplio, abarcando las formas de participación equiparadas a la autoría a efectos de punibilidad.

Como señalamos con anterioridad, algunas de las conductas tipificadas en el art. 576.1 CP pueden tener su origen en la comisión de un delito previo del que procedan los bienes o valores, o bien haber coadyuvado a su obtención. En tal caso, el legislador prevé el castigo autónomo de los delitos previos y coadyuvantes a la financiación de actividades terroristas, estableciendo la viabilidad de un concurso real de delitos al disponer que en “el caso de que la conducta a que se refiere el apartado 1 se hubiera llevado a cabo atentando contra el patrimonio, cometiendo extorsión, falsedad documental o mediante la comisión de cualquier otro delito, éstos se castigarán con la pena superior en grado a la que les corresponda, sin perjuicio de imponer además la que proceda conforme a los apartados anteriores”.

Al respecto pueden realizarse varias apreciaciones. La primera es que la referencia al “atentado contra el patrimonio” debe entenderse en el sentido de ser necesariamente constitutivo de infracción penal y constituir formalmente un delito contra el patrimonio tipificado en el Título XIII (y excluidos los delitos socioeconómicos por interpretación taxativa del art. 576.3 CP). La segunda, como ya concluimos con anterioridad, que el concepto de extorsión debe ser interpretado técnicamente en el sentido del art. 243 CP. La tercera, que la alusión a la falsedad

documental comprende a todos los delitos tipificados en los arts. 390 y ss. CP. Y, la última, que la expresión “mediante la comisión de cualquier otro delito” debe suponer necesariamente que éste último adquiriera una dimensión instrumental necesaria para la obtención de los fondos o bienes destinados a la financiación del terrorismo.

Con origen en la Reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, el apartado cuarto del art. 576 añade la previsión de un tipo imprudente basado en el quebrantamiento de los deberes propios de la prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. Y así, señala que quien «estando específicamente sujeto por la Ley a colaborar con la autoridad en la prevención de las actividades de financiación del terrorismo dé lugar, por imprudencia grave en el cumplimiento de dichas obligaciones, a que no sea detectada o impedida cualquiera de las conductas descritas en el apartado primero de este artículo, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a la prevista en él».

En este punto deberá tenerse en cuenta la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, así como los distintos Convenios internacionales suscritos por España en esta materia.

La regulación penal destinada a la criminalización de la financiación del terrorismo finaliza con una previsión acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la cooperación económica de organizaciones o grupos terroristas o de sus actividades.

De acuerdo con el sistema de *numerus clausus* establecido para la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el legislador decidió incluir a la financiación del terrorismo como otro de los ámbitos en el que exigir responsabilidad criminal a los entes corporativos privados. Y así, de acuerdo con el apartado cuarto del art. 576 CP, cuando «de acuerdo con lo establecido en el art. 31 bis, una persona jurídica sea responsable de los delitos tipificados en este artículo, se le impondrán las siguientes penas:

- a) Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.
- b) Multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad no incluida en la letra anterior.

Concluye el precepto indicando que, atendidas «las reglas establecidas en el art. 66 bis, los Jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del art. 33». Esta última remisión supone que se le pueden aplicar otras penas graves: (b) Disolución de la persona jurídica; (c) suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años; (d) clausura de sus 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 e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años; (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.

Respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito del terrorismo, llama la atención el clamoroso olvido (renovado, tras la LO 2/2015) del legislador de limitarla a los casos de financiación, y no extenderla también a los supuestos en los que las sociedades o entidades de que se trate se integran en todo un entramado ideado por la propia organización terrorista para la consecución de los fines y objetivos que ésta persigue.

7. Delitos vinculados con la captación, adoctrinamiento, capacitación y adiestramiento de terroristas

A) Reflexión previa

Los delitos que estudiaremos a continuación se caracterizan por ser un grupo de comportamientos que siguen la lógica terrorista de todo movimiento u organización, esto es, la búsqueda de nuevas personas que se integren en la organización o grupo o hagan suyos el ideario y objetivos de las acciones terroristas que se promueven. Desde la Reforma de 2010, el Derecho Penal español interviene ya en una fase muy temprana, esto es, aquélla en la que se desarrolla toda una actividad ideológica destinada a radicalizar a los destinatarios de aquélla, para integrarlos en la estructura de la organización o grupo o para que compartan las creencias y doctrinas que sustentan el movimiento terrorista. En un momento posterior, una vez producido el adoctrinamiento y la captación de nuevas voluntades, la rama punitiva interviene también en el proceso formativo ulterior, caracterizado por la capacitación de los nuevos miembros a través de su adiestramiento en las técnicas operativas de las acciones terroristas.

B) Conductas destinadas a captar, adoctrinar y adiestrar a nuevos terroristas como delito de colaboración terrorista

De la mano del Derecho comunitario el legislador ha arbitrado estas conductas sistemáticamente en el marco de los delitos de colaboración con organizaciones, grupos o elementos criminales tipificados en el art. 577 CP. En nuestra opinión, tal catalogación no tiene por qué ser siempre adecuada pues no resulta descartable que también la desarrollen personas integradas en la organización, grupo o movimiento terrorista.

En cualquier caso, y con origen ya en la Reforma de 2010, dispone el art. 577.2 CP en su vigente redacción que las penas de dicho delito “se impondrán a quienes lleven a cabo cualquier actividad de captación, adoctrinamiento o adiestramiento, que esté dirigida o que, por su contenido, resulte idónea para incitar a incorporarse a una organización o grupo terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo”. En palabras de la propia Exposición de Motivos de la LO 5/2010, su incorporación obedece a la necesidad de transponer en este punto la Decisión Marco 2008/919/JAI: se «amplía –señala la norma supranacional– el concepto de colaboración con organización o grupo terrorista, asimilándoles conductas que hasta el presente han planteado algunas dificultades de encaje legal: así se ofrece la oportuna respuesta punitiva a la actuación de los grupos o células –e incluso de las conductas individuales– que tienen por objeto **la captación, el adoctrinamiento, el adiestramiento o la formación de terroristas**». El precepto describe un elemento finalístico claro: tales labores de instrucción deben ir dirigidas bien al reclutamiento de nuevos activistas para la organización o el grupo, o bien a la perpetración de actos o atentados terroristas.

El contenido y naturaleza del adiestramiento condiciona el tratamiento punitivo del mismo. Si se hace con carácter general, esto es, no orientado a la comisión concreta de ningún delito terrorista, adquiere un injusto y sustantividad propia. En cambio, si se orienta a la comisión concreta de uno o varios atentados terroristas –piénsese en las labores de adiestramiento que durante mucho tiempo recibieron los autores de los atentados del 11-S– entonces su capacitación y adiestramiento quedarían absorbidos por la autoría o participación en los mismos, a no ser que se demuestre que tales de funciones instrucción han recaído también sobre personas distintas a las implicadas en la perpetración del acto terrorista de que se trate.

Un problema a resolver es, todavía, si la figura delictiva abarca también los actos de pura radicalización ideológica, como paso previo al salto a la acción violenta o integración en la organización correspondiente. Desde luego que el nuevo precepto habla también de «adoctrinamiento», pero entendemos que para ser punible –con independencia de la viabilidad de una provocación sancionable por vía del art. 510.1.a) CP– requerirá la acreditación de su vinculación directa con la organización o el grupo y sus fines.

Estamos ante un **delito de mera actividad y de peligro abstracto**, que se sanciona en cuanto constituye un auxilio o una preparación de otro comportamiento; en definitiva, se amplía el ámbito de lo punible a conductas alejadas de la lesión material del objeto de protección y que ni siquiera requieren el desarrollo de un peligro concreto. Precisamente, como ya hemos anticipado, **el injusto autónomo de esta figura delictiva radica en que criminaliza también actos que no aparecen vinculados con la comisión concreta de hechos delictivos suficientemente determinados**, por lo que su desvalor radica en que contribuyen al mantenimiento de la operatividad y efectividad de la organización o grupo para el diseño y ejecución de los atentados terroristas que se proponga en su estrategia de actuación.

Introducido por la LO 2/2015, aunque innecesario a nuestro juicio por quedar integradas las conductas que describe dentro del tipo penal que comentamos, el art. 577.2, párr. segundo, CP, dispone que se impondrán asimismo “estas penas a los que faciliten **adiestramiento o instrucción sobre la fabricación o uso de explosivos, armas de fuego u otras armas o sustancias nocivas o peligrosas, o sobre métodos o técnicas especialmente adecuados para la comisión de alguno de los delitos del artículo 573**, con la intención o conocimiento de que van a ser utilizados para ello”. Es evidente que el “adiestramiento” para “cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo” abarcaba ya tales hipótesis, por lo que el nuevo precepto resulta reiterativo.

Producto de la Reforma de 2015 es también la previsión de los distintos subtipos agravados recogidos en el párrafo tercero del art. 577.2 CP: las “penas se impondrán en su mitad superior, pudiéndose llegar a la superior en grado, cuando los actos previstos en este apartado se hubieran dirigido a **menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección o a mujeres víctimas de trata** con el fin de convertirlas en cónyuges, compañeras o esclavas sexuales de los autores del delito, sin perjuicio de imponer las que además procedan por los delitos contra la libertad sexual cometidos”.

C) *La recepción del adiestramiento, capacitación o la autocapacitación como nuevos delitos de terrorismo (art. 575.1 y 2 CP)*

La LO 2/2015 ha ido un paso más allá de su antecesora en esta materia, criminalizando no sólo a quienes realizan las tareas de captación, adoctrinamiento, capacitación y entrenamiento, sino también a quienes reciben y son destinatarios de tales labores de proselitismo y formación, o a quienes buscan por sí mismos su capacitación. Aunque habría sido deseable una regulación unitaria con las actividades estudiadas en el anterior epígrafe, el legislador las sitúa sistemáticamente en otro precepto y no las conceptúa, al menos formalmente, como delitos de colaboración. Y así, señala el art. 575.1 CP que será “castigado con la pena de prisión de dos a cinco años quien, con la finalidad de capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en este Capítulo, **reciba adoctrinamiento o adiestramiento militar o de combate, o en técnicas de desarrollo de armas químicas o biológicas, de elaboración o preparación de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o específicamente destinados a facilitar la comisión de alguna de tales infracciones**”.

Sensible a las nuevas formas de terrorismo, en las que por lo general no existe una red internacional de miembros encargados de adoctrinar, capacitar y adiestrar a nuevos adeptos, el art. 575. 2 CP prescribe que con “la misma pena se castigará a quien, **con la misma finalidad de capacitarse para cometer alguno de los delitos tipificados en este Capítulo, lleve a cabo por sí mismo cualquiera de las actividades previstas en el apartado anterior**”.

El legislador suministra aquí dos interpretaciones auténticas de la conducta que pretende criminalizar. Y así, señala el art. 575.2, párrafo segundo, CP, que

se “entenderá que comete este delito quien, con tal finalidad, **acceda de manera habitual** a uno o varios servicios de comunicación accesibles al público en línea o contenidos accesibles a través de internet o de un servicio de comunicaciones electrónicas **cuyos contenidos estén dirigidos o resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines**”. Para que no exista duda acerca de la **competencia de los Tribunales españoles**, añade dicho precepto que los “hechos se entenderán cometidos en España cuando se acceda a los contenidos desde el territorio español”. De modo que es irrelevante dónde se encuentre el servidor en el que se encuentra alojada la información o web que se visita virtualmente.

La segunda interpretación auténtica que suministra la nueva regulación introducida por la Reforma de 2015, pretende asimismo no dejar fuera los casos en los que la propaganda terrorista tenga **soporte documental y no virtual**. De este modo, añade el último párrafo del art. 575.2 CP que, asimismo “se entenderá que comete este delito quien, con la misma finalidad, adquiera o tenga en su poder documentos que estén dirigidos o, por su contenido, resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines”.

D) El traslado o establecimiento en territorio extranjero con fines terroristas (art. 575.3 CP)

Otro de los fenómenos a los que se ha decidido hacer frente en el ámbito del terrorismo internacional, es al alistamiento y reclutamiento de miembros que viajan o se asientan en otros países con fines terroristas. Anticipado por la propia Exposición de Motivos de la LO 2/2015, dispone el art. 575.3 CP que la “misma pena se impondrá a quien, para ese mismo fin, o para colaborar con una organización o grupo terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo, se traslade o establezca en un territorio extranjero controlado por un grupo u organización terrorista”. Esta previsión es desde luego coherente con la concepción del terrorismo como un crimen internacional. Técnicamente, viene a articularse parcialmente como una suerte de tentativa del art. 572.2 CP. La finalidad puede ser la de recibir en su destino el adiestramiento y la capacitación correspondiente, o bien para integrarse sin más en la organización, grupo o movimiento de que se trate. Estimamos que, como mínimo, habrá de acreditarse al menos su adoctrinamiento para acreditar el objetivo de su traslado o establecimiento.

8. La apología del terrorismo y la realización de actos destinados a humillar a las víctimas de estos delitos (art. 578 CP)

Tal y como se ha puesto de manifiesto (vid. la severa crítica realizada en este punto por BARQUÍN SANZ-OLMEDO CARDENETE), la definición genérica de la apología del terrorismo contenida en el art. 18 CP es puramente formal, y no

dota a esta forma de comportamiento de contenido sustancial propio al asimilarla a una forma de provocación directa. Esto supuso que, tras la entrada en vigor del CP de 1995, no hubiera sentencias condenatorias por apología del terrorismo y hubiera que esperar hasta la operatividad de la Reforma introducida por la LO 7/2000, de 22 de diciembre, para que el art. 578 CP cobrara virtualidad práctica. Recurrimos aquí al esclarecedor preámbulo de dicha Ley: «Las acciones que aquí se penalizan, con independencia de lo dispuesto en el art. 18 del propio Código, constituyen no sólo un refuerzo y apoyo a actuaciones criminales muy graves y a la sostenibilidad y perdurabilidad de las mismas, sino también otra manifestación muy notoria de como por vías diversas generará el terror colectivo para hacer avanzar los fines terroristas. No se trata, con toda evidencia, de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, por más que éstas se alejen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional, ni, menos aun, de prohibir la expresión de opiniones subjetivas sobre acontecimientos históricos o de actualidad. Por el contrario, se trata de algo tan sencillo como perseguir la exaltación de los métodos terroristas, radicalmente ilegítimos desde cualquier perspectiva constitucional, o de los autores de estos delitos así como las conductas especialmente perversas de quienes calumnias o humillan a las víctimas al tiempo que incrementan el horror de sus familiares. Actos todos ellos que producen perplejidad e indignación en la sociedad y que merecen un claro reproche penal».

De este modo, señala el art. 578.1 CP, el «enaltecimiento o la justificación públicos los delitos comprendidos en los arts. 572 a 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, se castigará con la pena de prisión de uno a tres años. El Juez también podrá acordar en la sentencia, durante el período de tiempo que el mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el art. 57».

La apología es siempre de naturaleza pública y dirigida a destinatarios no individualizables (abarca, pues, la realizada por cualquier medio: radio, televisión, Internet o la que se lleva a cabo ante una concurrencia de personas); la «participación en la ejecución» debe entenderse en un sentido amplio, no sólo a los autores materiales, sino a todos los responsables de los delitos terroristas (autores y partícipes) (más detalladamente en BARQUÍN SANZ-OLMEDO CARDENETE). La Reforma de 2000 aprovechó también para ampliar la conducta a la realización de actos que comporten el descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos de terrorismo o de sus familiares. Básicamente habrá que entender comprendidos actos que consistan en injuriarles (art. 208 CP), aunque lógicamente no se descarta el hecho de proferir calumnias (art. 205 CP) o, incluso, conductas que menoscaben gravemente su integridad moral (art. 173.1 CP).

La Reforma de 2015 ha introducido también aquí algunas novedades. La primera, resaltada ya, ha consistido en el endurecimiento punitivo del (ahora) tipo básico del art. 578.1 CP, elevando el límite máximo de la pena de prisión a los tres años (antes se situaba en dos). La segunda, es la adición de un primer subtipo agravado consistente en cualificar la pena en su mitad superior si la apología o los

actos de humillación se han cometido recurriendo a las TIC'S, esto es, cuando “los hechos se hubieran llevado a cabo mediante la difusión de servicios o contenidos accesibles al público a través de **medios de comunicación, internet, o por medio de servicios de comunicaciones electrónicas o mediante el uso de tecnologías de la información**”. En estos casos, resulta de aplicación también el párrafo segundo del art. 578.4 CP, en cuya virtud “el Juez o tribunal podrá ordenar la **retirada de los contenidos o servicios ilícitos**. Subsidiariamente, podrá ordenar a los prestadores de servicios de alojamiento que retiren los contenidos ilícitos, a los motores de búsqueda que supriman los enlaces que apunten a ellos y a los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas que impidan el acceso a los contenidos o servicios ilícitos siempre que concurra alguno de los siguientes supuestos:

- a) Cuando la medida resulte proporcionada a la gravedad de los hechos y a la relevancia de la información y necesaria para evitar su difusión.
- b) Cuando se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a los que se refieren los apartados anteriores”.

Si el soporte es documental o se encuentra en cualquier tipo de archivo o medio informático, también se preceptúa que el “Juez o tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos o cualquier otro soporte por medio del que se hubiera cometido el delito. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación se acordará la retirada de los contenidos” (art. 578.4, primer párrafo, CP; aunque esta última previsión se nos muestra reiterativa a la vista de lo señalado por el párrafo segundo del mismo apartado anteriormente reproducido).

Todas estas medidas adicionales a la imposición de la pena de prisión y multa pueden acordarse también en la fase de instrucción del proceso penal como medidas cautelares (art. 578.5 CP).

Por último, en relación con el delito del art. 578.1 CP, la LO 2/2015 ha introducido otro subtipo cualificado en los casos en los que “los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para **alterar gravemente la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor a la sociedad o parte de ella**”; en tal caso se impondrá, con una previsión punitiva que se nos torna excesiva, “la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado”. Téngase en cuenta que con la elevación en el tipo básico del límite máximo de la pena de prisión hasta los tres años de prisión, el agravado puede según esta prescripción alcanzar los cuatro años y seis meses.

9. La distribución o difusión pública de mensajes o consignas provocadoras

Con origen en la LO 5/2010, la justificación de la criminalización de estas conductas se encuentra en el propio Derecho de la UE. En palabras de la Exposición de Motivos de dicha Ley, con motivo de la «la normativa armonizadora europea [se refiere a la Decisión Marco 2008/919/JAI], se recogen en el primer apartado

del art. 579 las conductas de distribución o difusión pública, por cualquier medio, de mensajes o consignas que, sin llegar necesariamente a constituir resoluciones manifestadas de delito (esto es, provocación, conspiración o proposición para la realización de una concreta acción criminal) se han acreditado como medios innegablemente aptos para ir generando el caldo de cultivo en el que, en un instante concreto, llegue a madurar la decisión ejecutiva de delinquir, si bien, tal y como exigen la Decisión Marco y el Convenio del Consejo de Europa sobre terrorismo, tales conductas deberán generar o incrementar un cierto riesgo de comisión de un delito de terrorismo».

Sin embargo, una cosa es la proclamación de lo que el legislador pretende y, otra muy distinta, cómo plasma su pretensión a través de la redacción del correspondiente tipo penal. A nuestro juicio, tal y como se redactó el precepto y cuya redacción se ha mantenido tras la LO 2/2015 en el art. 579.1 CP, no añade nada nuevo a la figura de la provocación que ya se encuentra prevista por el art. 579.3 en relación con el art. 18 CP. Veámoslo. Tal y como dispone el art. 579.1 CP, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a la prevista para el delito de que se trate, quien «por cualquier medio difunda públicamente mensajes o consignas que tengan como finalidad o que, por su contenido, sean idóneos para incitar a otros a la comisión de alguno de los delitos de este Capítulo». Contradiendo además la normativa comunitaria a la que aludía la Exposición de Motivos antes reproducida, la Reforma de 2015 ha suprimido la exigencia que se añadió para cumplir con el Derecho de la UE, esto es, que la difusión de tales mensajes o consignas genere o incremente el riesgo de su efectiva comisión.

La “nueva” conducta tipificada consiste, entonces, en la difusión o distribución pública (como la provocación, cfr. art. 18 CP) de mensajes o consignas destinados a «incitar a otros a la comisión de alguno de los delitos de este Capítulo». El único resquicio que podría encontrarse en el sentido de ampliar el ámbito de lo que ya era punible, es la incriminación de conductas consistentes en jalear, apoyar o reforzar, la comisión de delitos de terrorismo cuya provocación, en sentido técnico, ya ha realizado alguien. Se olvida, sin embargo, que el art. 170.2 CP castigaba ya a quienes «reclamen públicamente la comisión de acciones violentas por parte de organizaciones o grupos terroristas».

Técnicamente el panorama ya no puede ser más desolador, pues conviven conductas cuya delimitación entre sí es bastante ardua: a) provocación directa a los delitos de terrorismo; b) apología de los mismos; c) difusión de mensajes o consignas que no provocan sino que tan sólo refuerzan o alientan su comisión; d) reclamación pública de comisión de actos terroristas.

Parece, desde luego, un precepto redactado con la finalidad de castigar la promoción pública, especialmente a través de redes sociales, de delitos de desórdenes públicos. De ser así, el objetivo político-criminal debe ser el encausar a sus cabecillas y verdaderos provocadores y protagonistas de la convocatoria, pero no la de simples actos de reforzamiento o apoyo moral más o menos directo. Por lo demás, si es que efectivamente es éste el campo de juego que se da al precepto,

resulta más que cuestionable su incorporación desde la óptica del principio de intervención mínima y ofensividad, pues se trata a nuestro juicio de conductas muy alejadas de la lesión del bien jurídico (piénsese, por ejemplo, en que algunos delitos de terrorismo son ya manifestación de una intervención punitiva anticipada a actos de simple preparación material o de pre-estadios de la participación como el art. 577.1 CP).

El colmo de los despropósitos de la LO 2/2015 en esta materia es el nuevo art. 578.2 CP. Conforme a éste, la “misma pena se impondrá al que, públicamente o ante una concurrencia de personas, incite a otros a la comisión de alguno de los delitos de este Capítulo, así como a quien solicite a otra persona que los cometa”. Obvio es ya reiterar que la incitación pública o ante una concurrencia de personas es técnicamente la apología recogida en el apartado primero de ese mismo precepto, y que la solicitud dirigida a que sea otra persona la que cometa el delito no es sino la proposición recogida también ya en el número tercero del mismo artículo.

Dispone, en fin, el art. 578.4 CP, que para los casos de apología, humillación de las víctimas o sus familiares y difusión de consignas, “los Jueces o tribunales podrán adoptar las medidas establecidas en los apartados 4 y 5 del artículo anterior”.

IV. ASPECTOS COMUNES A LOS DELITOS DE TERRORISMO

1. Punibilidad de los actos preparatorios (art. 579.3 CP)

De acuerdo con el sistema de *numerus clausus* de los actos preparatorios punibles asumido por el Código de 1995 (arts. 17.2 y 18.1), el art. 579.3 CP declara que «los demás actos de provocación, la conspiración y la proposición para cometer alguno de los delitos regulados en este Capítulo, se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la que corresponda, respectivamente, a los hechos previstos en los artículos anteriores».

Sin embargo, a pesar del acierto en la incriminación de estas modalidades preparatorias, dada la gravedad y su usual vinculación con la delincuencia organizada, no compartimos el carácter indiscriminado de la remisión que realiza a todos los delitos comprendidos en el Capítulo VII. En este sentido, no consideramos aceptable que esta cláusula pueda ser aplicable al delito de colaboración del art. 577.1 CP, puesto que si por su lejanía al bien jurídico se constituye ya como un delito de peligro en abstracto, la sanción de sus actos preparatorios lo está todavía más si cabe, con lo que los estadios iniciales de la simple colaboración carecen de entidad suficiente para legitimar la intervención penal. Se vulnerarían así el principio de lesividad y de intervención mínima.

Lo mismo puede decirse con la conspiración, proposición y provocación a cometer el delito de apología del terrorismo o de humillación a las víctimas, pues

creemos que el simple concierto o la propuesta a otro u otros de realizar las conductas criminalizadas en ese precepto carecen de la gravedad suficiente como para declarar punibles los actos preparatorios vinculados con ellas.

2. Cuestiones vinculadas con la penalidad de estas figuras delictivas

A. *Inhabilitación absoluta y especial para los reos de terrorismo*

El apartado primero del art. 579 bis CP dispone, que el «responsable de los delitos previstos en este Capítulo, sin perjuicio de las penas que correspondan con arreglo a los artículos precedentes, será también castigado, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente, con las penas de **inhabilitación absoluta, inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en los ámbitos docente, deportivo y de tiempo libre**, por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia».

La inhabilitación absoluta es una pena grave, privativa de derechos, cuya duración oscila entre los seis y los veinte años (arts. 33.2.c), 39 a), 40.1, 41 CP). Su imposición produce «la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga el penado, aunque sean electivos»; asimismo, conlleva «la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos, y la de ser elegido para cargo público, durante el tiempo de la condena». Es una pena que, incluso, mira hacia el pasado pues conlleva no sólo la privación de los cargos o empleos públicos que se ostenten al tiempo de la firmeza de la sentencia condenatoria, sino también la de los «honores» y distinciones públicas y oficiales que hubiera obtenido. Y, naturalmente, mira también hacia el futuro, puesto que impide que el reo obtenga nuevos honores o distinciones públicas o pueda ser designado o elegido para empleo o cargo público.

En lo que respecta a la inhabilitación especial, añadida por la LO 2/2015, debe indicarse que se trata de una **pena privativa de derechos** (art. 39 b) CP) y que por la duración prevista para los delitos de terrorismo (de 6 a 20 años) es una pena grave (superior a 5 años de duración, según el art. 39 b CP), que según el art. 45 CP «priva al penado de la facultad de ejercerlos durante el tiempo de la condena».

B. *La imposición de la medida de libertad vigilada*

La LO 5/2010 incorporó la libertad vigilada al elenco de medidas de seguridad no privativas de libertad previstas en el CP (art. 96.3.3; ya existía, sin embargo, como medida en el art. 7.1.h) la LORPM) que se ejecuta con posterioridad al cumplimiento de la pena (dado que tiene por fundamento un pronóstico de peligrosidad y no se vincula directamente a la culpabilidad del reo) y de la que deben realizarse informes periódicamente por el Juez de Vigilancia Penitenciaria

(al menos, una vez al año, según preceptúa el art. 98.1 CP). Su vigencia supone la posibilidad de imponer alguna o algunas de las obligaciones o prohibiciones contenidas en el art. 106. 1 CP, cuyo incumplimiento puede generar responsabilidad por un delito de quebrantamiento de condena (art. 106.4 CP).

Pues bien, el legislador introdujo esta polémica medida (hasta ahora las medidas de seguridad únicamente aparecían vinculadas a casos de inimputabilidad o semiimputabilidad –vid. arts. 101-104 CP–, pero no a supuestos en los que se declaraba la plena responsabilidad criminal por el hecho cometido) también en el ámbito de la criminalidad terrorista, ante la eventual peligrosidad que algunos de estos delincuentes han demostrado poseer tras el cumplimiento de sus penas de prisión. Y así, establece la redacción –levemente retocada por la LO 2/2015– del nuevo art. 579 bis, apartado tercero, CP, que al «condenado a pena grave privativa de libertad por uno o más delitos comprendidos en este Capítulo se les impondrá además la medida de libertad vigilada de cinco a diez años, y de uno a cinco años si la pena privativa de libertad fuera menos grave. No obstante lo anterior, cuando se trate de un solo delito que no sea grave y su autor hubiere delinquirido por primera vez, el Tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada en atención a su menor peligrosidad».

C. *La colaboración activa con la Justicia como causa de atenuación de la pena*

Muy ardua resulta la polémica de la figura de los «arrepentidos» en el Derecho sustantivo, en el proceso penal y en el ámbito penitenciario (sobre este tema véanse los trabajos de QUINTANAR DÍEZ, GARCÍA ESPAÑA y BENÍTEZ ORTÚZAR). Tan sólo apuntaremos que este precepto, frente a su antecesor, únicamente atenúa la pena a la que resulte condenado el terrorista que decide colaborar activamente con la Justicia. Además, no es una atenuación que pueda apreciarse de modo completamente discrecional, puesto que de acuerdo con el art. 579 bis, apartado tercero, CP, deberá siempre motivarse por el Tribunal sentenciador. Y así, de acuerdo con el precepto mencionado, se podrá «imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito de que se trate, cuando el sujeto haya **abandonado voluntariamente sus actividades delictivas**, se presente a las autoridades **confesando los hechos** en que haya participado, y **colabore activamente** con éstas para impedir la producción del delito, o coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de organizaciones, grupos u otros elementos terroristas a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado».

Básicamente, puede decirse que son tres los requisitos para su apreciación: a) abandono voluntario de las actividades terroristas y no motivado por su descubrimiento o detención; b) confesión de los hechos en los que haya tomado parte, siempre que naturalmente pueda corroborarse por otras vías o indicios la veracidad de las autoimputaciones; c) colaboración activa y eficaz: no basta suministrar

la información, debe servir para la identificación o captura de otros terroristas o para frustrar nuevos atentados o impedir que la organización o grupo siga desarrollándose. Es cierto que resulta ser una medida que sólo beneficiará a quienes desempeñan responsabilidades de cierto nivel en la organización o en el grupo criminal (por cuestiones de seguridad, los comandos terroristas y sus miembros no suelen tener información de otras células para evitar que con la detención de unos puedan “caer” otros comandos), pero precisamente el objetivo político-criminal es obtener la mayor información posible en un ámbito como el de la delincuencia organizada terrorista en el que la prueba –y mucho más la de cargo– no es de fácil obtención.

D. El nuevo tipo atenuado de aplicación general para todos los delitos de terrorismo (art. 579 bis, apartado cuarto, CP)

Otro punto muy novedoso de la Reforma de 2015, que seguramente será objeto de discusión doctrinal y política, sobre todo por la importante rebaja de la pena que puede suponer, es la novedosa atenuación general prevista por el precepto señalado para todos los delitos de terrorismo. Conforme a la redacción de la atenuación específica, los “Jueces y tribunales, motivadamente, atendiendo a las circunstancias concretas, podrán imponer también la **pena inferior en uno o dos grados** a la señalada en este Capítulo para el delito de que se trate, cuando el hecho sea objetivamente de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido”. Obsérvese, sin embargo, que la naturaleza de la atenuación tiene raigambre **puramente objetiva**, pues atiende sólo a la menor gravedad objetiva del hecho, a los medios empleados o al resultado producido. El legislador esquiva en todo momento atender también para su apreciación a la culpabilidad del responsable.

E. Reincidencia internacional

El último de los arts. del Capítulo VII se dedica a la previsión de la reincidencia internacional para este tipo de delitos. De acuerdo con el art. 580 CP, «en todos los delitos de terrorismo, la condena de un Juez o Tribunal extranjero será equiparada a las sentencias de los Jueces o Tribunales españoles a los efectos de aplicación de la agravante de reincidencia». La eficacia de este precepto no se extendía hasta la Reforma de 2015 a los casos de delitos de terrorismo no cometidos por quienes actúan al margen o no colaboran con las organizaciones o grupos terroristas, pues se exigía expresamente que la condena extranjera sea por «delitos relacionados con la actividad de las organizaciones o grupos terroristas». Afortunadamente, la LO 2/2015 ha atendido la reivindicación hecha en este punto (véase la edición anterior de esta obra). La sentencia del órgano judicial extranjero debe ser por un delito que cumpla los requisitos previstos en el art. 22.8ª CP (condena por un delito asimilable en sus caracteres esenciales a alguno de los contenidos en el mismo Título –especialmente, los del Capítulo VII– y que, además, sea de la misma naturaleza).

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GARCÍA, J., “Principio de proporcionalidad. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de julio de 1999, recaída en el recurso de amparo interpuesto por los componentes de la Mesa Nacional de Herri Batasuna”, en *Diario La Ley*, núm. 5, 1999. APARICIO DÍAZ, L., «El delito de colaboración con asociación terrorista», edición electrónica del Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, 2008. ARROYO ZAPATERO, L., “La reforma de los delitos de rebelión y de terrorismo por L.O. 2/1981”, de 4 de mayo, en *CPC*, núm. 15, 1981. ARROYO ZAPATERO, L., “Terrorismo y sistema penal”, en AA.VV., *Reforma política y Derecho*; Colección de temas constitucionales; Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de publicaciones. Madrid, 1985. ASTACIO CABRERA, J., *Tratamiento jurídico-penal de la apología del terrorismo*, edición electrónica del Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, Granada, 2011. AA.VV. *Delitos contra el orden público, terrorismo, contra el Estado o la Comunidad internacional*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998. AA.VV. *Terrorismo, comunicación y sus aspectos criminológicos*, Ed. CSV, Valencia, 1998. BARBERO SANTOS, M., “Los delitos de bandolerismo, rebelión militar y terrorismo regulados por el Decreto de 21 de septiembre de 1960”, en *Problemas actuales de Derecho penal y procesal*, Salamanca, 1971. BARQUÍN SANZ, J., CANO PAÑOS, M.A., «Caso de la Mesa Nacional de Herri Batasuna», en *Casos que hicieron doctrina en el Derecho Penal* (coord. SÁNCHEZ OSTIZ, P.), Madrid, 2011. BARQUÍN SANZ, J., OLMEDO CARDENETE, M., «Comentario al art. 18», en *Comentarios al CP*, (dirigidos por COBO DEL ROSAL, M.), Tomo I, Madrid, 1999. BELLOCH JULBE, J.A., “Contemplación jurisprudencial sobre el binomio libertad de información-terrorismo; la apología del terrorismo”, en *Estudios jurídicos en honor de José Gabaldón López*, Madrid, 1990. BENÍTEZ ORTÚZAR, I., *El colaborador con la justicia. Aspectos procesales y penitenciarios de la conducta del arrepentido*, Madrid, 2004. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y SERRANO PIEDECASAS, J. R., “Reflexiones político-criminales sobre el terrorismo”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 1984. BERNAL DEL CASTILLO, J., “Observaciones en torno a la ley orgánica 7/2000 de modificación del CP en materia de terrorismo”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N° 5, 2001. BUENO ARÚS, F., “Aspectos jurídicos del terrorismo”, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, 1980. BUENO ARÚS, F., “Principios generales de la legislación antiterrorista”, en *Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa*, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n° 11, 1986. CANCIO MELIÁ, M., “Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el CP español después de la LO 7/2000”, en *Revista Jueces para la Democracia*, n° 44, 2002. CANO PAÑOS, M.A., «Los inicios de la lucha antiterrorista en Alemania: análisis de la legislación penal y procesal en las dos décadas de 1970-1980», *RECPC* (2008). «Perfiles de autor del terrorismo islamista», *RECPC* (2009). «La contaminación preventivo-policial del Derecho Penal», *CPC* (2010). «La reforma de los delitos de terrorismo», en *Estudios sobre el Código Penal Reformado*, dirigido por MORILLAS CUEVA, L., Madrid, 2015, pp. 905 y ss. CAMPO MORENO, J.C., *Represión penal del terrorismo. Una visión jurisprudencial*, Valencia, 1997. CARBONELL MATEU, J.C., “Actos preparatorios públicos o realizados a través de los medios de comunicación de la rebelión y el terrorismo”, en *Comentarios a la legislación penal*, dirigidos por

COBO DEL ROSAL, Manuel, tomo II, 1983. CATALINA BENAVENT, M^a, “Los supuestos de detención en los casos de terrorismo: propuesta para una reforma”, en FARALDO CABANA, Patricia (Dir.), *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, Valencia, 2007. COBO DEL ROSAL, M., “La reforma penal y procesal sobre los delitos de bandas armadas, terrorismo y rebelión”, *Revista de Derecho Público*, Tomo XI, Madrid, 1990. CUERDA ARNAU, M^a L., *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, Madrid, 1995. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., “Atenuación, remisión de la pena e indulto de los miembros de grupos terroristas”, en *CPC*, n^o 30, (1986). DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, J., “Algunos aspectos jurídico-penales y procesales de la figura del arrepentido”, en *Revista La Ley*, n^o 4132, viernes 27 de septiembre de 1996. EBILE NSEFUM, J., *El delito de terrorismo*, Madrid, 1985. FERNÁNDEZ PALMA, Rosa, “El terrorista arrepentido en los proyectos de CP de 1992 y 1994”, en *CPC*, núm. 57, 1995. FUSTER-FABRA TORRELLAS, J.M., *Responsabilidad civil derivada de actos de terrorismo*, Ed. Atelier, Barcelona, 2001. GARCÍA ESPAÑA, E. *El premio a la colaboración con la justicia*, Granada, 2006. GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., “Asociaciones ilícitas y terroristas, en Comentarios a la legislación penal”, en COBO DEL ROSAL, Manuel, *Comentarios a la legislación penal*, tomo II, Madrid, 1983. GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., *Asociaciones ilícitas en el CP*, Barcelona, 1978. GARCÍA RIVAS, N., “Motivación a la delación en la legislación antiterrorista: un instrumento de control sobre el disenso político”, *Poder Judicial*, n^o 10, marzo 1984. GARCÍA RIVAS, N., “La tipificación europea del delito terrorista en el Decisión Marco de 2002: análisis y perspectivas”, en *La armonización del Derecho penal español: una evolución legislativa*, Madrid, 2006. GARCÍA SAN PEDRO, J., “Sobre el concepto de terrorismo”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n^o 2, 1992. GARCÍA SAN PEDRO, J., *Terrorismo: aspectos criminológicos y legales*, Madrid, 1993. GARCÍA VALDÉS, C., “La legislación antiterrorista: Derecho vigente y Proyectos continuistas”, en *ADCP*, tomo XXXVII, fascículo II, mayo-agosto 1984. GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Crítica de la política penal del orden público*, en *CPC*, n^o 16, 1982. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *El Derecho penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas*, en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Valencia, 2006. GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, I., “Legislación antiterrorista y derechos humanos”, en *Actualidad Penal*, n^o 21/1989, semana 15-21 de mayo. GUTIÉRREZ GIL, A., “La participación por colaboración en el delito de terrorismo”, en GRANADOS PÉREZ, Carlos (Dir.) *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos. Cuadernos de Derecho Judicial II*, 2001. JIMÉNEZ DÍAZ, M^a J., *Seguridad ciudadana y derecho penal*, Madrid, 2006. JIMÉNEZ DÍAZ, M^a J., “Sociedad de riesgo e intervención penal”, en *RECPC*, 2014, n^o 16-08. LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Madrid, 1985. LAMARCA PÉREZ, C., *La última recepción de la normativa antiterrorista en la legislación común*, en *ADCP*, tomo XLII, fascículo III, septiembre-diciembre, 1984. LAMARCA PÉREZ, C., *Sobre el concepto de terrorismo*, en *ADCP*, tomo XLVI, fascículo II, mayo-agosto 1993. LÓPEZ GARRIDO, D., *Terrorismo. Política y Derecho*, Alianza Editorial, Madrid, 1987. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., *Apología del terrorismo*, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, GURDIEL SIERRA, Manuel y CORTÉS BECHIARELLI, Emilio (Coord.) *Estudios Penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004. MARTÍN PALLÍN, J. A., *Realidad actual de las funciones de Jueces y fiscales en al aplicación de las leyes contra el terrorismo*, en *Actualidad Jurídica*, 1981. MELCHIONDA, A., *La legislación italiana en materia de terrorismo: experiencia y balance*, en GÓMEZ COLOMER, Juan Luis y

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Coords.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Valencia, 2006. MESTRE DELGADO, E., *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, Madrid, 1987. MIGUEL ZARAGOZA, J., *Elementos para una definición internacional del terrorismo*, en *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, Madrid, 15 de diciembre de 1978. MIRA BENAVENT, J., *El caso del diario EGIN: comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de diciembre de 1986*, en *ADCP*, tomo XL, fascículo II, mayo-agosto 1987. MIRÓ LLINARES, F., *Conocimiento e imputación en la participación delictiva. Aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito*, Barcelona, 2009. MORENO CATENA, V., *El enjuiciamiento de delitos de terrorismo y el derecho de defensa*, en GOMEZ COLOMER, Juan Luis y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Valencia, 2006. MORAL DE LA ROSA, J., *Aspectos penales y criminológicos del terrorismo*, Madrid, 2005. MUÑOZ ALONSO, A., *El terrorismo en España*, Barcelona, 1992. OLMEDO CARDENETE, M., «Los delitos de terrorismo en el CP de 1995», en AA.VV. *Terrorismo, comunicación y sus aspectos criminológicos*, Ed. CSV, Valencia, 1998. *La inducción como forma de participación accesoria*, Madrid, 1999. OTTENHOF, R., ¿Terrorismo o terrorismos? *Diálogo sobre un singular plural*, en *ADCP*, tomo XLII, fascículo III, septiembre-diciembre, 1989. PAREDES CASTAÑÓN, J.M., *Límites sustantivos y procesales en la aplicación de los delitos de integración y colaboración con banda armada comentario a la SAN de 19 de diciembre de 2007 (caso Ekin)* en *Diario La Ley*, año XXIX, n° 6906, Martes 18 de marzo de 2008. QUINTANAR DÍEZ, M., *La Justicia Penal y los denominados "arrepentidos"*, Ed. Edersa, Madrid, 1996. REINARES NESTARES, F., *Terrorismo y antiterrorismo*, Barcelona, 1998. RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Anotaciones sobre las asociaciones ilícitas tras la reciente reforma Penal*, en *ADCP*, 1973. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J. L., *La reforma penal y procesal sobre los delitos de bandas armadas, terrorismo y rebelión*, en *Comentarios a la legislación penal*, Terrorismo, XI, Madrid, 1990. RUIZ LANDÁBURU, M^a J., *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, Madrid, 2002. SALAS, L.P., *La Ley patriótica USA*, en GÓMEZ COLOMER, Juan Luis y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Coords.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Valencia, 2006. SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., «Delitos contra el orden público (III)», en *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial*, coordinado por MORILLAS CUEVA, L., Madrid, 2011. SOLA DUEÑAS, Á., *Delitos de terrorismo y tenencia de explosivos (Sección Segunda del Capítulo VIII del Título XVIII del Libro II de la Propuesta de Anteproyecto del nuevo CP de 1983)*, en *Documentación jurídica*, n° 37/40, enero-diciembre de 1983, tomo II. SORIANO SORIANO, J.R., *El terrorismo y el TS*, en GONZÁLEZ COLOMER, Juan Luis y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Directores) *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Valencia, 2006. TERRADILLOS BASOCO, J., *Terrorismo y Derecho*, Madrid, 1988. TORRES FERNÁNDEZ, M^a E., *Los delitos de desórdenes públicos en el CP español*, Madrid-Barcelona, 2001. TORRES FERNÁNDEZ, M^a E., *Los delitos de atentado en el CP de 1995*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (1999). VALLE MUÑIZ, J. M., *El elemento subjetivo de la exigente de estado de necesidad y el delito de colaboración con bandas armadas. Comentario a la STS de 5 de diciembre de 1994*, en *Actualidad Penal*, n° 17, semana 24 a 30 de abril, 1995. VERVAELE, J.A.E., *La legislación antiterrorista en Estados Unidos: inter armas silent leges*, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n° 14, 2005. VERCHER NOGUERA, A., *Antiterrorismo en el Ulster y en el País Vasco. Legislación y medidas*, Barcelona, 1991

UNIDAD 10

**DELITOS CONTRA
LOS PODERES DEL
ESTADO Y EL
ORDEN
CONSTITUCIONAL**

Competencia

- Conocer y analizar los aspectos trascendentes del delito de rebelión, con ocasión de los últimos sucesos relevantes acaecidos a nivel nacional.

PRIMERA LECTURA

Morillas Cueva, L. (2015). Delitos contra la Constitución (I). Rebelión. En Morillas Cueva, L. (Dir.). Sistema de Derecho Penal Parte Especial (2ª ed.). Madrid, España. Dykinson, pp. 1247-1254.

El delito de rebelión es el más referencial por el fuerte ataque que supone al orden constitucional. Excesivamente casuístico se presenta como un ejercicio no especialmente logrado de regulación exhaustiva, con deficiente redacción y pensado más que para afrontar las posibles conductas futuras de rebelión para responder a esquemas de hechos sucedidos en España no hace mucho tiempo. En esta lectura se desarrolla típicamente este delito.

SISTEMA
de
DERECHO PENAL
Parte Especial

2ª edición

Lorenzo Morillas Cueva
(Dirección)

Ignacio F. Benítez Ortúzar
Bernardo Del Rosal Blasco

Lorenzo Morillas Cueva
Miguel Olmedo Cardenete

Jaime Peris Riera

● **José E Sáinz-Cantero Caparrós**

Dykinson, S.L.

Lorenzo Morillas Cueva

Dirección

**SISTEMA
DE
DERECHO PENAL**

Parte especial

IGNACIO F. BENÍTEZ ORTÚZAR

BERNARDO DEL ROSAL BLASCO

LORENZO MORILLAS CUEVA

MIGUEL OLMEDO CARDENETE

JAIME PERIS RIERA

JOSÉ E SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS

*2ª edición, revisada y puesta al día
conforme a las leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015*

Dykinson, S.L.

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico. 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 47)

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial
Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes_somos

© Copyright by
Los autores
Madrid

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-9085-707-6
Depósito Legal: M-6048-2016

Preimpresión por:
Besing Servicios Gráficos S.L.
e-mail: besingsg@gmail.com

Capítulo 58

DELITOS CONTRA LA CONSTITUCIÓN (I).

REBELIÓN

LORENZO MORILLAS CUEVA

Sumario: I. Introducción: Delitos contra la Constitución.- II. Rebelión: 1. Aspectos generales. 2. Conductas típicas y penas: A. Niveles de participación personal en la rebelión propiamente dicha. B. Por los medios empleados. C. Favorecimiento o ayuda a la rebelión. D. Actos preparatorios para la rebelión. E. Disposiciones generales. F. Exención o atenuación de la pena.- Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN: DELITOS CONTRA LA CONSTITUCIÓN

El título XXI del CP está dedicado a los Delitos contra la Constitución. Es obvio que esta es la referencia fundamental para el Ordenamiento jurídico de cualquier Estado democrático. Todavía más, por sus especiales características de privación de derechos esenciales del ciudadano, lo es para el Derecho Penal. Los niveles de influencia, de reciprocidad en sus actuaciones son especialmente intensos para mantener el sistema desarrollado por el art. 1 de aquella, es decir, el Estado social y democrático de Derecho y los valores superiores que propugna de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

Desde tal perspectiva, la incidencia de esta y las repuestas penales a ella, se consolidan dentro de la estructura legislativa o sustantiva, programática o directamente aplicativa –la otra vía, la del control jurisdiccional, como hipótesis valorativa de la actividad judicial y la de la adecuación de los contenidos de las normas a la Constitución se desarrolla a través del Tribunal Constitucional–. Varios son los niveles de penetración implícita del sistema constitucional en el penal: a) proclamación constitucional directa o indirecta de principios que van a afectar al Derecho Penal –principio de legalidad, culpabilidad, intervención mínima, presunción de inocencia, etc.–; b) derechos y libertades proclamadas en el Texto Constitucional y protegidos por el Derecho Penal, a manera de bienes jurídicos de especial importancia para el Estado Democrático – Verbigracia: vida, integridad física, libertades individuales, derecho al honor, a la dignidad personal, a la intimidad–; c) tutela penal de la propia estructura económica, social y de mercado marcada por la Constitución –ejemplo, delitos patrimoniales y socioeconómi-

cos, contra los consumidores, contra la Seguridad Social, contra los derechos de los trabajadores-; d) defensa penal de la trilogía de poderes del Estado: ejecutivo -Administración Pública-, judicial y legislativo; e) protección penal del orden constitucional en sí mismo.

Como puede comprobarse la mayoría de las respuestas penales a las posibles conculcaciones de los fundamentos constitucionales ya han sido expuestas en este libro; por ello, toca esencialmente analizar la última de las variables. Un cierto sector de la doctrina, no sin razón, estima que esa protección penal del orden constitucional ha sido prevista por el Texto punitivo desde una doble perspectiva que se proyecta en el Título XXI, ya citado, y el XXII -delitos contra el Orden Público-. En tal sentido se manifiestan QUINTERO OLIVARES-JARIA I MANZANO cuando advierten que dado el nombre del Título XXII no afecta a la Constitución, lo que no parece del todo cierto -ejemplo, entre otros, de semejante aseveración, es la artificial separación sistemática de algunos de estos delitos que se hace. Así, la rebelión como delito contra la Constitución y la sedición, denominada rebelión en "pequeño" (STS de 10 de octubre de 1980), que se presenta como contra el orden público, a pesar de sus afinidades -incluso el art. 549, último en la regulación de la sedición advierte que lo dispuesto en los artículos 479 a 489, parte de la regulación de la rebelión, es también aplicable al delito de sedición-. En tal sentido recuerda la STS de 20 mayo de 1991 "que aunque sea inicialmente desde un plano puramente teórico, hemos de indicar brevemente lo que sigue: el delito o delitos de atentado, al igual que los de rebelión y sedición, tuvieron su ubicación tradicional dentro de los delitos contra el orden público, con su adecuada y concreta tipicidad y también con su correspondiente penalidad". Dicho lo anterior, quiero añadir que a pesar de ello y de mi acuerdo con semejante tesis crítica, hemos de seguir en este libro la ordenación sistemática que el legislador hace y en consecuencia se van a definir dos apartados para su estudio: los delitos contra la Constitución y los delitos contra el Orden Público.

II. REBELIÓN

El primero de los delitos a analizar, el más referencial por el fuerte ataque que supone al orden constitucional es el de rebelión ampliamente tipificado en los arts. 472 a 484. Excesivamente casuístico se me presenta como un ejercicio no especialmente logrado de regulación exhaustiva, farragosa, con deficiente redacción y pensado más que para afrontar las posibles conductas futuras de rebelión para responder a esquemas de triste hechos sucedido en España no hace mucho tiempo.

1. Aspectos generales

El bien jurídico protegido parece esencialmente claro: la propia Constitución. Sin embargo, es preciso matizarlo en el sistema u orden constitucional pues aque-

lla como tal es solo una enumeración de artículos –para MUÑOZ CONDE, la defensa de la Constitución. Sucede lo mismo, esta, la defensa, es una abstracción, es lo que hace el propio bien jurídico no su contenido que es, desde mi punto de vista y como he dicho, el orden constitucional desarrollado por el Texto constitucional, obviamente la protección del señalado orden conlleva una defensa de la Constitución–.

El artículo 472 define descriptivamente el concepto normativo de rebelión y lo hace desde una doble perspectiva: por un lado, la definición en sentido estricto; en segundo con las finalidades a conseguir.

Con respecto a lo primero, el párrafo inicial del susodicho art. 472 considera reos de rebelión a los que se **alzaren violenta y públicamente para cualquiera de los fines que enumera a continuación** y que más adelante referiré con detalle. De tal descripción se pueden sacar las siguientes conclusiones a manera de requisitos de esta importante figura delictiva: **a)** se requiere un **alzamiento**, esto es un levantamiento, sublevación o insurrección dirigidos contra el orden jurídico establecido, para subvertir el Estado y los contenidos constitucionales que lo fundamentan; **b)** dicho alzamiento ha de ser **público**, es decir, abierto, exteriorizado, perceptible, patente y manifiesto; **c)** igualmente tiene que ser **violento**, en su comprensión más amplia de violencia física y violencia psíquica, intimidatoria –piénsese en el levantamiento de un grupo de militares que entran armados en el Congreso sin disparar un solo tiro, e interrumpen el normal desarrollo del poder legislativo democrático– **d)** en relación a los **sujetos actuantes** esta infracción ha sido calificada de necesariamente plurisubjetiva o pluripersonal, y, también, de ejecución colectiva –el propio art. 472 avala esta interpretación al referirse en plural al sujeto, los que; por tanto tendrán que ser varios y en número suficiente para la consecución del fin propuesto, a lo que cabe añadir que el término legal “alzaren” evoca y sugiere la participación indispensable de un número considerable de personas, aunque no es preciso que constituyan multitud o muchedumbre, como parece visualizarse de las manifestaciones más antiguas de la rebelión en la historia española. Aunque en la mayoría de las infracciones tipificadas en el Capítulo se está pensando en el estamento militar no necesariamente sujeto activo ha de identificarse con ellos, excepto que específicamente así lo exija el tipo–; **e)** por su propia naturaleza se trata de un delito de **simple actividad** en el que no cabe la tentativa, toda vez que basta que se produzca el alzamiento en armas o con cualquier otro tipo de violencia para que se consuma y perfeccione instantáneamente el hecho punible aunque los rebeldes no hayan conseguido los objetivos o fines pretendidos con su insurrección o insurgencia, esto es, que no se requiere resultado alguno para la mentada perfección delictiva (STS de 791/1983, de 22 abril 1983); **f)** el reiterado alzamiento se ha de encaminar –para, dice el tipo. Lo que conlleva la exclusividad de la realización **dolosa directa** de esta infracción criminal– a la consecución de unos determinados **fines**.

Tales fines están en armonización negativa completa con el bien jurídico protegido y, en consecuencia, son objetivos clara y rotundamente conculcadores del orden constitucional y de los propios cimientos de Estado social y democrático de

Derecho, configurando de esta manera al sujeto pasivo de este delito en el propio Estado pero como manifestación de la soberanía nacional que reside en el pueblo español. Son:

- a) **Derogar**, suspender o modificar total o parcialmente la Constitución.
- b) **Destituir** o despojar en todo o en parte de sus prerrogativas y facultades al Rey o Reina o al Regente o miembros de la Regencia, u obligarles a ejecutar un acto contrario a su voluntad.
- c) **Impedir** la libre celebración de elecciones para cargos públicos.
- d) **Disolver** las Cortes Generales, el Congreso de los Diputados, el Senado o cualquier Asamblea Legislativa de una Comunidad Autónoma, impedir que se reúnan, deliberen o resuelvan, arrancarles alguna resolución o sustraerles alguna de sus atribuciones o competencias.
- e) **Declarar** la independencia de una parte del territorio nacional.
- f) **Sustituir** por otro el Gobierno de la Nación o el Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma, o usar o ejercer por sí o despojar al Gobierno o Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma, o a cualquiera de sus miembros de sus facultades, o impedirles o coartarles su libre ejercicio, u obligar a cualquiera de ellos a ejecutar actos contrarios a su voluntad.
- g) **Sustraer** cualquier clase de fuerza armada a la obediencia del Gobierno.

Se ha puesto de manifiesto que algunos de los objetivos no pueden ser logrados por los rebeldes para la intervención posterior del Derecho Penal, pues supondría una nueva legitimidad que haría inviable bajo estas coordenadas dicha reacción penal ante un marco "legal" impuesto por aquellos (QUINTERO OLIVARES-JARIA I MANZANO).

2. Conductas típicas y penas

Una vez delimitado conceptualmente el delito de rebelión en el art. 472 hay que pasar a la concreción de las conductas que el legislador integra dentro de semejante tipología. La sistemática seguida por el CP es sensiblemente mejorable. Se intercalan conductas sin especial relación, algunas incluso de dudosa ubicación no solo en este Capítulo sino asimismo en el Derecho Penal. En esta situación no es fácil elaborar criterios lógicos y coherentes para el estudio de semejante conglomerado delictivo, lo intento a continuación pero en la convicción de su debilidad organizativa derivada de la poco afortunada redacción legal.

A. Niveles de participación personal en la rebelión propiamente dicha

Se han de incluir en este epígrafe las conductas individualizadas según las características del sujeto activo que las realiza.

El art. 473, en su n° 1, relaciona en dicho aspecto varias posibilidades que he de clasificar en un tipo básico y otros agravados: **a) Tipo básico: meros participantes en la rebelión**, pena de prisión de cinco a diez años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años; **b) Tipos agravados: a')** dos hipótesis, a") los que **induciendo a los rebeldes**, hayan promovido o sostengan la rebelión, b") **los jefes principales** de ésta —se refiere a jefes conocidos, si no lo son hay que acudir al **art.474**: cuando la rebelión no haya llegado a organizarse con jefes conocidos, se reputarán como tales los que de hecho dirijan a los demás, o lleven la voz por ellos, o firmen escritos expedidos a su nombre, o ejerzan otros actos semejantes de dirección o representación—, para ambos casos se impondrán las penas de prisión de quince a veinticinco años e inhabilitación absoluta por el mismo tiempo; **b')** mando subalterno, con la de prisión de diez a quince años e inhabilitación absoluta de diez a quince años.

B. Por los medios empleados

El n° 2 del art. 473 completa, en este aspecto, la tipificación, ahora **hiperagravada**, de la rebelión en atención a los **medios y formas usadas** para ello, con gradación de penas en atención a los sujetos descritos para el número 1: **a)** si se han esgrimido armas; **b)** si ha habido combate entre las fuerzas rebeldes y los sectores leales a la autoridad legítima; **c)** la rebelión hubiere causado estragos en propiedades de titularidad pública o privada, cortado las comunicaciones telegráficas, telefónicas, por ondas, ferroviarias o de otra clase; **d)** se hubiera ejercido violencias graves contra las personas; **e)** exigido contribuciones o distraído los caudales públicos de su legítima inversión. Como he advertido las penas gradúan en atención al sujeto definido en el número anterior: para inductores o jefes, pena de veinticinco a treinta años de prisión; de quince a veinticinco años para los mandos subalternos y de diez a quince años para los meros participantes —al referirse el texto únicamente a las penas de prisión, hay que entender que las de inhabilitación absoluta y especial quedan igual a las previstas en el n° 1.

C. Favorecimiento o ayuda a la rebelión

Recojo bajo este amplio y difuso epígrafe una serie de conductas algunas de ellas de gran ambigüedad y de difícil conexión con el núcleo esencia de ese delito.

El **art. 476** regula como delito especial, únicamente puede ser cometido por militar, dos modalidades diferenciadas pero muy próximas entre sí, de **omisión de impedir la rebelión** cuando pudiere hacerlo y **omisión de no acudir** a la autoridad respectiva: **a)** no empleare los medios a su alcance para contener la rebelión en las fuerzas de su mando penas de prisión de dos a cinco años e inhabilitación absoluta de seis a diez años; **b)** teniendo conocimiento de que se trata de cometer un delito de rebelión, no lo denuncie inmediatamente a sus superiores o a las autoridades o funcionarios que, por razón de su cargo, tengan la obligación de perseguir el delito

—mismas penas previstas en el nº 1 en su mitad inferior—, Adviértase que una y otra pena son inferiores a la establecida para el tipo básico del 473.

En el **art. 482** se castiga igualmente una omisión, exclusivamente con una pena de privación de derecho, a las autoridades que no hayan resistido a la rebelión. Del concepto aquí utilizado hay que excluir a la autoridad militar que tiene una regulación típica con mayor pena. Igualmente no está contenida en el art. 482 la autoridad que participe en la rebelión o que auxilie activamente a los rebeldes que lo previene expresamente el art. 478. La utilización del verbo resistir —oponerse a la acción violenta de otro— contribuye a la susodicha ambigüedad de estos tipos, sobre todo en cuanto a los niveles necesarios dentro del término resistir. En todo caso parece evidente la posible activa presencia que, en este supuesto, puede tener como causa de inexigibilidad de otra conducta, el miedo insuperable. La pena es inhabilitación absoluta de doce a veinte años.

Semejante al anterior pero dedicado a los funcionarios públicos en el **art. 483**, y en continuidad con la indeterminación de las conductas utilizadas, se acogen dos hipótesis diferentes, una de prolongación de funciones, otra de abandono indebido de ellas: **a)** que continúen desempeñando sus cargos bajo el mando de los alzados, **b)** o que, sin habérseles admitido la renuncia de su empleo, lo abandonen cuando haya peligro de rebelión. Pena para ambos: inhabilitación especial para empleo o cargo público de seis a doce años.

Muy próximo en su contenido al anterior, el **art. 484**, recoge, como tipo común abierto a cualquier persona, incluidos funcionarios o autoridades, al que aceptare empleo de los rebeldes. Dicho empleo no puede ser cualquier actividad, sino aquella que guarde cierta relación con el alzamiento (FERNÁNDEZ RODERA).

D. Actos preparatorios para la rebelión

Dos modalidades cabe incluir en estos supuestos: por un lado, los contenidos en el **art. 475**; por otro los del **art. 477**.

En el **primero de ellos**, se contempla, como delito común, una peculiar forma de punición de actos preparatorios, con la particularidad aquí de que son asimilados, en su párr. 1º, a los rebeldes, es decir, al delito de rebelión propia: los que **sedujeren o allegaren tropas o cualquier otra clase de fuerza armada para cometer el delito de rebelión**. Pena de prisión de cinco a diez años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años. El párr. 2º agrava la homologación cuando **llegara a tener efecto la rebelión**, entonces se reputarán promotores y sufrirán la pena señalada en el artículo 473, interpreto que la referida a inductores o jefes principales —pena de prisión de quince a veinticinco años e inhabilitación absoluta por el mismo tiempo—.

El **segundo**, **art. 477**, regula de manera expresa, como es necesario, según el propio CP y se ha visto reiteradamente en este libro, una serie de actos prepara-

torios que con carácter general están desarrollados en los arts. 17 y 18 del CP. Se trata de la provocación, conspiración y proposición para cometer rebelión. La STS 791/1983, de 22 abril, en un caso de conspiración para la rebelión admite que la estructura de aquella es bien sencilla: dos o más personas se conciertan, pactan o convienen la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo, siendo pues, sus requisitos, la pluralidad de sujetos activos, el "pactum" o "societas scaeleris", y, finalmente, la firme resolución de perpetrar el delito pactado, en este caso de rebelión. La pena fijada es, además de la inhabilitación prevista en los artículos anteriores, la de prisión inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente. Semejante previsión está referida únicamente a los delitos de rebelión comprendidos en los arts. 473 a 476.

E. Disposiciones generales

Como tales incluyo aquellas que tienen una proyección reguladora de todo el Capítulo. En este sentido cabe incorporar tres supuestos:

El primero, **art. 478**, es el ya avanzado anteriormente de la autoridad que constituida como tal cometa cualquiera de los delitos previstos en el capítulo que analizo. Para ella, la pena de inhabilitación que estuviese prevista en cada caso se sustituirá por la inhabilitación absoluta por tiempo de quince a veinte años, salvo que tal circunstancia se halle específicamente contemplada en el tipo penal de que se trate.

El segundo, presenta caracteres más complejos y negativos desde el punto de vista de la reflexión punitiva. El **art. 479** describe tres posibilidades a realizar, más propias de la normativa administrativa disciplinaria y de organización que del CP: **a)** Luego que se manifieste la rebelión, la autoridad gubernativa intimará a los sublevados a que inmediatamente se disuelvan y retiren; **b)** Si los sublevados no depusieran su actitud inmediatamente después de la intimación, la autoridad hará uso de la fuerza de que disponga para disolverlos; **c)** No será necesaria la intimación desde el momento en que los rebeldes rompan el fuego. Como puede comprobarse el precepto alude a la forma en que ha de proceder la autoridad gubernativa frente a los rebeldes, sin presupuesto de hecho delictivo ni consecuencia jurídica. Cabe pensar únicamente, aunque tampoco lo dice expresamente en cuanto a su naturaleza, que se ha querido fijar una causa específica de justificación, al margen de las contenidas en el art. 20 del CP para las conductas potencialmente delictivas que pudieran sucederse para el supuesto de rebelión que, difícilmente, se podría argumentar en el caso de ausencia de intimidación si los rebeldes no rompen el fuego (QUINTERO OLIVARES-JARIA I MANZANO).

El tercero es todavía más confuso en su redacción. El **art. 481** se refiere a los delitos **particulares** cometido en una rebelión o con motivo de ella, que serán castigados, respectivamente, según las disposiciones del Código. Manifiesta el precepto un concurso de delitos, innecesaria posiblemente su tipificación expresa (LAMARCA PÉREZ). Pero lo más llamativo es la referencia a delitos particulares.

Expresión innovadora para mal porque pareciera que los delitos a que se quiere referir no son públicos. Obviamente no es así pero podía el legislador haber utilizado otra fórmula más adecuada de las muchas que se encuentran a este respecto en el propio CP. La doctrina y la propia jurisprudencia han hecho verdaderos esfuerzos interpretativos. Se ha valorado que son aquellos delitos que no guardan relación con los fines de los rebeldes o que hay que atender a la gravedad de los delitos concurrentes sobre la idea que los de mayor gravedad son independientes de la rebelión o de la sedición –el art. es compartido entre ambas en atención a la remisión que se hace en el art. 549, ya comentada–. Varias sentencias más próximas a la sedición que a la rebelión, pero con igual contenido, y sobre ellas algunos autores, han incidido en su valoración: en ambas se consumen los delitos que son inherentes a ellas –atentados, desobediencia, resistencia, detenciones ilegales, etc.– mientras que tendrán la calidad de delitos particulares –se entienden que distintos– aquellos que no guarden relación ni con el alzamiento ni con los fines de la rebelión –robo, daños, homicidio, libertad sexual, etc.– (FERNÁNDEZ RODERA). Tampoco es fácil aceptar esta última propuesta al no encontrarle base argumental suficiente en el contenido típico.

F. Exención o atenuación de penalidad

Dos variables se contienen en la propuesta que se hace en el art. 480 en torno a la posibilidad de exención de pena o de su atenuación, por delación o desistimiento en determinadas circunstancias: a) cuando el **implicado** en un delito de rebelión, lo revelare a tiempo de poder evitar sus consecuencias, en cuyo caso quedará exento de pena (nº 1); b) el nº 2 de este artículo 480 se diversifica asimismo en dos hipótesis: **una**, para los **meros ejecutores** que depongan las armas antes de haber hecho uso de ellas, sometiéndose a las autoridades legítimas, se les rebajará la pena de prisión inferior en grado; **otra**, cuando los **rebeldes** se disolvieran o sometieran a la autoridad legítima antes de la intimación o a consecuencia de ella, se impondrá la misma pena atenuada que en el supuesto anterior.

BIBLIOGRAFÍA

ARROYO ZAPATERO. *La reforma de los delitos de rebelión y de terrorismo por la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo*. CPC, nº 15. 1981. COBO DEL ROSAL. *Función y naturaleza del art. 226 del CP*. En *ADPCP*, 1968. FERNÁNDEZ RODERA. “Delitos contra la Constitución”. En *Comentarios al Código Penal*. Dir. Gómez Tomillo. Valladolid 2010. FERNÁNDEZ RODERA. Los delitos de rebelión y de sedición. En *La Ley*, nº 2, 1996. GARCÍA RIVAS. *El delito de rebelión: vestigios de un autoritarismo secular*. Jueces para Democracia, nº 5, 1998. QUINTERO OLIVARES-JARIA I MANZANO. “La protección penal del orden constitucional”. En *Derecho Penal Constitucional*. Dir. Quintero Olivares. Valencia, 2015.

UNIDAD 11

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Competencias

- Analiza y reconoce los aspectos más importantes de los delitos contra la administración de justicia en el ámbito peruano.

PRIMERA LECTURA

Morillas Cueva, L. (2015). Delitos contra la administración pública (I). Prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos. En Morillas Cueva, L. (Dir.). Sistema de Derecho Penal Parte Especial (2ª ed.). Madrid, España. Dykinson, pp. 1105-1117.

El Capítulo I del Título XIX se desglosa en dos grupos de delitos diferentes entre sí: por un lado la prevaricación del art. 404; por otro, los demás comportamientos injustos –nombramientos ilegales y aceptación de nombramiento ilegal– de los arts. 405 y 406. Esta lectura se centra en el desarrollo del tipo objetivo y subjetivo de estos delitos.

SISTEMA
de
DERECHO PENAL
Parte Especial

2ª edición

Lorenzo Morillas Cueva
(Dirección)

Ignacio F. Benítez Ortúzar

Bernardo Del Rosal Blasco

Lorenzo Morillas Cueva

Miguel Olmedo Cardenete

Jaime Peris Riera

● **José E. Sáinz-Cantero Caparrós**

Dykinson, S.L.

Lorenzo Morillas Cueva

Dirección

**SISTEMA
DE
DERECHO PENAL**

Parte especial

IGNACIO F. BENÍTEZ ORTÚZAR

BERNARDO DEL ROSAL BLASCO

LORENZO MORILLAS CUEVA

MIGUEL OLMEDO CARDENETE

JAIME PERIS RIERA

JOSÉ E SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS

*2ª edición, revisada y puesta al día
conforme a las leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015*

Dykinson, S.L.

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico. 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 47)

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial
Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes_somos

© Copyright by
Los autores
Madrid

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-9085-707-6
Depósito Legal: M-6048-2016

Preimpresión por:
Besing Servicios Gráficos S.L.
e-mail: besingsg@gmail.com

Capítulo 47
DELITOS
CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (I)
PREVARICACIÓN DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS
Y OTROS COMPORTAMIENTOS INJUSTOS

LORENZO MORILLAS CUEVA

Sumario: I. Introducción.- II. Elementos comunes a los delitos contra la Administración Pública: 1. Bien jurídico protegido. 2. Opción sistemática. 3. Sujetos. 4. Naturaleza jurídica.- III. Prevaricación de funcionarios públicos y otros comportamientos injustos. 1. Prevaricación de funcionario: A. Cuestiones previas. B. Elemento objetivo. C. Elemento subjetivo. D. Especiales formas de aparición del delito y pena. 2. Otros comportamientos injustos. A. Nombramientos ilegales. B. Aceptación de nombramiento ilegal.- Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las materias tradicionalmente más controvertidas no sólo por su ubicación en los Códigos Penales sino también como criterio de discusión entre la doctrina científica –y en su aplicación concreta en la jurisprudencial– han sido los delitos relacionados con comportamientos referidos a la Administración Pública. Ciertamente este debate no ha tenido eco derogatorio –posiblemente sí reformador– en los Textos Punitivos, pues su regulación ha sido una constante en nuestra Codificación, bien con la vieja fórmula de **delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos**, llena de reiteraciones, omisiones e incongruencias, o bien con la más moderna, contenida en el actual CP, en el Título XIX del Libro segundo, de **delitos contra la Administración Pública**, que pretende dar respuestas a las exigencias constitucionales y a una visión más moderna del Estado y de la propia Administración Pública, cuestión ésta que no siempre consigue.

Ciertamente, como ha advertido con razón MUÑOZ CONDE, es necesario seguir profundizando en la conveniencia o no de mantener un bloque de tipos, la mayoría del Título citado, en los que la cualidad de funcionario público o de autoridad es determinante en la calificación típica de los hechos punibles, cuando cabe la posibilidad alternativa, en muchas ocasiones más acertada, de actuar sobre la agravante de prevalerse del carácter público que tenga el culpable, 7ª del

art. 22, o de remitir otros supuestos menos graves directamente al derecho disciplinario, dejando, con estas últimas propuestas, vacías de contenido casi todas las hipótesis reguladoras actuales.

Sea cual fuere la opción teórica a defender, la realidad es que nuestro CP reserva un Título, con diez capítulos, para regular esta materia, que por otra parte presenta un alto componente, acaso excesivo, de preocupación, a veces deshilvanada y temporalizada en situaciones concretas, por la **corrupción** dentro de la Administración Pública. Ciertamente que semejante concepto hay que erradicarlo de las prestaciones públicas, pero desde actuaciones conjuntas de toda índole: políticas, administrativas, sociales y, en último caso, punitivas. El principio de intervención mínima penalmente considerado tiene que adquirir aquí también la relevancia que merece sin que esto suponga un debilitamiento social frente a semejante fenómeno que está menoscabando los cimientos del Estado democrático y la confianza y respeto de la ciudadanía en sus representantes, autoridades y funcionarios públicos.

II. ELEMENTOS COMUNES A LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

A pesar de la enorme heterogeneidad que estas infracciones presentan en cuanto a su contenido, alcance y penalidad, se pueden concretar algunos elementos configuradores que aglutinan parámetros comunes, aunque no en su completa totalidad. Afectan al bien jurídico protegido, a la ubicación sistemática, a los sujetos y a la naturaleza jurídica.

1. Bien jurídico protegido

En el extenso debate que sobre el objeto de protección de estos delitos se ha producido en el transcurrir de los tiempos, dos han sido los planteamientos más añejos: a) el que lo identifica con el **incumplimiento del deber del cargo** —el valor protegido lo constituye la ruptura del deber de servicio que une al funcionario con la Administración Pública—; b) el que niega tal identificación y acepta que semejante infracción del deber, es, por sí misma, objeto del derecho disciplinario. Esta segunda opción se disgrega en dos hipótesis, la que parte de la relación funcionario-Administración y la que se centra en la de ciudadano-funcionario.

Las tesis más modernas se concretan en la relación Administración-ciudadanos, donde el concepto Administración tiene un papel preponderante: **buen funcionamiento de la Administración, dignidad o prestigio de la Administración**, fluyen inequívocamente de la doctrina. Clásica es ya la propuesta en este sentido de OCTAVIO DE TOLEDO que la concreta en **la función pública**, y a ésta en **los valores de legalidad, imparcialidad y buen funcionamiento en la Administración Pública**. BACIGALUPO exige un nuevo elemento, que completaría lo anterior, el de **la lesión de la confianza pública en el ejercicio del poder administrativo de acuerdo a los principios del Estado de Derecho**.

Sobre los contenidos del nuevo Texto se manifiestan ORTS BERENGUER y MORALES PRAT-RODRÍGUEZ PUERTA para negar definitivamente la protección de la Administración *per se* o bien de su prestigio o dignidad y reconocer como único interés merecedor de tutela, **la actividad pública, los servicios que los distintos poderes del Estado prestan a los ciudadanos, en el entorno del Estado social y democrático de Derecho.** En tal sentido es relevante la posición programática, aunque puntualmente referida al delito de prevaricación, que acogen las SSTS 600/2014, de 3 de septiembre, y 512/2015, de 1 de julio, cuando afirman que “el delito de prevaricación administrativa es el negativo del deber que se impone a los poderes públicos de actuar conforme a la Constitución y al ordenamiento jurídico. Por ello el delito de prevaricación constituye la respuesta penal ante los abusos de poder que representan la negación del propio Estado de Derecho, pues nada lesiona más la confianza de los ciudadanos en sus instituciones que ver convertidos a sus representantes públicos en los vulneradores de la legalidad de la que ellos deberían ser los primeros custodios”.

Esta última es la línea más adecuada a los contenidos legales, no sólo penales sino también constitucionales. Ciertamente es que cada tipo o grupo de tipos puede caracterizarse por una concreción determinada del interés tutelado, pero como denominador común está la correcta prestación de los servicios públicos como garantía del propio Estado democrático y de Derecho. De todas formas, a ello hay que añadir, porque de lo contrario se reduciría a una pretensión de naturaleza política o a lo más administrativa, **la protección del deber de objetividad e imparcialidad que ha de regir el funcionamiento de la Administración en su labor de satisfacer los intereses y servicios generales que la ciudadanía demanda** (con extensión, sobre bien jurídico VIZUETA FERNÁNDEZ).

2. Opción sistemática

La dimensión de protección pública de los servicios administrativos, el realce de los contenidos de la propia Administración Pública, constitucionalmente desarrollada, la especial consideración a la cualidad de funcionario público o autoridad como elemento que configura los tipos, hacen que el legislador estructure un Título, que se presenta alejado de las previsiones anteriores y que intenta unificar el alcance de estas infracciones.

MORALES PRATS-RODRÍGUEZ PUERTA destacan como fundamento de lo anterior: la supresión de algunas de las figuras típicas que tradicionalmente habían formado parte de este Título (antiguos arts. 372 a 376, 372, etc.); la incorporación de nuevas figuras delictivas (arts. 406, 412.2, 418); la reubicación de algunos delitos incluidos en el antiguo Título VII (prevaricación judicial, usurpación de atribuciones, infidelidad en la custodia de presos, etc.); la nueva organización de los delitos contra la Administración Pública, basada en un intento de racionalizar la casuística anterior, sobre tres niveles de jerarquización punitiva –atentados más graves al principio de legalidad en el ejercicio de las funciones públicas (ejemplo, prevaricación y otros comportamientos injustos),

atentados a principios de carácter organizativo, como el de eficacia, jerarquía y coordinación (verbigracia, desobediencia, denegación de auxilio, violación de secretos), atentados para la obtención de una ganancia ilícita (así, los más directamente relacionados con la corrupción: cohecho, tráfico de influencias, malversación, etc.).

Muchas son, por tanto, las posibilidades de ordenación sistemática para el estudio de estas infracciones. No obstante, nosotros vamos a guiarnos por la propia estructura legal, cuyo orden es el que sigue: **De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos** –arts. 404 a 406–, **abandono de destino y omisión del deber de perseguir determinados delitos** –arts. 407 a 409–, **desobediencia y denegación de auxilio** –arts. 410 a 412–, **infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos** –arts. 413 a 418–, **cohecho** –arts. 419 a 427 bis–, **tráfico de influencias** –arts. 428 a 430–, **malversación** –arts. 432 a 435–, **fraudes y exacciones ilegales** –arts. 436 a 438–, **negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función** –arts. 439 a 444–, **Disposición común** –art. 445–.

3. Sujetos

Otro de los aspectos en los que se coincide parcialmente en todo el Título es en el de los sujetos del delito.

En términos generales, el **sujeto activo** de estas tipologías es, por su especial naturaleza, el funcionario público o autoridad. Es uno de los puntos de encuentro de los delitos contra la Administración Pública. Pero no siempre es así pues en las concretas infracciones se pueden encontrar otros titulares de la acción delictiva, como personas no funcionarias o no autoridades pero asimiladas a éstas, funcionarios de hecho, o incluso particulares. Dadas las especiales características de cada tipo dichas excepciones a la general regla serán estudiadas en cada tema.

Los conceptos de **autoridad y funcionario público**, son, como reiteradamente se ha puesto de manifiesto en este Libro, interpretaciones auténticas que el legislador define en el art. 24, en su núm. 1, para la autoridad y en el 2 para el funcionario público, y a los que nos remitimos, un vez más, para su desarrollo.

Acaso sea interesante referir por el especial significado de estos delitos la autonomía de ambos conceptos con respecto al muy elaborado por la legislación administrativa, sobre todo en atención al funcionario público. No existe un único concepto de funcionario aplicable a las distintas ramas del Ordenamiento jurídico, puesto que el confeccionado por el Derecho Administrativo no tiene relevante trascendencia jurídica respecto a los delitos en los que se considera que el sujeto activo es funcionario público o, en su caso, autoridad, para eso se incluye por voluntad legislativa el referido art. 24.

Sujeto pasivo del delito es la Administración Pública, en la perspectiva y orientación con que ha sido estudiada al hablar del bien jurídico protegido. La no asunción del concepto como tal exclusivamente, abre las puertas a una protec-

ción conjunta e integradora de la Administración y de los propios administrados últimos receptores de los servicios prestados por aquélla.

4. Naturaleza jurídica

De las cuestiones hasta ahora planteadas se infiere la naturaleza jurídica de estos tipos. En términos generales son delitos integrados en la concepción de **delitos especiales**, al limitarse, como ya se ha dicho, en la mayoría de los casos su comisión a funcionario público o autoridad. No siempre es así, pero las excepciones comisivas no desvirtúan tal carácter. Unos son **especiales propios**, en cuanto tienen una estructura peculiar y autónoma –ejemplo, la prevaricación o el abandono de destino–; otros son **especiales impropios**, pues presentan correlación con otros comunes de parecido contenido, diferenciándose por la cualidad del sujeto activo funcionario o autoridad.

Tema encadenado con lo anterior es el frecuente paralelismo sancionador que existe entre tipos penales de estas características que regulan comportamientos próximos cuando no iguales a los contemplados en vía administrativa. Son supuestos claros de doble incriminación que han de resolverse con precisión aplicando el principio *ne bis in idem*. Es un tema que ha creado excesiva confusión y que no está totalmente solucionado en la actualidad, a pesar de que el Tribunal Constitucional se ha manifestado sobre la prevalencia de la sanción penal sobre la administrativa, con la negativa incidencia de la STC de 11 de octubre de 1999, al menos en el orden cronológico en cuanto a imposición, que no en el aspecto dual de su aplicación, pues cabe la posibilidad de aplicar al final de ambos procedimientos las dos sanciones siempre que la conducta de funcionario o autoridad incida en el servicio público, lo que es razonable que ocurra en la casi totalidad de los casos por la propia naturaleza de las infracciones delictivas.

III. PREVARICACIÓN DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y OTROS COMPORTAMIENTOS INJUSTOS

El Capítulo I de este Título XIX, se desglosa en dos grupos de delitos diferenciados entre sí: por un lado la prevaricación del art. 404; por otro, los demás comportamientos injustos –nombramientos ilegales y aceptación de nombramiento ilegal– de los arts. 405 y 406.

1. Prevaricación de funcionario

A. Cuestiones previas

Jurídicamente ha sido definida la **prevaricación** como el faltar conscientemente a los deberes del cargo de funcionario que implican decisión o resolución. QUINTANO RIPOLLÉS más gráficamente resumía su anterior definición al afirmar que **prevaricar** equivale a “torcer el Derecho”. No le faltaba razón a tan insig-

ne penalista, aunque lógicamente semejantes concreciones han de ser revisadas a la luz de los nuevos criterios legales. Pero, en principio, puede aceptarse que la prevaricación es una resolución arbitraria e injusta dictada a sabiendas de ello por autoridad o funcionario público.

En el CP, como ha sido visto y se analizará más adelante, no existe una regulación única e inequívoca de la prevaricación. Junto a la del art. 404, en comentario, se manifiesta, acaso la más tradicional y típica de las prevaricaciones la del Juez o Magistrado que dicta, a sabiendas, sentencia o resolución injusta, de los arts. 446 a 449. Más diluida, aunque asimilada por algunos a la prevaricación, se presenta la de abogado y procurador de los arts. 466 y 467. En el ámbito de la prevaricación de funcionarios también existen tipologías diseminadas en otros pasajes del CP con parecida naturaleza –arts. 320, delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo; 322, delitos contra el patrimonio histórico; 329, delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente–.

En relación al **bien jurídico** protegido, hay que estar a lo narrado con carácter general en la introducción a este tema, aunque con la especificidad que esta figura requiere. Esto es, se protege la correcta prestación de los servicios públicos en los términos planteados y con prioridad para este supuesto, **el adecuado sometimiento al principio de legalidad en el ejercicio de las funciones públicas**. En tal sentido se expresa la STS 284/2009, de 13 de marzo, al estimar que el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación y garantiza, al mismo tiempo, en dicho ámbito, el principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho (asimismo SSTS 1015/2002, de 31 de mayo, 331/2003, de 5 de marzo, 1638/2003, de 4 de diciembre).

Se está inequívocamente ante un **delito especial propio**, que sólo puede ser cometido por autoridad o funcionario público, que forman parte de los órganos administrativos, con capacidad resolutoria, dentro del ámbito propio de funcionamiento de la Administración Pública y que tiene una clara configuración autónoma, a pesar de sus relaciones con otros tipos semejantes.

Es un delito de los denominados de **simple actividad**. La doctrina ha polemizado sobre esta naturaleza de la infracción. Primero, QUINTANO RIPOLLÉS y, después, OCTAVIO DE TOLEDO se han manifestado a favor de su catalogación como delito de resultado. En contra de tal opción se muestra la doctrina mayoritaria: GONZÁLEZ CUSSAC, POLAINO NAVARRETE, SERRANO GÓMEZ, MORALES PRATS-RODRÍGUEZ PUERTA, ORTS BERENGUER. Esta última es la que estimamos más acertada al contenido del delito.

Los requisitos que configuran la prevaricación en el art. 404, son tres de estructura objetiva y uno de subjetiva. Los primeros son: a) dictar una resolución arbitraria por parte de autoridad o funcionario público; b) que además sea injusta; c) que se dicte en asunto administrativo. La subjetiva, que se haga a sabiendas.

B. Elemento objetivo

Como se ha adelantado al comentar la naturaleza jurídica de este delito, al tratarse de un tipo especial, **sujeto activo** sólo podrán ser los funcionarios públicos y las autoridades. Cabe plantearse la hipótesis de la responsabilidad delictiva de los **órganos colegiados**. En este sentido, doctrina y jurisprudencia caminan conjuntamente al afirmar que la conducta típica puede ser realizada por los miembros de un órgano colegiado, siempre lógicamente que se den en ellos las exigencias del precepto. Serán considerados responsables los que con su voto a favor adoptaren la resolución injusta y arbitraria; por el contrario, no lo serán los que se abstengan o voten en contra. Esta orientación ha tenido fundamentación legal con la expresa previsión que en este sentido se encuentra en los números 2 de los arts. 320, 322 y 329.

La acción típica se nuclea en torno al verbo **dictar**. En el lenguaje gramatical-jurídico significa “dar, expedir, pronunciar”. Con referencia a la prevaricación: **dar, expedir, pronunciar resolución arbitraria**. El carácter activo de los verbos utilizados parece dibujar el delito como de acción, con exclusión de las hipótesis omisivas por comisión por omisión. Es decir, no se integrará en el delito la conducta del funcionario o autoridad con comportamiento inactivo; esto es, que hace todo lo contrario, al no dictar ninguna resolución. Alejado de esta posición y en consecuencia a favor de la aceptación omisivo-positiva se decanta OCTAVIO DE TOLEDO. La jurisprudencia y una buena parte de la doctrina están por la primera de la hipótesis, en razón fundamentalmente al verbo utilizado, de claro matiz positivo de hacer. Tema distinto es el de las “resoluciones” obtenidas por **silencio administrativo**, que dada su especial regulación y efectos, pueden considerarse –en opinión fundamentada de MORALES PRATS-RODRÍGUEZ PUERTA–, como integradas dentro del tipo sin necesidad de tener que acudir a ninguna construcción omisiva impropia.

En todo caso, y dicho lo anterior, no faltan autores y jurisprudencia que abren un interesante margen a la prevaricación omisiva. En la primera de las variables MUÑOZ CONDE –puede darse también por omisión del acto administrativo–, CARDENAL MONTRAVETA –admite en los casos es lo que es imperativo realizar una determinada actuación administrativa y su omisión tiene efectos equivalentes a una denegación– QUERALT –la existencia de actos presuntos, superadora del concepto procesal de silencio administrativo, evita por asimilación el debate de la hipótesis omisiva. En parecido sentido se decanta la STS 731/2012, de 25 de septiembre, cuando estima que en lo referente al dictado de resolución prevaricadora la omisión de la resolución cuando existe la obligación de actuar por lo que la omisión de la misma viene a equivaler a una resolución presunta–.

En la segunda, ya se manifiesta en tal línea de sentido de posibilidad omisiva el Acuerdo de 30 de junio de 1997 cuando sobre la conducta de un alcalde que no convoca un pleno que le ha sido solicitado para decidir una moción de censura, considera la conducta subsumible en el tipo de prevaricación administrativa por

entender que dicha prevaricación puede cometerse por omisión. Esta opción se decanta en la actualidad como mayoritaria: en el mismo supuesto de no convocatoria de Pleno STS 1093/2006, de 18 de octubre. Con carácter general, entre otras muchas, SSTS 65/2002, de 11 de enero, 647/2002, de 16 de abril, 449/2003, de 24 de mayo, 787/2013, de 23 de octubre –admite la prevaricación omisiva en aquellos casos concretos en los que existe imperativo para el funcionario o autoridad concernida adoptar una resolución ya que su omisión equivale a una denegación–, 244/2015, de 22 de abril –Alcaldesa que reiteradamente se negó convocar la Comisión Especial de Investigación creada en el Pleno Municipal, Comisión que ella debía presidir–, 374/2015, de 28 de mayo, 512/2015 cit. –se prescindió de todo procedimiento y con tal fin se tramitaron como contratos menores sujetos a requisitos mucho menos estrictos, el encargo de proyectos que superaron el límite cuantitativo fijado al efecto. De esta manera se evitó no solo los principios de publicidad y libre concurrencia que deben estar presentes en la contratación administrativa, sino también cualquier estudio previo sobre posibilidad de realización del proyecto por técnicos municipales incluso de límite del gasto–.

De todo lo dicho con anterioridad parece asumible, posiblemente con carácter de excepción a la regla general de entendimiento de la resolución como actuar activo, la hipótesis de la omisión impropia, siempre lógicamente que se den los requisitos que establece para ello el artículo 11 del CP.

El sujeto ha de dictar **una resolución arbitraria**. La **resolución** es cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general, bien sea de forma expresa o tácita, escrita u oral, con exclusión de los actos políticos o de gobierno. Puede emitirse de forma expresa, tácita, oral o escrita (vid, con mayor amplitud, SSTS 346/1994, de 21 febrero, 76/2002, de 25 de enero, 723/2009, de 1 de julio, 225/2015, de 22 de abril, 512/2015 cit. y ORTS BERENGUER).

El concepto de **arbitraria** es el eje de la mayoría de los delitos contra la Administración Pública y, muy concretamente, del de prevaricación. El que actúa arbitrariamente procede contrario a la justicia, a la razón, a las leyes, “tuerce el derecho”; se sitúa en parámetros lejanos, excluyentes de la legalidad, próximo al abuso de poder. Precisamente por su intensidad en orden a la gravedad de la actuación del sujeto activo, ésta tiene que ser, según la jurisprudencia más reciente, “tan grosera y evidente que revele por sí misma la injusticia, el abuso y el *plus* de antijuridicidad”.

Tal carácter de notoriedad, incluso entendida de forma más limitada, excluye del delito la mera discordancia de la resolución con las diferentes normas y propicia una interpretación marcadamente restrictiva del delito de prevaricación, que es la que se ha abierto camino durante años en nuestra jurisprudencia y en parte de la doctrina. Así lo entiende la STS 426/2000, de 18 de marzo, cuando afirma que el ámbito de la Jurisdicción penal no puede confundirse con el de la Contencioso-administrativa, porque una cosa es verificar la legalidad de la resolución y otra distinta «ex» art. 9.3 CE castigar la arbitrariedad en el ejercicio de las

funciones públicas como fuente u origen de una resolución contraria a derecho generadora de injusticia. La STS 671/1998, de 9 de junio, citada por la posterior 1493/1999, 21 de diciembre, señala que “el delito de prevaricación no trata de sustituir a la Jurisdicción Contencioso-administrativa en su labor genérica de control del sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, sino de sancionar supuestos-límite en los que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la Autoridad y Funcionario, perjudicando al ciudadano afectado (o a los intereses generales de la Administración Pública) en un injustificado ejercicio de abuso de poder. No es la mera ilegalidad sino la arbitrariedad lo que se sanciona”

Con mayor concreción lo refiere la susodicha STS 512/2015: cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto; pues en esos casos la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen, precisamente, para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la ley establece para la actuación administrativa concreta, en la que adopta su resolución (en parecido sentido: SSTs 743/2013 de 11 de octubre, 152/2015, de 24 de febrero, 259/2015, de 30 de abril).

La resolución arbitraria ha de ser, como se ha apuntado, además **injusta**. El término injusto aparece íntimamente relacionado con el de arbitrario. Aunque sus significados no son idénticos, la dimensión en la cual se mueven propicia un acercamiento que lleva a pensar, incluso, en la innecesariedad de uno de los dos. Si se ha definido el acto arbitrario como contrario a la justicia, a las leyes, etc., el injusto tiene que entenderse igualmente como opuesto al Ordenamiento jurídico. Una resolución injusta es, en principio con las matizaciones antes expuestas, una resolución arbitraria que en definitiva, pone de manifiesto que no actúa el sujeto sobre un Derecho encaminado al funcionamiento de la Administración conforme a las orientaciones constitucionales sino que hace efectiva su voluntad sin fundamento jurídico aceptable sino todo lo contrario.

En el bien entendido sentido que es preciso tener muy claro la diferencia entre **ilegalidad administrativa** y **prevaricación**. La utilización del Derecho Penal en estos supuestos va más allá de la mera ilegalidad, incluso en los casos de nulidad de pleno derecho, inicialmente bajo el marco de la jurisdicción Contencioso-administrativa, no cabe ser identificados de forma absoluta con el delito en estudio

Con la citada STS 284/2009 resumo algunas variables prácticas de esa manifiesta contradicción con el derecho del acto realizado por la autoridad o funcionario público: **a)** no es sostenible éste mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley (STS 1497/2002, de 23 de septiembre); **b)** cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor (STS 678/2002, de 17 de mayo); **c)** cuando la resolución adoptada, desde el punto de

vista objetivo, no resulta cubierta por ninguna interpretación de la Ley basada en cánones interpretativos admitidos (STS 76/2002, de 25 de enero)

Otra cuestión, importante, sin duda también, pero distinta, es la dificultad que en determinados supuestos tiene el apreciar lo que es justo o injusto, legal o ilegal. La mejor prueba de ello son los continuos cambios de criterios interpretativos cuando se acude mediante recurso a órganos diferentes y superiores.

Todo lo anterior ha de realizarse en **asunto administrativo**. Por tal hay que entender el que incida en la esfera de dicha competencia, es decir, del Derecho Administrativo.

C. Elemento subjetivo

La referencia legislativa a **sabiendas** propicia varias consecuencias en el aspecto subjetivo del delito. La primera de ellas, es la imposibilidad de su comisión imprudente –tampoco la refiere en artículo distinto–, y la doloso eventual –a favor ORTS BERENGUER–. La segunda, y como consecuencia de la anterior, es la de que el sujeto ha de dictar la resolución con conciencia y voluntad del acto, con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad e injusticia de la resolución. El tal línea STS 225/2015, de 22 de abril – el sujeto, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente **injusto**, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración, esto es con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado, o sea concurriendo los elementos propios del **dolo**–.

D. Especiales formas de aparición del delito y pena

El delito se consuma en el momento en que el funcionario o autoridad dicta la resolución injusta. Como delito de simple actividad es de difícil aceptación la posibilidad de **tentativa**. Algunos autores, como MORALES PRATS-RODRÍGUEZ PUERTAS, admiten que técnicamente es factible, dependiendo de los trámites o sucesivos pasos que requiera la resolución para emitirse –también ORTS BERENGUER–. Propuesta que me ofrece serias dudas.

En relación a la **participación delictiva**, al tratarse de un delito especial propio, excluye la autoría de un particular, incluida la autoría mediata. Sí caben, por el contrario, las formas de participación, –inducción, cooperación necesaria y complicidad– tanto para el extraneus como, lógicamente, para el intraneus.

La **pena** con que se sancionan estos delitos es la de inhabilitación especial para el empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años.

2. Otros comportamientos injustos

Junto a la prevaricación administrativa el legislador penal ha incluido con la fórmula genérica y complementaria de otros comportamientos injustos, dos modalidades de distinta naturaleza pero íntimamente conectadas entre sí. En el art. 405 regula una especie de prevaricación administrativa especial, aunque sin la exigencia específica de la arbitrariedad; y en el 406 la réplica bilateral, en atención a los sujetos, a esta última infracción.

A. Nombramientos ilegales

La identificación que he hecho de este tipo con la prevaricación del artículo anterior me posibilita omitir algunos elementos que son comunes a ambos. Veamos los diferenciales.

El **sujeto activo** es todavía más restrictivo que en la prevaricación, pues si bien lo es también el funcionario público o autoridad, es necesario que entre sus atribuciones y competencias genéricas estén las de proponer, nombrar o dar posesión, con lo que el círculo de aquél se limita y especializa.

La **conducta típica** se configura con tres verbos distintos: proponer, nombrar o dar posesión. Todo ello con la finalidad del ejercicio por parte de otra persona de un determinado cargo público sin que concurren los requisitos establecidos para ello. **Proponer** hay que entenderlo como hacer por parte del sujeto activo la propuesta de nombramiento; **nombrar** es señalar a uno para el determinado cargo público; **dar posesión** supone la finalización del proceso con el efectivo ejercicio de la persona en el cargo. Son tres formas necesarias, pero sucesivas. Cualquiera de ellas configura el delito y si se dan las tres, cosa que puede ser frecuente, existirá obviamente un solo delito de nombramiento ilegal. En relación a la exigencia de que **no concurren los requisitos legales establecidos para las tres modalidades de conducta**, hay que advertir que han de ser requisitos esenciales. El incumplimiento de meros trámites de índole accesoria no determina el tipo. La concreción de **cargo público** no es fácil y mucho menos cuando se refiere a funcionarios públicos. A los puestos de trabajo en la Administración Pública se puede acceder, como funcionario de carrera, como funcionario interino o como personal laboral fijo o temporal. El delito acoge al primero; también al segundo, aunque con más interrogantes; en cuanto al tercero, un sector de la doctrina lo excluye (MORALES PRATS-RODRÍGUEZ PUERTA). Hipótesis esta última que me ofrece serias dudas en cuanto a su negación; sobre todo en relación al personal laboral fijo.

El **elemento subjetivo** es una repetición de la prevaricación. Como allí, la introducción del término **a sabiendas**, produce un delito doloso, que excluye la imprudencia y el dolo eventual.

La pena con que se castiga es la de multa de tres a ocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años. Rebaja sensiblemente

la pena privativa de derechos, en tiempo y cualidad, con respecto al art. 404, e incorpora, sin embargo, la de multa, ajena a éste.

B. *Aceptación de nombramiento ilegal*

El núcleo esencial de este delito es el mismo que el anterior, con la particularidad de que el sujeto activo es el particular que acepta la propuesta, nombramiento o toma de posesión. Por tanto, dos diferencias esenciales: con respecto al sujeto activo y en relación a la conducta típica.

Sujeto activo puede serlo cualquiera. El delito se transforma de especial en **común**, en conexión, eso sí, con el delito especial del art. 405. Es, además un delito bifronte, pues necesita de aquél para su realización.

La **conducta típica** se circunscribe al verbo **aceptar**, que es recibir voluntariamente lo que se ofrece; en este caso recibir voluntariamente la propuesta, nombramiento o toma de posesión de un determinado cargo público. Dicha actuación la tiene que realizar el sujeto activo, **sabiendo** que carece de los requisitos legalmente establecidos, por lo que también aquí se excluye cualquier posibilidad de comisión imprudente y de dolo eventual.

La **pena** es, en cuanto a la multa, idéntica a la del art. anterior; difiere, sin embargo, en la privativa de derechos, pues como es obvio difícilmente se podría aplicar una pena de estas características al que no es ni autoridad ni funcionario público.

BIBLIOGRAFÍA

- AAVV., "Delitos de los funcionarios públicos", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, marzo 1994. AAVV., "Los delitos de los funcionarios públicos en el CP de 1995", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1996. AAVV., "*Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo CP*", en edit., Muñoz Conde, Sevilla, 1997. AAVV., "*Los delitos contra la Administración Pública*", coordinación Asúa Batarrita, Bilbao, 1997. AAVV. *Tratado de Derecho Penal Español. Parte Especial. III. Delitos contra la Administración Pública y de Justicia*. Dir. Álvarez García. Valencia, 2013. ALONSO PÉREZ, *Delitos cometidos por funcionarios públicos en el nuevo CP*, Madrid, 2002. BACIGALUPO ZAPATER, "Sobre la reforma de los delitos de funcionarios", en *DJ*, 1983. CATALAN SENDER, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios en el nuevo CP*, Barcelona, 1999. FEIJOO SÁNCHEZ. *Delitos contra la Administración pública en el CP de 1995: consideraciones generales, nuevas figuras y modificación de otras conocidas*. RPCP, 1999. FERRÉ OLIVÉ Y OTROS, *Fraude y corrupción en la Administración Pública*, Vol III, Salamanca, 2002. GONZÁLEZ CUSSAC, *El delito de prevaricación del funcionario público*, 2ª ed., Valencia, 1997. GARCÍA PAZ.-JIMÉNEZ VACA. Sobre el delito de prevaricación administrativa en el Código Penal español. *La Ley*, nº 8279, 2014. MARTÍN CANIVELL, "Prevaricación", en

La Ley, 1996. MORALES PRATS-RODRÍGUEZ PUERTA, *De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos*. En Comentario. Quintero Olivares, 2011. MUÑOZ CLARES. El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios. En *Revista General del Derecho*, nº 20, 12013. MUSCO, “A propósito de la tutela penal de la Administración”, *RP*, 2002. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La prevaricación del funcionario público*, Madrid, 1980. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, “El delito de prevaricación de funcionarios públicos en el CP”, en *La Ley*, 1996. ORTS BERENGUER, en *Comentarios al CP de 1995*, Valencia, 1996. ORTS BERENGUER. “Prevaricación administrativa y nombramientos ilegales. En Comentarios a la Reforma Penal de 2015. Dir. González Cussac. Valencia 2015. ESQUIVIAS JARAMILLO. Delito de prevaricación administrativa. Adjudicación irregular de contratos. En CEF Legal. Revista práctica del Derecho, nº 178, 2015. PORTERO GARCÍA, “El delito de prevaricación de funcionarios públicos”, en *La Ley*, 2000. RODRÍGUEZ LÓPEZ, *Delitos contra la Administración Pública*, Barcelona, 2008 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES. “Delitos de funcionarios, aproximación a su PG”, en *Revista Canaria de Ciencias Penales*, nº 3, 1999. SERRANO GÓMEZ, *Delitos contra la colectividad*, Madrid, 1997. SGUBBI, “Los delitos contra la Administración Pública”, en *CPC*, nº 70, 2000. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, *Los delitos contra la Administración Pública*, Santiago de Compostela, 2003.

SEGUNDA LECTURA

Morillas Cueva, L. (2015). Delitos contra la administración justicia (I). Prevaricación. Omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución. Del encubrimiento. De la realización arbitraria de propio derecho. En Morillas Cueva, L. (Dir.). Sistema de Derecho Penal Parte Especial (2ª ed.). Madrid, España. Dykinson, pp. 1199-1218.

La presente lectura está dedicada al estudio de los delitos contra la Administración de Justicia. Esta regulación no se limita a la exclusiva potestad jurisdiccional: la administración de justicia es el bien jurídico protegido por estos delitos en su sentido normativo de realización del derecho positivo y alejada de una interpretación moralista. Una vez situado el objeto jurídico de protección general, debe bajarse al caso concreto de las específicas tipologías para situarlo de manera individualizada en ellas.

SISTEMA
de
DERECHO PENAL
Parte Especial

2ª edición

Lorenzo Morillas Cueva
(Dirección)

Ignacio F. Benítez Ortúzar
Bernardo Del Rosal Blasco

Lorenzo Morillas Cueva
Miguel Olmedo Cardenete

Jaime Peris Riera

● **José E Sáinz-Cantero Caparrós**

Dykinson, S.L.

Lorenzo Morillas Cueva

Dirección

**SISTEMA
DE
DERECHO PENAL**

Parte especial

IGNACIO F. BENÍTEZ ORTÚZAR

BERNARDO DEL ROSAL BLASCO

LORENZO MORILLAS CUEVA

MIGUEL OLMEDO CARDENETE

JAIME PERIS RIERA

JOSÉ E SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS

*2ª edición, revisada y puesta al día
conforme a las leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015*

Dykinson, S.L.

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico. 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 47)

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial
Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes_somos

© Copyright by
Los autores
Madrid

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-9085-707-6
Depósito Legal: M-6048-2016

Preimpresión por:
Besing Servicios Gráficos S.L.
e-mail: besingsg@gmail.com

Capítulo 56
DELITOS
CONTRA LA ADMINISTRACIÓN JUSTICIA (I)
PREVARICACIÓN. OMISIÓN DE LOS DEBERES DE IMPEDIR DELITOS
O DE PROMOVER SU PERSECUCIÓN. DEL ENCUBRIMIENTO.
DE LA REALIZACIÓN ARBITRARIA DE PROPIO DERECHO

LORENZO MORILLAS CUEVA

Sumario: I. Introducción.- II. Prevaricación judicial: 1. Prevaricación dolosa: A. Sujetos. B. Conducta típica. C. Elemento subjetivo. D. Formas especiales de aparición. 2. Prevaricación imprudente. 3. Negativa a juzgar. 4. Retardo malicioso.- III. Omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución: 1. Cuestiones previas. 2. Modalidades delictivas: A. Omisión de los deberes de impedir delitos. B. Omisión de promover su persecución.- IV. Encubrimiento: 1. Cuestiones previas. 2. Modalidades típicas. 3. Punición. 4. Excusa absoluta.- V. Realización arbitraria del propio derecho: 1. Tipo básico. 2. Tipo agravado.- Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Terminado el estudio del Título anterior dedicado a la Administración Pública, el siguiente está igualmente dedicado a otra Administración, pilar esencial asimismo del Estado social y democrático de Derecho, como es la justicia, uno de los tres poderes que nuestra Constitución proclama y que, como dice el art. 1º.2 emanan del pueblo español donde reside la soberanía nacional, proclamación reiterada y desarrollada con mayor precisión en los arts. 117 y ss.; artículo, este citado, que realza en su número 1º a los Jueces y Magistrados como administradores de la justicia e integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley. La STS 992/2013, de 20 de diciembre, lo valora de la siguiente manera: la existencia de un poder judicial, o de una autoridad judicial, que desarrolle la función jurisdiccional de un Estado democrático, es uno de los pilares básicos del Estado de Derecho. Su condición de independiente es una condición que posibilita la legitimidad del Estado y al mismo tiempo un elemento fundamental de la independencia judicial es la vinculación del Juez exclusivamente a la ley. Dicha sujeción del Juez a la nor-

ma supone la ausencia de responsabilidad del Juez por las decisiones que adopte, siempre y cuando actúe en el ámbito de la ley. De esta manera se garantiza la vigencia real del derecho y la protección jurídica de los ciudadanos.

Sobre semejantes bases, de protección al sistema y de los ciudadanos frente al sistema, el CP le dedica a los Delitos contra la Administración de Justicia el Título XX del libro segundo, con un amplio y detallado catálogo de delitos, nueve Capítulos de los que ocho están dedicados a la Administración de Justicia Española y uno, el IX, a la Administración de Justicia de la Corte Penal Internacional, que a efectos sistemáticos voy a analizar siguiendo la estructura del propio Texto punitivo: Prevaricación judicial (I), De la omisión de los deberes de impedir determinados delitos o de promover su persecución (II), Del encubrimiento (III), De la realización arbitraria del propio derecho (IV), De la acusación y denuncias falsas y de la simulación de delitos (V), Del falso testimonio (VI), De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional (VII), Del quebrantamiento de condena (VIII), De los delitos contra la Administración de Justicia de la Corte Penal Internacional (IX).

Como puede comprobarse por la narración realizada de los diversos grupos de delitos que integran el Título estos muestran una relevante heterogeneidad que hace difícil presentar una propuesta uniforme, como no sea a efectos clasificatorio, sobre el objeto de protección –MUÑOZ CONDE estima que el Título adolece de una cierta vaguedad e imprecisión respecto al bien jurídico protegido–. En principio, sin embargo, por la denominación del Título puede ser sencillo, dado que la referencia a la **Administración de Justicia** cabe presentarla como criterio aglutinador de las diferentes variable. El problema se deriva de la interpretación de dicha referencia. Desde una perspectiva formal es posible pensar en una identidad de aquella con los postulados constitucionales de protección jurisdiccional de los derechos enumerados por el art. 24 de la CE –derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión, derecho al Juez ordinario, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informado de las acusaciones formuladas, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, a no declarar contra uno mismo, a no confesarse culpable, a la presunción de inocencia– son la base esencial de un sistema penal democrático y, por tanto, necesitados en sus conculcaciones más grave de protección penal.

Sin embargo, la regulación de los delitos contra dicha Administración de Justicia va más allá, no limitándose a la exclusiva potestad jurisdiccional, que también, enmarcada en lo individual en la cobertura del denominado Poder Judicial que no hay que identificarlo con la **Administración de Justicia** tutelada penalmente. Ella es el bien jurídico primario protegido por estos delitos, necesariamente concebida, como dice ÁLVAREZ GARCÍA, en su sentido normativo de realización del derecho positivo y alejada de una interpretación moralista de un ideal de Justicia, término ambiguo y complejo de concretar, del que ha de huir el Derecho

pena moderno. Una vez situado este objeto jurídico de protección general y prioritario tendrá que bajarse al caso concreto de las específicas tipología para situarlo de manera individualizada en ellas.

II. PREVARICACIÓN JUDICIAL

En el Título anterior se ha estudiado otra forma de prevaricación, la administrativa, que tiene un componente nuclear muy parecido a la prevaricación judicial contenida en los arts. 446 a 449 y que ahora vamos a estudiar. Las diferencias conceptuales son mínimas y provocadas por la naturaleza de cada una de ellas. Difieren en los sujetos –activo, en aquella autoridad o funcionario público, en esta, Juez o Magistrado; pasivo administración pública, ahora administración de justicia–, en el objeto, resolución en asunto administrativo, en la primera, sentencia o resolución, en la segunda. La STS 723/2009, de 1 de julio, profundiza en la intensidad de las conductas, parecidas pero no iguales, cuando advierte que para la prevaricación administrativa se requiere una resolución arbitraria que adopte la autoridad o funcionario con lo que se refuerza el carácter de “estruendosa” injusticia como elemento del tipo del delito; mientras que para la prevaricación judicial la exigencia es de una resolución injusta, sin más calificativos que pudieran elevar el grado de importancia de la injusticia.

El bien jurídico protegido parte como en todos los demás tipos de este Título, en la Administración de Justicia, particularizándose en el **quebranto de la función judicial de decidir aplicando únicamente el derecho** de la forma prevista en el referido art. 117.1 de CE. La STS 992/2013, de 20 de diciembre, se manifiesta con claridad en esta línea al afirmar que la prevaricación no consiste en la lesión de bienes jurídicos individuales de las partes en el proceso, sino en la **vulneración del Estado de Derecho** al quebrantar la esencial función judicial de decidir aplicando el derecho, por lo que con la realización delictiva se produce un abuso de la posición que este otorga al Juez, con evidente quebranto de sus deberes constitucionales. Ello significa, en definitiva un comportamiento dañoso para la correcta administración de justicia.

1. Prevaricación dolosa

La prevaricación judicial se estructura a través de varias formas de presentación. En primer lugar diferencia dos tipos en relación al elemento subjetivo: uno doloso, otro impudente. Completa la narración con dos formas especiales: la negación a juzgar y el retardo malicioso.

La tipología más destacada de este grupo de delitos se encuentra en el artículo 446 que comienza con la descripción típica para luego concretarla a través de una gradación de penas. Obviamente al tratarse del tipo doloso únicamente puede ser realizado de esta manera.

A) *Sujetos*

Se trata de un delito especial propio exclusivamente restringido en cuanto a sujetos activos a los Jueces y Magistrados (SSTS 877/1998, de 24 de junio, 571/2012, de 24 de junio). El sujeto pasivo como titular del bien jurídico protegido es la administración de justicia.

B) *Conducta típica*

La conducta prevaricadora referida en el artículo 446, muy parecida a la del 404, se concreta en **a sabiendas dictar sentencias o resoluciones injustas**. Tanto el verbo dictar como el concepto de resolución ya fue expuesto cuando atendía a la prevaricación administrativa a la que me remito. De todas formas en la judicial hay que matizar que de las diversas acepciones del verbo dictar la más cercana a los contenidos de este artículo es la de pronunciar. Igual sucede con las resoluciones más acotadas en dicha tipología y dirigidas fundamentalmente a las dos hipótesis de tal naturaleza que refiere el art. 245.1 de la LOPJ: a) **Providencias**, cuando tengan por objeto la ordenación material del proceso; b) **Autos**, cuando decidan recursos contra providencias, cuestiones incidentales, presupuestos procesales, nulidad del procedimiento o cuando, a tenor de las leyes de enjuiciamiento deban revestir esta forma. El citado art. 245 LOPJ, en su letra c) incluye asimismo la **Sentencia** –deciden definitivamente el pleito o causa en cualquier instancia o recurso, o cuando, según las leyes procesales, deban revestir esta forma– como una variable de las resoluciones judiciales, con lo que se produce en la distinción del legislador penal una cierta duplicidad ya que el término resolución incluye el de sentencia. Quiero pensar que lo hace no por incongruencia sino para destacar esta resolución más trascendente.

Igualmente coinciden en la exigencia que sean injustas y dictadas a sabiendas. Con respecto a lo primero es jurisprudencia mayoritaria apreciar por un lado, la mayor gravedad de la prevaricación judicial –así parece entenderlo igualmente el legislador penal con la presencia en estos casos de pena de prisión para el supuesto más grave y de multa en todos: no así en lo referente a las penas privativas de derechos en las dos hipótesis menos graves–; por otro lado, dicha prevaricación judicial es un delito de técnicos del Derecho, de ahí su mayor plus de injusticia. En tal sentido, es notable la comprensión interpretativa que de la injusticia hace la **STS 228/2015, de 21 de abril**, síntesis de otras muchas resoluciones judiciales de esta naturaleza: la Sala ha acudido a una formulación objetiva de manera que puede decirse que tal condición aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor o cuando la resolución adoptada –desde el punto de vista objetivo– no resulta cubierta por ninguna interpretación de la ley basada en cánones interpretativos admitidos cuando así ocurre, se pone de manifiesto que el sujeto activo del delito no aplica

la norma dirigida a la resolución del conflicto, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable (asimismo, entre otras, SSTS 76/2002, de 25 de enero, 878/2002, de 17 de mayo, 1497/2002, de 23 de septiembre).

Igualmente es necesario distinguir a estos efectos entre la falta de acierto judicial en la legalidad y la injusticia, pues la legalidad, según expone la **STS 101/2012, de 27 de febrero**, la marca la ley y la interpretación que de la misma realice el órgano dispuesto en la organización de los tribunales como superior en el orden jurisdiccional de que se trate, en tanto que la injusticia supone un *plus*, una acción a sabiendas de la arbitrariedad de la decisión judicial adoptada. El término **a sabiendas** se muestra como un elemento subjetivo del tipo que supone, según la citada STS 228/2015 tener conciencia del total apartamiento de la legalidad y de las interpretaciones usuales y admisibles en derecho, debe ser puesto y valorado desde la condición del Juez de técnico en derecho y por tanto conocedor del mismo. Dicho de otro modo, el elemento subjetivo se cumple cuando el Juez sabe que su resolución no es conforme a derecho y se aparta de los métodos usuales de interpretación siendo su voluntad la única explicación posible.

Como anteriormente he expuesto, el legislador enumera las diversas modalidades de prevaricación judicial a través de gradación de las penas a imponer, sobre tres variables de mayor a menor punición. Destacar, como apoyo a la interpretación que antes he realizado sobre la autonomía del término sentencia en relación a las resoluciones, que los dos primeros números están referidos exclusivamente a sentencias, mientras que el tercero comparte sentencia con resolución, por lo que habrá que estimar que Autos y Providencias aunque se dicten dentro de un procedimiento penal se han de incluir en el nº3.

- a) Cuando se trata de sentencia injusta contra el reo en **causa criminal por delito grave o menos grave**. Este primer supuesto presenta una doble variable: a') no hubiera llegado a ejecutarse la sentencia –prisión de uno a cuatro años–; b') si se hubiere ejecutado –misma pena de prisión en su mitad superior y multa de doce a veinticuatro meses–. En ambos casos se impondrá la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años.
- b) Cuando lo sea contra el reo dictada en proceso por delito leve –pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años–
- c) Cuando dictara cualquier otra sentencia o resolución injusta –pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a veinte años–.

C) *Elemento subjetivo*

Por todo, lo dicho en relación al elemento subjetivo en este delito, no cabe ninguna duda, y así incluso he titulado el epígrafe, que se trata de un delito doloso en cuanto al art. 446. Lo que no quiere decir que se niegue la hipótesis de

prevaricación imprudente puesto que el propio legislador la regula en el artículo 447. La cuestión es, entonces, la posibilidad de aceptar la comisión doloso eventual. En principio no debería haber problema puesto que si acepta la imprudente con mayor justificación cabe hacerse con aquél. Sucede, no obstante, que la diferenciada descripción típica entre el doloso y el imprudente, con la inclusión en aquél del elemento subjetivo a sabiendas parece vetar la hipótesis eventual lo que no deja de ser una contradicción relevante, pues en este caso se ignoraría el puente conceptual que significa el dolo eventual entre el directo y la imprudencia.

D) *Formas especiales de aparición.*

Se trata de un delito de simple actividad que se consuma con el dictado de la sentencia o resolución injusta y su inclusión en las actuaciones judiciales. No es fácil pensar en la posibilidad de tentativa aunque conceptualmente no es descartable –HAVA GARCÍA marca semejante posibilidad sobre dos ejemplos: firma de resolución injusta, pero que el secretario Judicial, a la vista de su contenido, no llega a tramitarla y, en consecuencia, no la une al procedimiento o en la hipótesis en que la ponencia prevaricadora, como parte de un Tribunal, no llega a convertirse en sentencia por el voto contrario de la mayoría. Difícil de pensar en la realidad de ambas, fundamentalmente en la segunda, que genera múltiples dudas para admitirla como tentativa.

Como se ha dicho es un delito especial propio cuyo autor ha de ser Juez o Magistrado, la participación del *extraneus* en las diversas forma de autoría se regirá por las normas generales de esta. En tal sentido, la STSJ de Cataluña 1/2005, de 3 de enero, estima que la participación del extraño en el delito de prevaricación judicial en calidad de autor puede ser por **cooperación necesaria** o por **inducción**. En el caso que valora, la autoría de P.V. se alcanza por la primera vía, puesto que, consecuencia del pacto existente entre este último y P.E. aquél realizó actos de cooperación, de todo punto indispensables para el éxito de su común designio criminal.

2. Prevaricación imprudente

Ha sido adelantado y ahora concretado que el artículo 447 recoge el delito de prevaricación judicial imprudente, por expresa determinación legislativa, como exige el art. 12 del CP. Contiene dos posibilidades de realización: a) por **imprudencia grave**; b) por **ignorancia inexcusable**. Los demás requisitos son casi los mismos que para el tipo doloso –sujeto, Juez o Magistrado; conducta típica, dictar sentencia o resolución manifiestamente injusta–.

Obsérvese que lógicamente se excluye el a sabiendas, pero se incorpora el término manifiestamente en relación a la injusticia, que no está en el tipo doloso. Es frecuente en la jurisprudencia señalar la dificultad de que se realice este tipo pues el hecho de dictar una resolución manifiestamente injusta por una de las dos vías indicadas por parte de un funcionario tan docto en derecho como es el

Juez o Magistrado cierra prácticamente las posibilidades de esta tipología. Así lo destaca, entre otras, la STS 228/2015, de 26 de abril, cuando señala que es difícil representarse un supuesto de prevaricación judicial imprudente, pues el hecho de dictar una resolución injusta por un funcionario tan cualificado como es el Juez, deja poco espacio a un actuar negligente. Su ámbito de aplicación puede ser el de desatención grave de la oficina judicial causal a una actuación judicial manifiestamente injusta.

La pena fijada para este supuesto es la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años.

3. Negativa a juzgar

El artículo 448 refiere la negativa a juzgar. Conducta antítesis de las funciones constitucionalmente encomendadas a los Jueces y Magistrados y supone, en principio, un quebranto del derecho acogido en el art. 24.1 de la CE de tutela judicial efectiva. Semejante comportamiento tiene un alcance importante para la esencia de la administración de justicia. El tipo consiste, en esencia, en no decidir o pronunciarse sobre las pretensiones formuladas ante los órganos jurisdiccionales. Para que semejante conducta entre en el ámbito penal se requiere, además: a) que no se alegue causa legal para semejante negativa; b) o que se pretexto oscuridad, insuficiencia o silencio de la Ley.

Aunque en la redacción del artículo solo se habla de negar –decir que no a lo que se pretende o se pide, o no concederlo; en este caso no a ejercer la jurisdicción, a juzgar en su más amplia dimensión, no solo a dictar sentencia– es pacífica doctrina jurisprudencial que la negativa ha de ser **abiertamente** ilegal. Generalmente se trata de una conducta de acción (MANJÓN-CABEZA OLMEDA), a pesar de no ser teoría pacífica, pues cabe pensar en la inactividad aunque puede ser confundida con los contenidos del artículo siguiente dedicado al retardo malicioso. No es esta la opinión de la STSJ de Madrid 15/2014 al mantener que en el elemento objetivo se comprende no solo el rechazo directo del Juez a fallar sobre el fondo del asunto (normalmente mediante sentencia), sino también cualquier conducta omisiva que paralice directa o indirectamente el procedimiento y haga imposible el dictado de la resolución. Cuestión esta última que me parece asumible.

En semejante línea la susodicha STSJ amplía todavía más su fundamento argumentativo al afirmar con acierto que no exige una resolución expresa, que exteriorice la voluntad de no juzgar: se puede no resolver, por haberlo decidido así, y que esa voluntad se exteriorice a través de la inactividad misma. El problema que surge de la anterior aseveración de nuestro Alto Tribunal es la necesidad de acreditar cuándo la omisión responde exactamente a esa decisión interna del Juez o Magistrado de no resolver y de esta manera poder diferenciarla de las hipótesis de retardo malicioso o incluso de la simple negligencia que al no estar sancionada penalmente en este supuesto tendría que dirigirse, por muy grave que sea, hacia la sanción administrativa disciplinaria. El tema queda esencialmente circunscrito a una cuestión probatoria, dentro de la cual la STSJ de Madrid en cita estima para

ello elemento esencial la duración de la inactividad, su vocación de perpetuidad o permanencia.

Curiosamente la pena señalada para este importante tipo es menor que la anteriormente citada para el de prevaricación judicial imprudente. Aquí es de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años.

4. Retardo malicioso

El citado retardo malicioso está regulado en el art. 449 con planteamientos distintos a los hasta este momento enunciados. Así en relación a los sujetos activos no solo contempla al Juez y Magistrado sino que asimismo incluye, en igual nivel de responsabilidad, al Secretario Judicial –ahora Letrado de la Administración de la Justicia, según denominación introducida por la LO 7/2015, de 21 de julio, de modificación de la LOPJ–. Incluso introduce un tipo **atenuado** en el n° 2 abierto a **funcionario distinto** de los tres mencionados, cuando el retardo le sea imputable.

Contiene un tipo subjetivo del injusto, concretado en la exigencia de retardo **malicioso**. El propio legislador hace, en el n° 1, inciso final del art. 449, una interpretación auténtica de dicho concepto: “**el retardo provocado para conseguir cualquier finalidad ilegítima**”. Adelanta la ilegitimidad del retardo a la sola búsqueda, por cualquier medio, de esa ilegitimidad. Por otro lado, cabe entender que malicioso es un adjetivo de retardo por lo que hay que concretar el concepto y alcance de este que puede situarse desde una perspectiva gramatical en “diferir, detener, entorpecer, dilatar”. La pregunta es si siendo el retardo malicioso este se perfecciona sin límite de tiempo. Es decir, si el propio concepto de retardo exige una cierta temporalidad. Creo que sí. El problema es su concreción, cuestión que habrá que dejar a la interpretación judicial en el caso concreto. Se ha estimado en tal línea que un retraso de unos meses en resolver un recurso no es deseable, sin que ese retraso pueda identificarse, sin más, con el exigido por el legislador penal. En cualquier caso, y dada la dificultad de encontrar una solución pacífica y unitaria se ha de estar a una interpretación aplicativa en atención a las circunstancias del caso y a los factores objetivos y subjetivos que sean congruentes con los enunciados genéricos del tipo en análisis –tiempo, finalidad a conseguir–.

Por otro lado, el retardo va más allá que las dilaciones indebidas, más dirigidas a responsabilizar al sistema judicial como tal y por derivación al Estado que al sujeto concreto –y la prueba más evidente de semejante aseveración es la relevante y criticada atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6 del CP (MORILLAS CUEVA)–, aunque individualmente pueda ser objeto de una **sanción disciplinaria** –para los Jueces y Magistrados se estima falta muy grave, y subsidiariamente grave, según el art. 417.9 de la LOPJ, 418. 11 para la grave, “la desatención o el retraso injustificado y reiterado en la iniciación, tramitación o resolución de procesos y causas o en el ejercicio de cualquiera de las competencias judiciales”. Esencial aquí es que el retraso sea **injustificado y reiterado**–; o una pena si el retardo es ma-

licioso con el objetivo de conseguir cualquier finalidad ilegítima, la conducta pasa al ámbito punitivo. En este sentido diferencial el ATS de 24 de octubre de 2013 marca, en el caso concreto atendido, que una cosa es el lapso de tiempo transcurrido desde que se incoan las diligencias hasta que se dicta el Auto de apertura del juicio oral, aun cuando pudiesen concurrir dilaciones indebidas, y otra distinta que se haya realizado la conducta descrita en el tipo penal que exige la persecución de una finalidad ilegítima por parte del autor.

El retardo puede devenir como consecuencia de dos hipótesis: a) una meramente omisiva –dejar de resolver aquello a lo que el Juez, o alguno de los demás sujetos incluidos en el art. 449, está obligado–; b) otra, de acción –supeditar la obligada resolución al cumplimiento de trámites inútiles o injustificados que provocan una dilación en la resolución que afecta a la propia administración de justicia que, sin las citadas trabas, no habría tenido lugar. Provocadas ambas sobre la idea de la finalidad ilegítima a conseguir. Es un tipo claramente doloso por su estructura, naturaleza y porque el legislador no ha creído conveniente tipificar expresamente la modalidad imprudente, dejando la punición de estas conductas para los supuestos más graves, incluso desde la perspectiva subjetiva.

Las penas señaladas presentan, coherentemente con las dos modalidades típicas, una doble cuantificación: por un lado, para el tipo básico la misma que se fija para el anterior artículo –negación a juzgar–, estos es, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años; por otro, para el atenuado la misma, pero en su mitad inferior.

III. OMISIÓN DE LOS DEBERES DE IMPEDIR DETERMINADOS DELITOS O DE PROMOVER SU PERSECUCIÓN

1. Cuestiones previas

El Capítulo II de este Título XX está ocupado por una doble infracción omisiva: omitir los deberes de impedir delitos y la de promover su persecución. Su naturaleza es de omisión propia y están contenidos en un único art. 450. Es necesario desde el principio diferenciar ambas hipótesis ya que tienen un deficitario casamiento en común. El mejor ubicado sistemáticamente es el primero de ellos que corresponde a los contenidos del artículo 450.1; el segundo, nº 2 del mismo artículo genera serias dudas en cuanto a su incorporación dentro de los delitos contra la Administración de Justicia, sobre todo por su deficiente redacción en la nominación del Capítulo.

—Inicialmente el bien jurídico protegido en ambos, al menos en relación a su ubicación sistemática, es la **Administración de Justicia**, en derivación concreta en el deber de colaboración ciudadana en las tareas de prevención de determinados delitos y en el de asistir a los órganos estatales encargados de prevenir la realización de los mismos (GONZÁLEZ RUS). Jurisprudencialmente han caminado en este sentido de manera conjunta. Así, la SAP de Sevilla, Sección 1ª,

192/2006, de 27 de marzo, parte igualmente de la Administración de Justicia, en un sentido amplio, para concretar la protección en el deber de los ciudadanos de evitar los delitos o facilitar su persecución, bien actuando para impedir su realización, bien denunciando el hecho ante la autoridad o sus agentes, para que impidan este delito. A ello llega a añadir, como consecuencia de la vertebración del tipo que, de alguna manera, genera una nueva modalidad de protección de los bienes jurídicos que se mencionan en el precepto en relación a otros concretos delitos.

La doctrina no es tan unánime en sus planteamientos. En primer lugar, se estima por algunos autores, con razón, que no cabe ampliar dicho objeto jurídico a los delitos que generan la situación de peligro, es decir, la vida, la integridad, la libertad, la salud, etc. El objetivo del art. 450 es cumplir el deber de impedir su realización, si es que puede hacerlo, por un principio social de solidaridad abstracto y general, pero no la protección directa de esos bienes jurídicos que, como tales, escapan al ámbito de actuación del sujeto. Se está en un delito de simple actividad, como son los omisivos; si la no actuación conculcara, por ejemplo, el bien vida se habría de situar, como mínimo, en una comisión por omisión, de difícil aplicación aquí donde, como tal, no se da el deber de garante que exige el art. 11.

La segunda y más compleja es la integración dual de las dos figuras en el mismo bien jurídico. Puede pensarse, con respecto a la del n° 2, que por su titulación supone un deber de **promover** la persecución del delito ya cometido que para autoridad o funcionario público está descrito en el art. 408, como ya ha sido visto, y no la de evitar semejantes infracciones criminales. No es así, pues lo que se trata de **promover es impedir que el delito se cometa**, con intervención diferenciada de la del n° 1. La **dispersión** de estos supuestos en el CP –arts. 195 para la omisión del deber de socorro del particular; 407 y 408 para la omisión del deber de impedir o perseguir delitos por autoridad o funcionario público; 450 para la omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución– genera fuertes dudas sobre la procedencia de su inclusión en los delitos contra la Administración de Justicia, cuando en relación a los particulares están basados en un deber de solidaridad o de colaboración no previsto ni incluso en las bases programáticas de la CE con respecto a la Administración de Justicia–únicamente cabe aludir desde el punto de vista normativo al art. 490 de la LECr que señala los supuestos en los que un particular puede detener sin incurrir en responsabilidad, por ejemplo al que intentare cometer un delito, en el momento de ir a cometerlo o al delincuente, *in fraganti*. Pero ni en estos casos existe, como dice POMARES CINTAS, una obligación expresa para el ciudadano, pues la intervención en forma de deber está reservada para la autoridad competente o sus agentes. De lege ferenda será oportuno unificar semejantes hipótesis.

En definitiva, y desde mi punto de vista, a través de este precepto se conmina a la ciudadanía a un comportamiento activo de defensa de los bienes en peligro por la acción de terceros, lo que comporta un conocimiento de la situación generadora del deber de actuar y la posibilidad de actuación salvadora.

2. Modalidades delictivas

De lo expuesto en el epígrafe anterior se deducen las dos hipótesis referenciales contenidas en este art. 450. La primera de ellas, la omisión de impedir delitos; la segunda, promover su persecución.

A) *Omisión de los deberes de impedir delitos*

Con respecto a aquella, que comporta una conminación a la ciudadanía a realizar un comportamiento activo de defensa de los bienes en peligro por la acción de terceros, lo que conlleva un conocimiento de la situación generadora del deber de actuar y la posibilidad de actuación salvadora, se exige para su realización los siguientes elementos propios de este tipo de infracción omisiva: **comisión de un delito** contra la vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual; **no impedir la realización** del delito; y **posibilidad de actuar** inmediatamente y sin riesgo propio o ajeno.

En primer lugar, y es requisito previo de obrar, tiene que existir esa situación generadora del deber de actuar del sujeto activo, es decir la previsible –indicios objetivos suficientes de que el delito vaya a ejecutarse de manera inmediata– o real comisión de un delito de los citados por el legislador por parte de una tercera persona. Generalmente la susodicha comisión comporta la presencia de actos de ejecución ya en acción o inminentes, capaces de sustentar la certeza o creencia seria de que el delito va a ejecutarse (SAP de Sevilla, Sección 1ª, 143/2012, de 8 de marzo); es necesario, por tanto, que la resolución delictiva se haya manifestado. En sentido claro al respecto, la STS 579/2010, de 14 de junio, condena por el art. 450.1 a V que fue consciente en todo momento que el coche en el que viajaba, conducido por su compañero, arrolló el cuerpo de una persona y lo arrastraba sobre el asfalto al haber quedado atorado en los bajos del vehículo, sin que V adoptase conducta alguna tendente a impedirlo, ni exigiese a su compañero que detuviese el vehículo, abandonando, junto con M, el cuerpo de PJ en la calzada una vez que se desenganchó de los bajos del vehículo.

En segundo, el **no impedir** –imposibilitar la ejecución de algo– dicha comisión es la **conducta nuclear** del tipo, pues, el no impedir, no intervenir cuando existe la posibilidad de hacerlo, y evitar dicha comisión delictiva en relación a las infracciones señaladas que no han de ser realizadas por el sujeto activo sino, como ya he comentado, por terceras personas. Semejante posibilidad de impedir el delito requiere la capacidad del sujeto para realizar dicha conducta, que no tiene que ser exclusivamente física sino que admite otras posibilidades distintas al alcance de dicho sujeto, como recoge la STS 406/2011, de 17 de mayo.

Por último, además de la capacidad personal antes pergeñada, el tipo exige la inmediatez de la actuación y que esta se pueda llevar a cabo sin riesgo propio o de tercero. En definitiva, la exigencia legislativa del deber de actuar se condiciona a que la conducta ordenada no suponga, según un juicio de previsibilidad objetiva

y *ex ante* dicho riesgo. Para algunos autores existe un conflicto de intereses entre el bien jurídico afectado por la omisión de intervenir, de carácter supraindividual y por otro, el bien jurídico personal que, previsiblemente, pondría en peligro la intervención impeditiva (POMARES CINTAS). No es fácil dar una solución a esta cuestión que enfrenta a un bien colectivo y otro individual. Según la redacción del tipo, entiendo que si objetivamente existe riesgo propio o ajeno en el actuar del sujeto, ello se constituye como falta de un elemento del tipo y llevará a la atipicidad de la conducta, sin posteriores conflictos de antijuricidad.

Se trata de un delito doloso por la propia estructura del tipo y porque el legislador, con buen criterio, no ha estimado la posibilidad de la omisión imprudente. Además el dolo ha de ser directo con exclusión del eventual. Aquél exige conocimiento de los elementos objetivos del tipo, es decir de la situación generadora del deber, la comisión de un delito de los citados, conocimiento de las posibilidades de actuar en el sentido indicado por la norma y conocimiento de la ausencia de riesgo, es decir, conciencia de la capacidad de actuar sin riesgo propio o ajeno, e inacción del bien jurídico de peligro (en parecido sentido, en relación a la omisión del deber de socorro, STS 2013/2002, de 28 de noviembre). Es un delito de simple actividad y de consumación instantánea que se perfecciona en el momento en que el sujeto obligado omite la conducta adecuada que le es exigible para evitar el delito concreto de que se trate (POMARES CINTAS).

Dos hipótesis en cuanto a la penalidad ofrece esta figura: a) si el delito a cometer afecta a las personas en su **vida**, la pena es de prisión de seis meses a dos años; en los **demás casos**, la de multa de seis a veinticuatro meses, **salvo** que al delito no impedido le correspondiera igual o menor pena, en cuyo caso se impondrá la pena inferior en grado a la de aquél; excepción lógica en cuanto a la proporcionalidad de los hechos y sus penas. Me resulta sorprendente la gran diferencia punitiva entre el primer caso, pena de prisión, y los demás, multa, cuando lo que realmente se está protegiendo es el deber de solidaridad y de colaboración con la justicia y no los resultados del hipotético delito a evitar, además de estar asentado en una, a veces, complicada calificación delictiva *ex ante* por parte del sujeto –piénsese en un delito de homicidio y otro de lesiones, en cuyo inicio no es sencillo diferenciar en cual se puede estar si el resultado se produce con la no intervención evitadora del sujeto que incluso ha abandonado el lugar antes de su finalización–. El error adquiere aquí una gran importancia.

B) *Omisión de promover su persecución*

Es la segunda de las opciones, criticada, como he expuesto con anterioridad, y posiblemente desubicada. Está contenida en el nº 2 del art. 450. Se ha dicho que es un tipo subsidiario del anterior, yo pienso que es así, aunque mal conceptualizado ya que el protagonismo real de dejar de promover la persecución de delitos está en el art. 408 y en los sujetos, autoridad o funcionario público, allí consignados, verdaderos responsables de semejante obligación desde el punto de vista normativo de la Administración, en este caso Pública y no de la Administración de Justicia.

Además, formalmente, a pesar de lo que mantiene el epígrafe, no se trata de perseguir el delito ya cometido sino de acudir a la autoridad o a sus agentes para que **impidan, ellos**, un delito de cuya próxima o actual comisión se tenga noticia.

En tal línea los requisitos a cumplir para su configuración son muy parecidos a los del número anterior. La gran diferencia consiste en que mientras en el primero se trata de impedir directamente el delito por parte del sujeto, en este n° 2, al no darse las circunstancias objetivas requeridas por el tipo del 1, el deber de intervenir se desliza a acudir a la autoridad o sus agentes para que sean ellos los que impidan algunos de los delitos previsto en el número anterior. Lo omisión supone **no acudir** a las citadas autoridades, siempre que **se pueda hacer**, cuando de uno de los susodichos delitos, de su **próxima o actual** comisión, se tenga noticia. Supuesto recogido por STS 406/2011, de 17 de mayo, en el caso de P que estuvo presente en los momentos en los que M –la víctima, estaba recibiendo golpes... siendo consciente del desamparo del agredido, que no era capaz ni de repeler la agresión, ni de pararla... la acusada se mantuvo sin pedir ayuda, directa o por medio de teléfono, a una cualquier persona, autoridad policial o no. Esta petición de ayuda no le hubiera supuesto correr un riesgo para su propia integridad, y P, por sí misma, sin pedir ayuda, no hubiera sido capaz de detener ni de impedir la agresión. La acusada pudo prever, por la intensidad y el número de golpes que había recibido M, que este resultaría de tal agresión, al menos, gravemente lesionado.

Las penas son las mismas que las fijadas para el número 1, incluida la diferenciación en atención a la naturaleza del delito a evitar.

IV. ENCUBRIMIENTO

1. Cuestiones previas

El Capítulo III del Título XX, en estudio, regula el delito de encubrimiento en los arts. 451 a 454. Al igual que las infracciones anteriormente estudiadas, omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución es un delito de los denominados de referencia, en cuanto se punición requiere la existencia, al menos, de otro hecho delictivo. En la actualidad presenta un carácter autónomo que no siempre ha sido así. Antes del CP de 1995 era estimado como una forma de participación delictiva. El art. 12 del CP 1948/1973 Texto refundido estimaba como personas responsables criminalmente de los delitos y faltas: los autores, los cómplices y los encubridores. Definía estos últimos el art. 17 como los que, con conocimiento de la perpetración del hecho punible, sin haber tenido participación en él como autores ni cómplices, intervienen con posterioridad a su ejecución de alguno de los modos siguientes: a) auxiliando a los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito o falta; b) ocultando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos del delito o falta, para impedir su descubrimiento; c) albergando, ocultando o proporcionando la fuga al culpable, siempre que concurren algunas de las circunstancias siguiente –que presento en

síntesis—: a') con abuso de funciones por parte del encubridor; b') la de ser el delincuente reo de terminados delitos. La fijación de la pena de manera general para cualquier delito consumado o intentado era la pena inferior en dos grados a la señalada por la Ley al autor del mismo delito. En los arts. 564 bis a) a 546 bis g) acogía una variedad especializada de encubrimiento con ánimo de lucro junto con la receptación.

El CP vigente modifica esta sistemática e **independiza** las conductas encubridoras en el delito citado, con muy parecida redacción y contenido al desarrollado por el Texto punitivo anterior en los susodichos arts. 12 y 17, de los que desaparece, ahora, como tal figura de encubrimiento. Mantiene una variedad específica, diferente a la derogada de encubrimiento con ánimo de lucro, aunque con cierta semejanza, entre las previsiones del Libro 2º, Título XIII, Capítulo XIV dedicado a la receptación y el blanqueo de capitales. En este epígrafe nos ocupan los arts. 451 a 454.

Son delitos cuyo objeto jurídico protegido es la **Administración de Justicia** en su función de averiguación y persecución de los delitos. Como dice la SAP de Barcelona, Sección 21, de 30 de diciembre de 2014, sobre el bien jurídico protegido, entendido como la Administración de Justicia en tanto que encargada de realizar el proceso penal, como instrumento de reacción frente a las conductas delictivas, no hay obstáculo para afirmar que puede haber delito de encubrimiento aun cuando no se haya determinado el autor del delito encubierto. Y si, por aproximación al caso que nos ocupa, entendemos que no ha podido descubrirse al autor gracias a la acción de los encubridores, fácilmente podemos entender que **concurrir una efectiva lesión del bien jurídico protegido** en la medida en que la acción encubridora habría impedido efectivamente la reacción de la Administración de Justicia (y en último término del Estado), mediante el seguimiento del proceso penal (con las debidas garantías), celebración de juicio justo y, eventualmente, de castigo al responsable. En definitiva, el delito supone una serie de conductas claramente dirigidas a burlar la acción de la justicia (STS 21/2000, 26 de marzo).

2. Modalidades típicas

El núcleo esencial de la conducta típica es generado sobre la tradicional definición de encubrimiento y se encuentra en el art. 451, párr. 1º. Varios son sus elementos: **a)** que el sujeto, cualquiera puede serlo pues es un delito común, conozca la comisión de un delito; **b)** que dicho sujeto no haya intervenido en el mismo como autor o cómplice; **c)** que su intervención se realice con posterioridad a la ejecución delictiva.

Por **delito** hay que entender la realización de una conducta típica y antijurídica y, asimismo culpable, aunque sobre tal desarrollo conceptual de delito existe una excepción de exclusividad para encubrimiento y es la cláusula contenida en el **art. 453** que amplía las disposiciones del aquél incluso cuando el autor del hecho encubierto sea irresponsable o esté exento de pena. Dicho lo anterior hay que advertir igualmente que es suficiente con la constancia de **existencia** de delito

previo, no que éste haya sido **enjuiciado** y declarado en sentencia firme, por cuanto sería favorecer la impunidad en aquellos supuestos en los que se ha conseguido la efectiva lesión de la función jurisdiccional cuando no se pueda, precisamente por la acción de los acusados, hallarse el responsable del hecho delictivo (SAP de Barcelona cit.).

Lo antes descrito no es suficiente para la total realización delictiva es necesario, además, que la intervención se realice a través de alguno de los medios siguientes:

- a) **Auxilio en beneficio ajeno.** Es la primera de las clases en que se disgrega el delito de encubrimiento. Acogida por el n° 1º, es la inicial de las formas de favorecimiento a los autores o cómplices para que se beneficien del provecho, producto a precio del delito. Requisito esencial para que los hechos se puedan incluir en esta modalidad es que el encubridor **no** lo haga con **ánimo de lucro**, porque si así fuera se estará en el delito de receptación del art. 298 del CP. La SAP de Barcelona 46/2014, de 14 de noviembre, estima culpable de un delito de encubrimiento a la acusada que, sin ánimo de obtener un beneficio económico propio, ayudó con su actuar a que B se aprovechara económicamente de una serie de efectos de la víctima, a saber, entre ellos un ordenador portátil, radio despertador, cruz de acero, bolsa de tela tipo bandolera, reproductor de MP4 y aparato de TDT, y teléfono móvil, los cuales cogió del domicilio de los hechos a indicación del encausado. Los efectos fueron tasados pericialmente en 350 euros. No existe, en este delito, un límite económico mínimo. Ello reitera una vez más que el bien jurídico protegido es la Administración de Justicia y no ningún otro objeto de protección de carácter patrimonial. Incluso aunque, en términos generales, es una hipótesis de carácter económico evaluable, tal aseveración no evita que, en casos puntuales, cabe admitir que el provecho o producto no tenga, al menos directamente, esa vertiente economicista (VENTURA PÜSCHEL, GARCÍA PÉREZ –pone el ejemplo, cuando se auxilia con la custodia de un documento personal falsificado por tercero).
- b) **Favorecimiento real.** El número 2º está referido a la **ocultación** – esconder, tapar, disfrazar, encubrir a la vista–, **alteración** –cambiar la esencia o forma de algo–, **inutilización** –hacer inútil, vano o nulo algo–. Ese algo en la conducta que nos ocupa son los efectos o instrumentos del delito. Se exige una finalidad concreta, la de hacerlo para impedir su descubrimiento. La SAP de Sevilla, Sección 1, 289/2009, de 13 de abril, castiga por encubrimiento en ese n° 2 al sujeto que se deshace de una escopeta empleada en la realización de un delito de lesiones. La SAP de Navarra 193/2015, de 16 de septiembre, sobre un delito referencia de homicidio condena a varios sujetos por encubrimiento sobre dos particularizadas intervenciones: a') B y B trasladaron el cadáver hasta las inmediaciones del aparcamiento del Hospital RS, donde lo abandonaron; b') mientras lo trasladaban, R, L, H siendo conscientes de la muerte de PE,

permanecieron en la finca y procedieron a limpiar toda la estancia en la que se habían producido los hechos, asimismo colaboraron en la desaparición de los objetos que pudieran incriminar a los acusados por la muerte. A estos efectos, llevaron el sillón a un paraje alejado para impedir que fuera localizado, después hicieron una hoguera y procedieron a quemar todos los instrumentos utilizados en la agresión.

- c) **Favorecimiento personal.** La tercera de la hipótesis en estudio, contenida en el n° 3°, denominada de favorecimiento personal porque es la que más directamente atañe a los presuntos responsables de los delitos a encubrir, se nuclea sobre el verbo **ayudar** –prestar cooperación. Parecido significado al verbo auxiliar utilizado por el del n° 1-. Se disgrega en dos posibilidades que diseñan los objetivos de la conducta típica: a') a **eludir** la investigación de la autoridad o de sus agentes; b') a **sustraerse** a su busca o captura. Todo lo anterior no supone un planteamiento absolutamente abierto sino que se limita por la exigencia de las circunstancias siguientes: a') Que el hecho encubierto sea constitutivo de traición, homicidio del Rey o Reina, de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, de la Reina consorte o del consorte de la Reina, del Regente o de algún miembro de la Regencia, o del Príncipe o Princesa de Asturias, genocidio, delito de lesa humanidad, delito contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, rebelión, terrorismo, homicidio, piratería, trata de seres humanos o tráfico ilegal de órganos; b') Que el favorecedor haya obrado con abuso de funciones públicas. La SAP de Alicante, Sección 7ª, 20/2004, de 14 de mayo, estima delito de encubrimiento por el número 3 a') en la conducta de procesado que entrega dinero a un tercero, causante de dos homicidios a sabiendas de que lo necesitaba y le ayudaba a eludir la acción de la Justicia.

Los tres modos de realización del encubrimiento están planteados de forma alternativa, con uno solo que se dé queda perfeccionado el delito. Si se realiza más de uno igualmente hay un solo delito. En todas sus variables es un delito doloso.

3. Punición

La pena con que se sanciona es igual para todas las formas en que se presenta: **prisión de seis meses a tres años**. Hay, sin embargo, dos excepciones: **una**, la referida en el n° 3 a su modalidad de abuso de funciones públicas, a la que se le añade la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años si el delito encubierto fuere menos grave, y la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años si aquél fuera grave; **otra**, la coherente cautela punitiva contemplada por el art. 452 –En ningún caso podrá imponerse pena privativa de libertad que exceda de la señalada al delito encubierto. Si éste estuviera castigado con pena de otra naturaleza, la pena privativa de libertad será sustituida por la de multa de seis a veinticuatro meses, salvo que el delito encu-

bierto tenga asignada pena igual o inferior a ésta, en cuyo caso se impondrá al culpable la pena de aquel delito en su mitad inferior-.

4. Excusa absolutoria

En el art. 454 se regula una excusa absolutoria en relación a determinados parientes de los sujetos que cometen el delito inicial. En tal sentido se estiman exentos de la pena impuesta a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad, de sus ascendientes, descendientes, hermanos, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados. Esta es la regla general que, sin embargo, presenta una excepción la de los encubridores que se hallen comprendidos en el supuesto del número 1º del 451, esto es, en el que he venido en llamar auxilio en beneficio ajeno, que responderán como encubridores, cuestión ésta que no deja de ser discutible.

V. REALIZACIÓN ARBITRARIA DEL PROPIO DERECHO

El Capítulo IV de este Título XX, está ocupado, en un solo artículo, 455, en la realización arbitraria del propio derecho. Es un delito que presenta una justificación solida en cuanto a su ubicación sistemática y su objeto de protección, asentados en: la incidencia que supondría su no presencia en las tipologías relacionadas con la Administración de Justicia, pues sería tanto como admitir que, en determinados casos, éste que me ocupa es paradigmático pues se inicia sobre la base de un derecho del sujeto reconocido legalmente, pero que intenta ejecutar sobre parámetros ajenos a las vías legales y de cierta intensidad, con lo que pareciera que se quiere estar ante la pretensión de tomarse la justicia por su mano, hipótesis absolutamente rechazable en un Estado, como el nuestro, social y democrático de Derecho. Así lo entiende el legislador con la tipificación de estas conductas y lo ha desarrollado nuestra jurisprudencia: STS 271/2004, de 5 de marzo, al centrar su objeto de protección en la función propia de la Administración de Justicia, y no en los propios de los delitos contra la libertad o seguridad de las personas ni de los patrimoniales, que es la puesta a disposición de los ciudadanos de las vías procedimentales legales para la reivindicación de sus derechos y para que, de este modo aquellos renuncien a vías de hecho para conseguir unilateralmente el cumplimiento de sus susodichos derechos (SSTS, entre otras, 271/2004, de 3 de mayo, 817/2009, de 29 de junio). Junto a ello, para algunos, hay que unir a los fundamentos anteriores, una cierta protección del patrimonio del sujeto pasivo deudor (STS 359/1999, de 1 de marzo).

Para mí no hay duda que el bien jurídico protegido es la Administración de Justicia, en la dimensión antes enunciada, de soporte de aplicación normativa para el ejercicio y realización de los derechos de los particulares.

Sobre semejante idea, el artículo 455 se articula sobre dos tipos diferenciados: uno, básico; otro, agravado

1. Tipo básico

La forma nuclear y básica del delito en estudio está contemplada en el nº 1 del art. 455. Es un delito especial que requiere en el sujeto activo la cualidad específica de ser titular del derecho cuya realización se ejecuta por los medios y formas que paso a exponer y que completan los presupuestos necesarios para su ejecución.

- a) **Una relación jurídica extrapenal preexistente**, que está integrada no solo por derechos crediticios u obligacionales, sino que se extiende a otros derechos como los reales –anteriormente la jurisprudencia previa al CP de 1995 exigía que el autor del delito fuera titular de un crédito, vencido y exigible– El antiguo art. 337 regulador de estas infracciones requería como objeto material del delito “apoderarse de una cosa perteneciente a su deudor para hacerse pago con ella”. La actual regulación se decide por el término normativo y más amplio de derecho y posibilita así que dichos derechos no tengan que estar absolutamente liquidados, en cuanto a su cuantificación, pues es suficiente, desde mi punto de vista, que exista un derecho propio y para su realización, aunque sea antes de su liquidación total, se acuda a vías no legales. Como dice la STS 817/2009 cit., sería absurdo hacer depender tal consideración de la previa existencia y determinación en sentencia judicial, pues ésta ya supone haber acudido a los cauces legales. De modo que este “derecho propio” que exige el tipo, ha de ponerse en relación con su misma existencia jurídica, antes de ser reclamado, y la creencia errónea del mismo podría hacer entrar en juego la teoría del error.
- b) **Dinámica comisiva que se concreta en el empleo, para hacer efectivos los citados derechos propios, de violencia, intimidación o fuerza en las cosas.** Las tres vías han sido estudiadas en otros Capítulos de este libro a los cuales me remito en especial al delito de robo. Es un tipo de resultado cortado que requiere emplear dichos medios, no exigiéndose para su consumación la efectiva realización del derecho que se considera lesionado por el agente, por lo que difícilmente puede darse en grado de tentativa (STS 276/2014, de 2 de abril, GARCÍA RIVAS, GILI PASCUAL; a favor de su posible aceptación GUARDIOLA GARCÍA). Como ejemplos con carácter general: agresión de los acusados al inquilino de la vivienda arrendada por uno de ellos, a causa del impago de la renta, aquellos accedieron al interior de la vivienda sin consentimiento de su morador y, una vez dentro, dos de ellos le golpearon, mientras el otro vigilaba en la puerta (STS 15/2010, de 22 de enero); reclamación intimidatoria de una deuda en un descampado (STS 846/2011, 15 de julio);
- c) Elemento subjetivo del injusto concretado en el **propósito de realizar un derecho propio**. La jurisprudencia y una buena parte de la doctrina

han entendido que el mismo determina la eliminación del ánimo de lucro, y marca la diferencia con el robo. La intención de enriquecimiento injusto marcará esta última infracción, mientras que con el delito de realización arbitraria del propio derecho, se busca la reparación de un empobrecimiento injusto (STS 817/2009 cit., 24/2011, de 1 de febrero). Es un delito exclusivamente doloso.

En relación a la participación delictiva, sucede con alguna frecuencia que en los supuestos de realización arbitraria del propio derecho intervienen varios actores: el titular del derecho y otros que participan en él desde diversos niveles. Verbigracia: participación junto al sujeto principal, el titular del derecho, de otra persona que contribuye con su presencia a reforzar la presión sobre la víctima y se hace, además, cargo de vehículo del que es despojado por aquél –cooperador necesario, no cómplice. STS1157/2011, de 10 de noviembre–. En cualquier caso para la resolución de estas cuestiones habrá que estar a las normas generales contenidas en los arts. 28 y 29 del CP.

La pena fijada para este supuesto del art. 455.1 es la pena de multa de seis a doce meses. Sorprende la naturaleza y cortedad de dicha pena cuando se exige para la realización del tipo, como reiteradamente se ha expuesto, medios tan graves como violencia, intimidación o fuerza en las cosas. La finalidad subjetiva exigida de realización del propio derecho no parece de suficiente entidad para privilegiar esta infracción a tan alto nivel, más criticable incluso por el bien jurídico que se protege, la misma Administración de Justicia. Ciertamente es que si los medios empleados generan en su realización otro tipo de delito como lesiones o daños habrá un concurso de delitos entre ellos, a pesar de la cláusula de subsidiariedad que parece desprenderse del art. 263.1. Lo mismo creo ha de suceder con las amenazas y coacciones, aunque en este supuesto parecen más cercanas al concurso aparente de normas penales, en cuyo caso la aplicación preferente por especialidad sería la del 455.

2. Tipo agravado

Participa de los mismos requisitos que el básico, con la única diferencia, que lo dota de mayor pena, de que la intimidación o la violencia se hagan con el uso de armas u objetos peligrosos. Entonces se impondrá la pena superior en grado, esto es, multa de doce a dieciocho meses. Lo que me vuelve a plantear las mismas inquietudes, ahora incrementadas, en relación a su bondad punitiva.

BIBLIOGRAFÍA

- ALVAREZ GARCÍA. *Introducción a los delitos contra la Administración de Justicia*. En Tratado de Derecho Penal Español. Parte Especial. III. Delitos contra la Administraciones Pública y de Justicia. Dir. Álvarez García. Valencia, 2013.
- BAJO FERNÁNDEZ. *La realización arbitraria del propio derecho*. Madrid,

1976. BONMATÍ ORTEGA. *El tratamiento jurisprudencial de la prevaricación judicial*. La Ley, nº 55. 2008. DE LA MATA BARRANCO. *La realización arbitraria del propio derecho*. Madrid, 1995. DE VICENTE MARTÍNEZ, *La nueva regulación del encubrimiento en el CP 1995*. En *Actualidad Penal*, 1996. FERRER BARQUERO, *El delito de prevaricación judicial*. Valencia, 2002. FERRER BARQUERO. *La vertiente omisiva de la prevaricación judicial*. En *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 24. 2002-2003. GARCÍA ARÁN. *La prevaricación judicial*. Madrid, 1990. GARCÍA PÉREZ. *El encubrimiento y su problemática en el Código Penal*. Barcelona, 2008. GARCÍA RIVAS. *La realización arbitraria del propio derecho*. En *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial. III*. Dir. Álvarez García cit. GILI PASCUAL. *El encubrimiento en el Código Penal: análisis del favorecimiento personal*. Valencia, 1999. GILI PASCUAL. *La realización arbitraria del propio derecho*. En *Revista de Derecho Penal*, nº 29, 2010. GONZÁLEZ RUS. *Delitos contra la Administración de Justicia (I). Prevaricación judicial. Omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución. Encubrimiento. Realización arbitraria del propio derecho. Acusación y denuncia falsas. Simulación de delito*. En *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial*. Coord. Morillas Cueva. Madrid. 2011. GUARDIOLA GARCÍA. *La realización arbitraria del propio derecho*. Valencia, 2003. HAVA GARCÍA. *Prevaricación judicial*. *Tratado de Derecho Penal Español. Parte Especial. III*. Dir. Álvarez García cit. HUERTA TOCILDO. *La omisión de los deberes de impedir y denunciar determinados delitos*. La Ley, nº 4, 1983. MANJÓN-CABEZA OLMEDA. *Negativa a juzgar. Retardo malicioso*. En *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial. III*. Dir. Álvarez García cit. PEDREIRA GONZÁLEZ. *Prevaricación*. En *Euñomía*, nº 1. 2012. POMARES CINTAS. *El delito de omisión del deber de intervenir para impedir delitos (art. 450 CP)*. En *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial. III*. Dir. Álvarez García cit. RAMOS TAPIA. *El delito de prevaricación judicial*. Valencia, 2000. RUBIO LARA. *Omisión del deber de impedir determinados delitos o de promover su persecución*. Madrid, 2003. RUIZ RODRÍGUEZ. *El delito de encubrimiento*. Barcelona, 2001. SÁNCHEZ-OSTÍZ GUTIERREZ. *El encubrimiento como delito*. Valencia, 1998 SOLA RECHE. *La omisión del deber de intervenir para impedir determinados delitos del art. 450 CP*. Granada, 1999. VENTURA PÜSCHEL. *Encubrimiento*. En *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial. III*. Dir. Álvarez García cit.

UNIDAD 12

CIBERCRIMINALIDAD

Competencias

- Analizar y reconocer las principales características de los delitos cometidos en el ciberespacio como nuevo ámbito de criminalidad.

PRIMERA LECTURA

Reyna Alfaro, L. (2022). Criminalidad informática, crimen organizado e internacionalización del delito. En Arocena, G., Cuarezma, S. y Burgos, Á. (Dir.) Horizontes imprevisibles de un Derecho penal ilimitado. Alcances. Consecuencias. Libro Homenaje al profesor Dr. Mario Alberto Houed Vega (147-172). Buenos Aires, Argentina. Hammurabi.

Con la finalidad del incremento de seguridad a través del enfrentamiento a ciertas formas específicas de criminalidad, surgió la Ley 30.077 (Ley contra el crimen organizado), que involucra en su artículo 3° los delitos informáticos descritos en los artículos 207-B° y 207-C° del Código Penal. Posteriormente, se estableció un régimen legal autónomo en torno a las conductas delictivas de tipo informático, mediante la Ley 30.096 (modificada mediante la Ley 30.171). Este trabajo examinará los delitos informáticos que son calificados por la Ley 30.077 como delitos graves.

SISTEMA
de
DERECHO PENAL
Parte Especial

2ª edición

Lorenzo Morillas Cueva
(Dirección)

Ignacio F. Benítez Ortúzar
Bernardo Del Rosal Blasco

Lorenzo Morillas Cueva
Miguel Olmedo Cardenete

Jaime Peris Riera

● **José E Sáinz-Cantero Caparrós**

Dykinson, S.L.

Lorenzo Morillas Cueva

Dirección

**SISTEMA
DE
DERECHO PENAL**

Parte especial

IGNACIO F. BENÍTEZ ORTÚZAR

BERNARDO DEL ROSAL BLASCO

LORENZO MORILLAS CUEVA

MIGUEL OLMEDO CARDENETE

JAIME PERIS RIERA

JOSÉ E SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS

*2ª edición, revisada y puesta al día
conforme a las leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015*

Dykinson, S.L.

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico. 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 47)

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial
Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes_somos

© Copyright by
Los autores
Madrid

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-9085-707-6
Depósito Legal: M-6048-2016

Preimpresión por:
Besing Servicios Gráficos S.L.
e-mail: besingsg@gmail.com

Capítulo 47
DELITOS
CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (I)
PREVARICACIÓN DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS
Y OTROS COMPORTAMIENTOS INJUSTOS

LORENZO MORILLAS CUEVA

Sumario: I. Introducción.- II. Elementos comunes a los delitos contra la Administración Pública: 1. Bien jurídico protegido. 2. Opción sistemática. 3. Sujetos. 4. Naturaleza jurídica.- III. Prevaricación de funcionarios públicos y otros comportamientos injustos. 1. Prevaricación de funcionario: A. Cuestiones previas. B. Elemento objetivo. C. Elemento subjetivo. D. Especiales formas de aparición del delito y pena. 2. Otros comportamientos injustos. A. Nombramientos ilegales. B. Aceptación de nombramiento ilegal.- Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las materias tradicionalmente más controvertidas no sólo por su ubicación en los Códigos Penales sino también como criterio de discusión entre la doctrina científica –y en su aplicación concreta en la jurisprudencial– han sido los delitos relacionados con comportamientos referidos a la Administración Pública. Ciertamente este debate no ha tenido eco derogatorio –posiblemente sí reformador– en los Textos Punitivos, pues su regulación ha sido una constante en nuestra Codificación, bien con la vieja fórmula de **delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos**, llena de reiteraciones, omisiones e incongruencias, o bien con la más moderna, contenida en el actual CP, en el Título XIX del Libro segundo, de **delitos contra la Administración Pública**, que pretende dar respuestas a las exigencias constitucionales y a una visión más moderna del Estado y de la propia Administración Pública, cuestión ésta que no siempre consigue.

Ciertamente, como ha advertido con razón MUÑOZ CONDE, es necesario seguir profundizando en la conveniencia o no de mantener un bloque de tipos, la mayoría del Título citado, en los que la cualidad de funcionario público o de autoridad es determinante en la calificación típica de los hechos punibles, cuando cabe la posibilidad alternativa, en muchas ocasiones más acertada, de actuar sobre la agravante de prevalerse del carácter público que tenga el culpable, 7ª del

art. 22, o de remitir otros supuestos menos graves directamente al derecho disciplinario, dejando, con estas últimas propuestas, vacías de contenido casi todas las hipótesis reguladoras actuales.

Sea cual fuere la opción teórica a defender, la realidad es que nuestro CP reserva un Título, con diez capítulos, para regular esta materia, que por otra parte presenta un alto componente, acaso excesivo, de preocupación, a veces deshilvanada y temporalizada en situaciones concretas, por la **corrupción** dentro de la Administración Pública. Ciertamente que semejante concepto hay que erradicarlo de las prestaciones públicas, pero desde actuaciones conjuntas de toda índole: políticas, administrativas, sociales y, en último caso, punitivas. El principio de intervención mínima penalmente considerado tiene que adquirir aquí también la relevancia que merece sin que esto suponga un debilitamiento social frente a semejante fenómeno que está menoscabando los cimientos del Estado democrático y la confianza y respeto de la ciudadanía en sus representantes, autoridades y funcionarios públicos.

II. ELEMENTOS COMUNES A LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

A pesar de la enorme heterogeneidad que estas infracciones presentan en cuanto a su contenido, alcance y penalidad, se pueden concretar algunos elementos configuradores que aglutinan parámetros comunes, aunque no en su completa totalidad. Afectan al bien jurídico protegido, a la ubicación sistemática, a los sujetos y a la naturaleza jurídica.

1. Bien jurídico protegido

En el extenso debate que sobre el objeto de protección de estos delitos se ha producido en el transcurrir de los tiempos, dos han sido los planteamientos más añejos: a) el que lo identifica con el **incumplimiento del deber del cargo** —el valor protegido lo constituye la ruptura del deber de servicio que une al funcionario con la Administración Pública—; b) el que niega tal identificación y acepta que semejante infracción del deber, es, por sí misma, objeto del derecho disciplinario. Esta segunda opción se disgrega en dos hipótesis, la que parte de la relación funcionario-Administración y la que se centra en la de ciudadano-funcionario.

Las tesis más modernas se concretan en la relación Administración-ciudadanos, donde el concepto Administración tiene un papel preponderante: **buen funcionamiento de la Administración, dignidad o prestigio de la Administración**, fluyen inequívocamente de la doctrina. Clásica es ya la propuesta en este sentido de OCTAVIO DE TOLEDO que la concreta en **la función pública**, y a ésta en **los valores de legalidad, imparcialidad y buen funcionamiento en la Administración Pública**. BACIGALUPO exige un nuevo elemento, que completaría lo anterior, el de **la lesión de la confianza pública en el ejercicio del poder administrativo de acuerdo a los principios del Estado de Derecho**.

Sobre los contenidos del nuevo Texto se manifiestan ORTS BERENGUER y MORALES PRAT-RODRÍGUEZ PUERTA para negar definitivamente la protección de la Administración *per se* o bien de su prestigio o dignidad y reconocer como único interés merecedor de tutela, **la actividad pública, los servicios que los distintos poderes del Estado prestan a los ciudadanos, en el entorno del Estado social y democrático de Derecho.** En tal sentido es relevante la posición programática, aunque puntualmente referida al delito de prevaricación, que acogen las SSTS 600/2014, de 3 de septiembre, y 512/2015, de 1 de julio, cuando afirman que “el delito de prevaricación administrativa es el negativo del deber que se impone a los poderes públicos de actuar conforme a la Constitución y al ordenamiento jurídico. Por ello el delito de prevaricación constituye la respuesta penal ante los abusos de poder que representan la negación del propio Estado de Derecho, pues nada lesiona más la confianza de los ciudadanos en sus instituciones que ver convertidos a sus representantes públicos en los vulneradores de la legalidad de la que ellos deberían ser los primeros custodios”.

Esta última es la línea más adecuada a los contenidos legales, no sólo penales sino también constitucionales. Ciertamente es que cada tipo o grupo de tipos puede caracterizarse por una concreción determinada del interés tutelado, pero como denominador común está la correcta prestación de los servicios públicos como garantía del propio Estado democrático y de Derecho. De todas formas, a ello hay que añadir, porque de lo contrario se reduciría a una pretensión de naturaleza política o a lo más administrativa, **la protección del deber de objetividad e imparcialidad que ha de regir el funcionamiento de la Administración en su labor de satisfacer los intereses y servicios generales que la ciudadanía demanda** (con extensión, sobre bien jurídico VIZUETA FERNÁNDEZ).

2. Opción sistemática

La dimensión de protección pública de los servicios administrativos, el realce de los contenidos de la propia Administración Pública, constitucionalmente desarrollada, la especial consideración a la cualidad de funcionario público o autoridad como elemento que configura los tipos, hacen que el legislador estructure un Título, que se presenta alejado de las previsiones anteriores y que intenta unificar el alcance de estas infracciones.

MORALES PRAT-RODRÍGUEZ PUERTA destacan como fundamento de lo anterior: la supresión de algunas de las figuras típicas que tradicionalmente habían formado parte de este Título (antiguos arts. 372 a 376, 372, etc.); la incorporación de nuevas figuras delictivas (arts. 406, 412.2, 418); la reubicación de algunos delitos incluidos en el antiguo Título VII (prevaricación judicial, usurpación de atribuciones, infidelidad en la custodia de presos, etc.); la nueva organización de los delitos contra la Administración Pública, basada en un intento de racionalizar la casuística anterior, sobre tres niveles de jerarquización punitiva –atentados más graves al principio de legalidad en el ejercicio de las funciones públicas (ejemplo, prevaricación y otros comportamientos injustos),

atentados a principios de carácter organizativo, como el de eficacia, jerarquía y coordinación (verbigracia, desobediencia, denegación de auxilio, violación de secretos), atentados para la obtención de una ganancia ilícita (así, los más directamente relacionados con la corrupción: cohecho, tráfico de influencias, malversación, etc.).

Muchas son, por tanto, las posibilidades de ordenación sistemática para el estudio de estas infracciones. No obstante, nosotros vamos a guiarnos por la propia estructura legal, cuyo orden es el que sigue: **De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos** –arts. 404 a 406–, **abandono de destino y omisión del deber de perseguir determinados delitos** –arts. 407 a 409–, **desobediencia y denegación de auxilio** –arts. 410 a 412–, **infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos** –arts. 413 a 418–, **cohecho** –arts. 419 a 427 bis–, **tráfico de influencias** –arts. 428 a 430–, **malversación** –arts. 432 a 435–, **fraudes y exacciones ilegales** –arts. 436 a 438–, **negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función** –arts. 439 a 444–, **Disposición común**–art. 445–.

3. Sujetos

Otro de los aspectos en los que se coincide parcialmente en todo el Título es en el de los sujetos del delito.

En términos generales, el **sujeto activo** de estas tipologías es, por su especial naturaleza, el funcionario público o autoridad. Es uno de los puntos de encuentro de los delitos contra la Administración Pública. Pero no siempre es así pues en las concretas infracciones se pueden encontrar otros titulares de la acción delictiva, como personas no funcionarias o no autoridades pero asimiladas a éstas, funcionarios de hecho, o incluso particulares. Dadas las especiales características de cada tipo dichas excepciones a la general regla serán estudiadas en cada tema.

Los conceptos de **autoridad y funcionario público**, son, como reiteradamente se ha puesto de manifiesto en este Libro, interpretaciones auténticas que el legislador define en el art. 24, en su núm. 1, para la autoridad y en el 2 para el funcionario público, y a los que nos remitimos, un vez más, para su desarrollo.

Acaso sea interesante referir por el especial significado de estos delitos la autonomía de ambos conceptos con respecto al muy elaborado por la legislación administrativa, sobre todo en atención al funcionario público. No existe un único concepto de funcionario aplicable a las distintas ramas del Ordenamiento jurídico, puesto que el confeccionado por el Derecho Administrativo no tiene relevante trascendencia jurídica respecto a los delitos en los que se considera que el sujeto activo es funcionario público o, en su caso, autoridad, para eso se incluye por voluntad legislativa el referido art. 24.

Sujeto pasivo del delito es la Administración Pública, en la perspectiva y orientación con que ha sido estudiada al hablar del bien jurídico protegido. La no asunción del concepto como tal exclusivamente, abre las puertas a una protec-

ción conjunta e integradora de la Administración y de los propios administrados últimos receptores de los servicios prestados por aquélla.

4. Naturaleza jurídica

De las cuestiones hasta ahora planteadas se infiere la naturaleza jurídica de estos tipos. En términos generales son delitos integrados en la concepción de **delitos especiales**, al limitarse, como ya se ha dicho, en la mayoría de los casos su comisión a funcionario público o autoridad. No siempre es así, pero las excepciones comisivas no desvirtúan tal carácter. Unos son **especiales propios**, en cuanto tienen una estructura peculiar y autónoma –ejemplo, la prevaricación o el abandono de destino–; otros son **especiales impropios**, pues presentan correlación con otros comunes de parecido contenido, diferenciándose por la cualidad del sujeto activo funcionario o autoridad.

Tema encadenado con lo anterior es el frecuente paralelismo sancionador que existe entre tipos penales de estas características que regulan comportamientos próximos cuando no iguales a los contemplados en vía administrativa. Son supuestos claros de doble incriminación que han de resolverse con precisión aplicando el principio *ne bis in idem*. Es un tema que ha creado excesiva confusión y que no está totalmente solucionado en la actualidad, a pesar de que el Tribunal Constitucional se ha manifestado sobre la prevalencia de la sanción penal sobre la administrativa, con la negativa incidencia de la STC de 11 de octubre de 1999, al menos en el orden cronológico en cuanto a imposición, que no en el aspecto dual de su aplicación, pues cabe la posibilidad de aplicar al final de ambos procedimientos las dos sanciones siempre que la conducta de funcionario o autoridad incida en el servicio público, lo que es razonable que ocurra en la casi totalidad de los casos por la propia naturaleza de las infracciones delictivas.

III. PREVARICACIÓN DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y OTROS COMPORTAMIENTOS INJUSTOS

El Capítulo I de este Título XIX, se desglosa en dos grupos de delitos diferenciados entre sí: por un lado la prevaricación del art. 404; por otro, los demás comportamientos injustos –nombramientos ilegales y aceptación de nombramiento ilegal– de los arts. 405 y 406.

1. Prevaricación de funcionario

A. Cuestiones previas

Jurídicamente ha sido definida la **prevaricación** como el faltar conscientemente a los deberes del cargo de funcionario que implican decisión o resolución. QUINTANO RIPOLLÉS más gráficamente resumía su anterior definición al afirmar que **prevaricar** equivale a “torcer el Derecho”. No le faltaba razón a tan insig-

ne penalista, aunque lógicamente semejantes concreciones han de ser revisadas a la luz de los nuevos criterios legales. Pero, en principio, puede aceptarse que la prevaricación es una resolución arbitraria e injusta dictada a sabiendas de ello por autoridad o funcionario público.

En el CP, como ha sido visto y se analizará más adelante, no existe una regulación única e inequívoca de la prevaricación. Junto a la del art. 404, en comentario, se manifiesta, acaso la más tradicional y típica de las prevaricaciones la del Juez o Magistrado que dicta, a sabiendas, sentencia o resolución injusta, de los arts. 446 a 449. Más diluida, aunque asimilada por algunos a la prevaricación, se presenta la de abogado y procurador de los arts. 466 y 467. En el ámbito de la prevaricación de funcionarios también existen tipologías diseminadas en otros pasajes del CP con parecida naturaleza –arts. 320, delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo; 322, delitos contra el patrimonio histórico; 329, delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente–.

En relación al **bien jurídico** protegido, hay que estar a lo narrado con carácter general en la introducción a este tema, aunque con la especificidad que esta figura requiere. Esto es, se protege la correcta prestación de los servicios públicos en los términos planteados y con prioridad para este supuesto, **el adecuado sometimiento al principio de legalidad en el ejercicio de las funciones públicas**. En tal sentido se expresa la STS 284/2009, de 13 de marzo, al estimar que el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación y garantiza, al mismo tiempo, en dicho ámbito, el principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho (asimismo SSTs 1015/2002, de 31 de mayo, 331/2003, de 5 de marzo, 1638/2003, de 4 de diciembre).

Se está inequívocamente ante un **delito especial propio**, que sólo puede ser cometido por autoridad o funcionario público, que forman parte de los órganos administrativos, con capacidad resolutoria, dentro del ámbito propio de funcionamiento de la Administración Pública y que tiene una clara configuración autónoma, a pesar de sus relaciones con otros tipos semejantes.

Es un delito de los denominados de **simple actividad**. La doctrina ha polemizado sobre esta naturaleza de la infracción. Primero, QUINTANO RIPOLLÉS y, después, OCTAVIO DE TOLEDO se han manifestado a favor de su catalogación como delito de resultado. En contra de tal opción se muestra la doctrina mayoritaria: GONZÁLEZ CUSSAC, POLAINO NAVARRETE, SERRANO GÓMEZ, MORALES PRATS-RODRÍGUEZ PUERTA, ORTS BERENGUER. Esta última es la que estimamos más acertada al contenido del delito.

Los requisitos que configuran la prevaricación en el art. 404, son tres de estructura objetiva y uno de subjetiva. Los primeros son: a) dictar una resolución arbitraria por parte de autoridad o funcionario público; b) que además sea injusta; c) que se dicte en asunto administrativo. La subjetiva, que se haga a sabiendas.

B. Elemento objetivo

Como se ha adelantado al comentar la naturaleza jurídica de este delito, al tratarse de un tipo especial, **sujeto activo** sólo podrán ser los funcionarios públicos y las autoridades. Cabe plantearse la hipótesis de la responsabilidad delictiva de los **órganos colegiados**. En este sentido, doctrina y jurisprudencia caminan conjuntamente al afirmar que la conducta típica puede ser realizada por los miembros de un órgano colegiado, siempre lógicamente que se den en ellos las exigencias del precepto. Serán considerados responsables los que con su voto a favor adoptaren la resolución injusta y arbitraria; por el contrario, no lo serán los que se abstengan o voten en contra. Esta orientación ha tenido fundamentación legal con la expresa previsión que en este sentido se encuentra en los números 2 de los arts. 320, 322 y 329.

La acción típica se nuclea en torno al verbo **dictar**. En el lenguaje gramatical-jurídico significa “dar, expedir, pronunciar”. Con referencia a la prevaricación: **dar, expedir, pronunciar resolución arbitraria**. El carácter activo de los verbos utilizados parece dibujar el delito como de acción, con exclusión de las hipótesis omisivas por comisión por omisión. Es decir, no se integrará en el delito la conducta del funcionario o autoridad con comportamiento inactivo; esto es, que hace todo lo contrario, al no dictar ninguna resolución. Alejado de esta posición y en consecuencia a favor de la aceptación omisivo-positiva se decanta OCTAVIO DE TOLEDO. La jurisprudencia y una buena parte de la doctrina están por la primera de la hipótesis, en razón fundamentalmente al verbo utilizado, de claro matiz positivo de hacer. Tema distinto es el de las “resoluciones” obtenidas por **silencio administrativo**, que dada su especial regulación y efectos, pueden considerarse –en opinión fundamentada de MORALES PRATS-RODRÍGUEZ PUERTA–, como integradas dentro del tipo sin necesidad de tener que acudir a ninguna construcción omisiva impropia.

En todo caso, y dicho lo anterior, no faltan autores y jurisprudencia que abren un interesante margen a la prevaricación omisiva. En la primera de las variables MUÑOZ CONDE –puede darse también por omisión del acto administrativo–, CARDENAL MONTRAVETA –admite en los casos es lo que es imperativo realizar una determinada actuación administrativa y su omisión tiene efectos equivalentes a una denegación– QUERALT –la existencia de actos presuntos, superadora del concepto procesal de silencio administrativo, evita por asimilación el debate de la hipótesis omisiva. En parecido sentido se decanta la STS 731/2012, de 25 de septiembre, cuando estima que en lo referente al dictado de resolución prevaricadora la omisión de la resolución cuando existe la obligación de actuar por lo que la omisión de la misma viene a equivaler a una resolución presunta–.

En la segunda, ya se manifiesta en tal línea de sentido de posibilidad omisiva el Acuerdo de 30 de junio de 1997 cuando sobre la conducta de un alcalde que no convoca un pleno que le ha sido solicitado para decidir una moción de censura, considera la conducta subsumible en el tipo de prevaricación administrativa por

entender que dicha prevaricación puede cometerse por omisión. Esta opción se decanta en la actualidad como mayoritaria: en el mismo supuesto de no convocatoria de Pleno STS 1093/2006, de 18 de octubre. Con carácter general, entre otras muchas, SSTS 65/2002, de 11 de enero, 647/2002, de 16 de abril, 449/2003, de 24 de mayo, 787/2013, de 23 de octubre –admite la prevaricación omisiva en aquellos casos concretos en los que existe imperativo para el funcionario o autoridad concernida adoptar una resolución ya que su omisión equivale a una denegación–, 244/2015, de 22 de abril –Alcaldesa que reiteradamente se negó convocar la Comisión Especial de Investigación creada en el Pleno Municipal, Comisión que ella debía presidir–, 374/2015, de 28 de mayo, 512/2015 cit. –se prescindió de todo procedimiento y con tal fin se tramitaron como contratos menores sujetos a requisitos mucho menos estrictos, el encargo de proyectos que superaron el límite cuantitativo fijado al efecto. De esta manera se evitó no solo los principios de publicidad y libre concurrencia que deben estar presentes en la contratación administrativa, sino también cualquier estudio previo sobre posibilidad de realización del proyecto por técnicos municipales incluso de límite del gasto–.

De todo lo dicho con anterioridad parece asumible, posiblemente con carácter de excepción a la regla general de entendimiento de la resolución como actuar activo, la hipótesis de la omisión impropia, siempre lógicamente que se den los requisitos que establece para ello el artículo 11 del CP.

El sujeto ha de dictar **una resolución arbitraria**. La **resolución** es cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general, bien sea de forma expresa o tácita, escrita u oral, con exclusión de los actos políticos o de gobierno. Puede emitirse de forma expresa, tácita, oral o escrita (vid, con mayor amplitud, SSTS 346/1994, de 21 febrero, 76/2002, de 25 de enero, 723/2009, de 1 de julio, 225/2015, de 22 de abril, 512/2015 cit. y ORTS BERENGUER).

El concepto de **arbitraria** es el eje de la mayoría de los delitos contra la Administración Pública y, muy concretamente, del de prevaricación. El que actúa arbitrariamente procede contrario a la justicia, a la razón, a las leyes, “tuerce el derecho”; se sitúa en parámetros lejanos, excluyentes de la legalidad, próximo al abuso de poder. Precisamente por su intensidad en orden a la gravedad de la actuación del sujeto activo, ésta tiene que ser, según la jurisprudencia más reciente, “tan grosera y evidente que revele por sí misma la injusticia, el abuso y el *plus* de antijuridicidad”.

Tal carácter de notoriedad, incluso entendida de forma más limitada, excluye del delito la mera discordancia de la resolución con las diferentes normas y propicia una interpretación marcadamente restrictiva del delito de prevaricación, que es la que se ha abierto camino durante años en nuestra jurisprudencia y en parte de la doctrina. Así lo entiende la STS 426/2000, de 18 de marzo, cuando afirma que el ámbito de la Jurisdicción penal no puede confundirse con el de la Contencioso-administrativa, porque una cosa es verificar la legalidad de la resolución y otra distinta «ex» art. 9.3 CE castigar la arbitrariedad en el ejercicio de las

funciones públicas como fuente u origen de una resolución contraria a derecho generadora de injusticia. La STS 671/1998, de 9 de junio, citada por la posterior 1493/1999, 21 de diciembre, señala que “el delito de prevaricación no trata de sustituir a la Jurisdicción Contencioso-administrativa en su labor genérica de control del sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, sino de sancionar supuestos-límite en los que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la Autoridad y Funcionario, perjudicando al ciudadano afectado (o a los intereses generales de la Administración Pública) en un injustificado ejercicio de abuso de poder. No es la mera ilegalidad sino la arbitrariedad lo que se sanciona”

Con mayor concreción lo refiere la susodicha STS 512/2015: cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto; pues en esos casos la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen, precisamente, para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la ley establece para la actuación administrativa concreta, en la que adopta su resolución (en parecido sentido: SSTS 743/2013 de 11 de octubre, 152/2015, de 24 de febrero, 259/2015, de 30 de abril).

La resolución arbitraria ha de ser, como se ha apuntado, además **injusta**. El término injusto aparece íntimamente relacionado con el de arbitrario. Aunque sus significados no son idénticos, la dimensión en la cual se mueven propicia un acercamiento que lleva a pensar, incluso, en la innecesariedad de uno de los dos. Si se ha definido el acto arbitrario como contrario a la justicia, a las leyes, etc., el injusto tiene que entenderse igualmente como opuesto al Ordenamiento jurídico. Una resolución injusta es, en principio con las matizaciones antes expuestas, una resolución arbitraria que en definitiva, pone de manifiesto que no actúa el sujeto sobre un Derecho encaminado al funcionamiento de la Administración conforme a las orientaciones constitucionales sino que hace efectiva su voluntad sin fundamento jurídico aceptable sino todo lo contrario.

En el bien entendido sentido que es preciso tener muy claro la diferencia entre **ilegalidad administrativa** y **prevaricación**. La utilización del Derecho Penal en estos supuestos va más allá de la mera ilegalidad, incluso en los casos de nulidad de pleno derecho, inicialmente bajo el marco de la jurisdicción Contencioso-administrativa, no cabe ser identificados de forma absoluta con el delito en estudio

Con la citada STS 284/2009 resumo algunas variables prácticas de esa manifiesta contradicción con el derecho del acto realizado por la autoridad o funcionario público: **a)** no es sostenible éste mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley (STS 1497/2002, de 23 de septiembre); **b)** cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor (STS 678/2002, de 17 de mayo); **c)** cuando la resolución adoptada, desde el punto de

vista objetivo, no resulta cubierta por ninguna interpretación de la Ley basada en cánones interpretativos admitidos (STS 76/2002, de 25 de enero)

Otra cuestión, importante, sin duda también, pero distinta, es la dificultad que en determinados supuestos tiene el apreciar lo que es justo o injusto, legal o ilegal. La mejor prueba de ello son los continuos cambios de criterios interpretativos cuando se acude mediante recurso a órganos diferentes y superiores.

Todo lo anterior ha de realizarse en **asunto administrativo**. Por tal hay que entender el que incida en la esfera de dicha competencia, es decir, del Derecho Administrativo.

C. Elemento subjetivo

La referencia legislativa a **sabiendas** propicia varias consecuencias en el aspecto subjetivo del delito. La primera de ellas, es la imposibilidad de su comisión imprudente –tampoco la refiere en artículo distinto–, y la doloso eventual –a favor ORTS BERENGUER–. La segunda, y como consecuencia de la anterior, es la de que el sujeto ha de dictar la resolución con conciencia y voluntad del acto, con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad e injusticia de la resolución. El tal línea STS 225/2015, de 22 de abril – el sujeto, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente **injusto**, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración, esto es con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado, o sea concurriendo los elementos propios del **dolo**–.

D. Especiales formas de aparición del delito y pena

El delito se consuma en el momento en que el funcionario o autoridad dicta la resolución injusta. Como delito de simple actividad es de difícil aceptación la posibilidad de **tentativa**. Algunos autores, como MORALES PRATS-RODRÍGUEZ PUERTAS, admiten que técnicamente es factible, dependiendo de los trámites o sucesivos pasos que requiera la resolución para emitirse –también ORTS BERENGUER–. Propuesta que me ofrece serias dudas.

En relación a la **participación delictiva**, al tratarse de un delito especial propio, excluye la autoría de un particular, incluida la autoría mediata. Sí caben, por el contrario, las formas de participación, –inducción, cooperación necesaria y complicidad– tanto para el extraneus como, lógicamente, para el intraneus.

La **pena** con que se sancionan estos delitos es la de inhabilitación especial para el empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años.

2. Otros comportamientos injustos

Junto a la prevaricación administrativa el legislador penal ha incluido con la fórmula genérica y complementaria de otros comportamientos injustos, dos modalidades de distinta naturaleza pero íntimamente conectadas entre sí. En el art. 405 regula una especie de prevaricación administrativa especial, aunque sin la exigencia específica de la arbitrariedad; y en el 406 la réplica bilateral, en atención a los sujetos, a esta última infracción.

A. Nombramientos ilegales

La identificación que he hecho de este tipo con la prevaricación del artículo anterior me posibilita omitir algunos elementos que son comunes a ambos. Veamos los diferenciales.

El **sujeto activo** es todavía más restrictivo que en la prevaricación, pues si bien lo es también el funcionario público o autoridad, es necesario que entre sus atribuciones y competencias genéricas estén las de proponer, nombrar o dar posesión, con lo que el círculo de aquél se limita y especializa.

La **conducta típica** se configura con tres verbos distintos: proponer, nombrar o dar posesión. Todo ello con la finalidad del ejercicio por parte de otra persona de un determinado cargo público sin que concurren los requisitos establecidos para ello. **Proponer** hay que entenderlo como hacer por parte del sujeto activo la propuesta de nombramiento; **nombrar** es señalar a uno para el determinado cargo público; **dar posesión** supone la finalización del proceso con el efectivo ejercicio de la persona en el cargo. Son tres formas necesarias, pero sucesivas. Cualquiera de ellas configura el delito y si se dan las tres, cosa que puede ser frecuente, existirá obviamente un solo delito de nombramiento ilegal. En relación a la exigencia de que **no concurren los requisitos legales establecidos para las tres modalidades de conducta**, hay que advertir que han de ser requisitos esenciales. El incumplimiento de meros trámites de índole accesoria no determina el tipo. La concreción de **cargo público** no es fácil y mucho menos cuando se refiere a funcionarios públicos. A los puestos de trabajo en la Administración Pública se puede acceder, como funcionario de carrera, como funcionario interino o como personal laboral fijo o temporal. El delito acoge al primero; también al segundo, aunque con más interrogantes; en cuanto al tercero, un sector de la doctrina lo excluye (MORALES PRATS-RODRÍGUEZ PUERTA). Hipótesis esta última que me ofrece serias dudas en cuanto a su negación; sobre todo en relación al personal laboral fijo.

El **elemento subjetivo** es una repetición de la prevaricación. Como allí, la introducción del término **a sabiendas**, produce un delito doloso, que excluye la imprudencia y el dolo eventual.

La pena con que se castiga es la de multa de tres a ocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años. Rebaja sensiblemente

la pena privativa de derechos, en tiempo y cualidad, con respecto al art. 404, e incorpora, sin embargo, la de multa, ajena a éste.

B. *Aceptación de nombramiento ilegal*

El núcleo esencial de este delito es el mismo que el anterior, con la particularidad de que el sujeto activo es el particular que acepta la propuesta, nombramiento o toma de posesión. Por tanto, dos diferencias esenciales: con respecto al sujeto activo y en relación a la conducta típica.

Sujeto activo puede serlo cualquiera. El delito se transforma de especial en **común**, en conexión, eso sí, con el delito especial del art. 405. Es, además un delito bifronte, pues necesita de aquél para su realización.

La **conducta típica** se circunscribe al verbo **aceptar**, que es recibir voluntariamente lo que se ofrece; en este caso recibir voluntariamente la propuesta, nombramiento o toma de posesión de un determinado cargo público. Dicha actuación la tiene que realizar el sujeto activo, **sabiendo** que carece de los requisitos legalmente establecidos, por lo que también aquí se excluye cualquier posibilidad de comisión imprudente y de dolo eventual.

La **pena** es, en cuanto a la multa, idéntica a la del art. anterior; difiere, sin embargo, en la privativa de derechos, pues como es obvio difícilmente se podría aplicar una pena de estas características al que no es ni autoridad ni funcionario público.

BIBLIOGRAFÍA

- AAVV., "Delitos de los funcionarios públicos", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, marzo 1994. AAVV., "Los delitos de los funcionarios públicos en el CP de 1995", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1996. AAVV., "Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo CP", en edit., Muñoz Conde, Sevilla, 1997. AAVV., "Los delitos contra la Administración Pública", coordinación Asúa Batarrita, Bilbao, 1997. AAVV. *Tratado de Derecho Penal Español. Parte Especial. III. Delitos contra la Administración Pública y de Justicia*. Dir. Álvarez García. Valencia, 2013. ALONSO PÉREZ, *Delitos cometidos por funcionarios públicos en el nuevo CP*, Madrid, 2002. BACIGALUPO ZAPATER, "Sobre la reforma de los delitos de funcionarios", en *DJ*, 1983. CATALAN SENDER, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios en el nuevo CP*, Barcelona, 1999. FEIJOO SÁNCHEZ. *Delitos contra la Administración pública en el CP de 1995: consideraciones generales, nuevas figuras y modificación de otras conocidas*. RPCP, 1999. FERRÉ OLIVÉ Y OTROS, *Fraude y corrupción en la Administración Pública*, Vol III, Salamanca, 2002. GONZÁLEZ CUSSAC, *El delito de prevaricación del funcionario público*, 2ª ed., Valencia, 1997. GARCÍA PAZ.-JIMÉNEZ VACA. Sobre el delito de prevaricación administrativa en el Código Penal español. *La Ley*, nº 8279, 2014. MARTÍN CANIVELL, "Prevaricación", en

La Ley, 1996. MORALES PRATS-RODRÍGUEZ PUERTA, *De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos*. En Comentario. Quintero Olivares, 2011. MUÑOZ CLARES. El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios. En *Revista General del Derecho*, nº 20, 12013. MUSCO, “A propósito de la tutela penal de la Administración”, *RP*, 2002. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La prevaricación del funcionario público*, Madrid, 1980. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, “El delito de prevaricación de funcionarios públicos en el CP”, en *La Ley*, 1996. ORTS BERENGUER, en *Comentarios al CP de 1995*, Valencia, 1996. ORTS BERENGUER. “Prevaricación administrativa y nombramientos ilegales. En Comentarios a la Reforma Penal de 2015. Dir. González Cussac. Valencia 2015. ESQUIVIAS JARAMILLO. Delito de prevaricación administrativa. Adjudicación irregular de contratos. En *CEF Legal. Revista práctica del Derecho*, nº 178, 2015. PORTERO GARCÍA, “El delito de prevaricación de funcionarios públicos”, en *La Ley*, 2000. RODRÍGUEZ LÓPEZ, *Delitos contra la Administración Pública*, Barcelona, 2008 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES.”Delitos de funcionarios, aproximación a su PG”, en *Revista Canaria de Ciencias Penales*, nº 3,1999. SERRANO GÓMEZ, *Delitos contra la colectividad*, Madrid, 1997. SGUBBI, “Los delitos contra la Administración Pública”, en *CPC*, nº 70, 2000. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, *Los delitos contra la Administración Pública*, Santiago de Compostela, 2003.

SEGUNDA LECTURA

Morillas Cueva, L. (2015). Delitos contra la administración justicia (I). Prevaricación. Omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución. Del encubrimiento. De la realización arbitraria de propio derecho. En Morillas Cueva, L. (Dir.). Sistema de Derecho Penal Parte Especial (2ª ed.). Madrid, España. Dykinson, pp. 1199-1218.

La presente lectura está dedicada al estudio de los delitos contra la Administración de Justicia. Esta regulación no se limita a la exclusiva potestad jurisdiccional: la administración de justicia es el bien jurídico protegido por estos delitos en su sentido normativo de realización del derecho positivo y alejada de una interpretación moralista. Una vez situado el objeto jurídico de protección general, debe bajarse al caso concreto de las específicas tipologías para situarlo de manera individualizada en ellas.

SISTEMA
de
DERECHO PENAL
Parte Especial

2ª edición

Lorenzo Morillas Cueva
(Dirección)

Ignacio F. Benítez Ortúzar

Bernardo Del Rosal Blasco

Lorenzo Morillas Cueva

Miguel Olmedo Cardenete

Jaime Peris Riera

● **José E. Sáinz-Cantero Caparrós**

Dykinson, S.L.

Lorenzo Morillas Cueva

Dirección

**SISTEMA
DE
DERECHO PENAL**

Parte especial

IGNACIO F. BENÍTEZ ORTÚZAR

BERNARDO DEL ROSAL BLASCO

LORENZO MORILLAS CUEVA

MIGUEL OLMEDO CARDENETE

JAIME PERIS RIERA

JOSÉ E SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS

*2ª edición, revisada y puesta al día
conforme a las leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015*

Dykinson, S.L.

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico. 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 47)

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial
Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes_somos

© Copyright by
Los autores
Madrid

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-9085-707-6
Depósito Legal: M-6048-2016

Preimpresión por:
Besing Servicios Gráficos S.L.
e-mail: besingsg@gmail.com

Capítulo 56
DELITOS
CONTRA LA ADMINISTRACIÓN JUSTICIA (I)
PREVARICACIÓN. OMISIÓN DE LOS DEBERES DE IMPEDIR DELITOS
O DE PROMOVER SU PERSECUCIÓN. DEL ENCUBRIMIENTO.
DE LA REALIZACIÓN ARBITRARIA DE PROPIO DERECHO

LORENZO MORILLAS CUEVA

Sumario: I. Introducción.- II. Prevaricación judicial: 1. Prevaricación dolosa: A. Sujetos. B. Conducta típica. C. Elemento subjetivo. D. Formas especiales de aparición. 2. Prevaricación imprudente. 3. Negativa a juzgar. 4. Retardo malicioso.- III. Omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución: 1. Cuestiones previas. 2. Modalidades delictivas: A. Omisión de los deberes de impedir delitos. B. Omisión de promover su persecución.- IV. Encubrimiento: 1. Cuestiones previas. 2. Modalidades típicas. 3. Punición. 4. Excusa absoluta.- V. Realización arbitraria del propio derecho: 1. Tipo básico. 2. Tipo agravado.- Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Terminado el estudio del Título anterior dedicado a la Administración Pública, el siguiente está igualmente dedicado a otra Administración, pilar esencial asimismo del Estado social y democrático de Derecho, como es la justicia, uno de los tres poderes que nuestra Constitución proclama y que, como dice el art. 1^o.2 emanan del pueblo español donde reside la soberanía nacional, proclamación reiterada y desarrollada con mayor precisión en los arts. 117 y ss.; artículo, este citado, que realza en su número 1^o a los Jueces y Magistrados como administradores de la justicia e integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley. La STS 992/2013, de 20 de diciembre, lo valora de la siguiente manera: la existencia de un poder judicial, o de una autoridad judicial, que desarrolle la función jurisdiccional de un Estado democrático, es uno de los pilares básicos del Estado de Derecho. Su condición de independiente es una condición que posibilita la legitimidad del Estado y al mismo tiempo un elemento fundamental de la independencia judicial es la vinculación del Juez exclusivamente a la ley. Dicha sujeción del Juez a la nor-

ma supone la ausencia de responsabilidad del Juez por las decisiones que adopte, siempre y cuando actúe en el ámbito de la ley. De esta manera se garantiza la vigencia real del derecho y la protección jurídica de los ciudadanos.

Sobre semejantes bases, de protección al sistema y de los ciudadanos frente al sistema, el CP le dedica a los Delitos contra la Administración de Justicia el Título XX del libro segundo, con un amplio y detallado catálogo de delitos, nueve Capítulos de los que ocho están dedicados a la Administración de Justicia Española y uno, el IX, a la Administración de Justicia de la Corte Penal Internacional, que a efectos sistemáticos voy a analizar siguiendo la estructura del propio Texto punitivo: Prevaricación judicial (I), De la omisión de los deberes de impedir determinados delitos o de promover su persecución (II), Del encubrimiento (III), De la realización arbitraria del propio derecho (IV), De la acusación y denuncias falsas y de la simulación de delitos (V), Del falso testimonio (VI), De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional (VII), Del quebrantamiento de condena (VIII), De los delitos contra la Administración de Justicia de la Corte Penal Internacional (IX).

Como puede comprobarse por la narración realizada de los diversos grupos de delitos que integran el Título estos muestran una relevante heterogeneidad que hace difícil presentar una propuesta uniforme, como no sea a efectos clasificatorio, sobre el objeto de protección –MUÑOZ CONDE estima que el Título adolece de una cierta vaguedad e imprecisión respecto al bien jurídico protegido–. En principio, sin embargo, por la denominación del Título puede ser sencillo, dado que la referencia a la **Administración de Justicia** cabe presentarla como criterio aglutinador de las diferentes variable. El problema se deriva de la interpretación de dicha referencia. Desde una perspectiva formal es posible pensar en una identidad de aquella con los postulados constitucionales de protección jurisdiccional de los derechos enumerados por el art. 24 de la CE –derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión, derecho al Juez ordinario, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informado de las acusaciones formuladas, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, a no declarar contra uno mismo, a no confesarse culpable, a la presunción de inocencia– son la base esencial de un sistema penal democrático y, por tanto, necesitados en sus conculcaciones más grave de protección penal.

Sin embargo, la regulación de los delitos contra dicha Administración de Justicia va más allá, no limitándose a la exclusiva potestad jurisdiccional, que también, enmarcada en lo individual en la cobertura del denominado Poder Judicial que no hay que identificarlo con la **Administración de Justicia** tutelada penalmente. Ella es el bien jurídico primario protegido por estos delitos, necesariamente concebida, como dice ÁLVAREZ GARCÍA, en su sentido normativo de realización del derecho positivo y alejada de una interpretación moralista de un ideal de Justicia, término ambiguo y complejo de concretar, del que ha de huir el Derecho

pena moderno. Una vez situado este objeto jurídico de protección general y prioritario tendrá que bajarse al caso concreto de las específicas tipología para situarlo de manera individualizada en ellas.

II. PREVARICACIÓN JUDICIAL

En el Título anterior se ha estudiado otra forma de prevaricación, la administrativa, que tiene un componente nuclear muy parecido a la prevaricación judicial contenida en los arts. 446 a 449 y que ahora vamos a estudiar. Las diferencias conceptuales son mínimas y provocadas por la naturaleza de cada una de ellas. Difieren en los sujetos –activo, en aquella autoridad o funcionario público, en esta, Juez o Magistrado; pasivo administración pública, ahora administración de justicia–, en el objeto, resolución en asunto administrativo, en la primera, sentencia o resolución, en la segunda. La STS 723/2009, de 1 de julio, profundiza en la intensidad de las conductas, parecidas pero no iguales, cuando advierte que para la prevaricación administrativa se requiere una resolución arbitraria que adopte la autoridad o funcionario con lo que se refuerza el carácter de “estruendosa” injusticia como elemento del tipo del delito; mientras que para la prevaricación judicial la exigencia es de una resolución injusta, sin más calificativos que pudieran elevar el grado de importancia de la injusticia.

El bien jurídico protegido parte como en todos los demás tipos de este Título, en la Administración de Justicia, particularizándose en el **quebranto de la función judicial de decidir aplicando únicamente el derecho** de la forma prevista en el referido art. 117.1 de CE. La STS 992/2013, de 20 de diciembre, se manifiesta con claridad en esta línea al afirmar que la prevaricación no consiste en la lesión de bienes jurídicos individuales de las partes en el proceso, sino en la **vulneración del Estado de Derecho** al quebrantar la esencial función judicial de decidir aplicando el derecho, por lo que con la realización delictiva se produce un abuso de la posición que este otorga al Juez, con evidente quebranto de sus deberes constitucionales. Ello significa, en definitiva un comportamiento dañoso para la correcta administración de justicia.

1. Prevaricación dolosa

La prevaricación judicial se estructura a través de varias formas de presentación. En primer lugar diferencia dos tipos en relación al elemento subjetivo: uno doloso, otro impudente. Completa la narración con dos formas especiales: la negación a juzgar y el retardo malicioso.

La tipología más destacada de este grupo de delitos se encuentra en el artículo 446 que comienza con la descripción típica para luego concretarla a través de una gradación de penas. Obviamente al tratarse del tipo doloso únicamente puede ser realizado de esta manera.

A) *Sujetos*

Se trata de un delito especial propio exclusivamente restringido en cuanto a sujetos activos a los Jueces y Magistrados (SSTS 877/1998, de 24 de junio, 571/2012, de 24 de junio). El sujeto pasivo como titular del bien jurídico protegido es la administración de justicia.

B) *Conducta típica*

La conducta prevaricadora referida en el artículo 446, muy parecida a la del 404, se concreta en **a sabiendas dictar sentencias o resoluciones injustas**. Tanto el verbo dictar como el concepto de resolución ya fue expuesto cuando atendía a la prevaricación administrativa a la que me remito. De todas formas en la judicial hay que matizar que de las diversas acepciones del verbo dictar la más cercana a los contenidos de este artículo es la de pronunciar. Igual sucede con las resoluciones más acotadas en dicha tipología y dirigidas fundamentalmente a las dos hipótesis de tal naturaleza que refiere el art. 245.1 de la LOPJ: a) **Providencias**, cuando tengan por objeto la ordenación material del proceso; b) **Autos**, cuando decidan recursos contra providencias, cuestiones incidentales, presupuestos procesales, nulidad del procedimiento o cuando, a tenor de las leyes de enjuiciamiento deban revestir esta forma. El citado art. 245 LOPJ, en su letra c) incluye asimismo la **Sentencia** –deciden definitivamente el pleito o causa en cualquier instancia o recurso, o cuando, según las leyes procesales, deban revestir esta forma– como una variable de las resoluciones judiciales, con lo que se produce en la distinción del legislador penal una cierta duplicidad ya que el término resolución incluye el de sentencia. Quiero pensar que lo hace no por incongruencia sino para destacar esta resolución más trascendente.

Igualmente coinciden en la exigencia que sean injustas y dictadas a sabiendas. Con respecto a lo primero es jurisprudencia mayoritaria apreciar por un lado, la mayor gravedad de la prevaricación judicial –así parece entenderlo igualmente el legislador penal con la presencia en estos casos de pena de prisión para el supuesto más grave y de multa en todos; no así en lo referente a las penas privativas de derechos en las dos hipótesis menos graves–; por otro lado, dicha prevaricación judicial es un delito de técnicos del Derecho, de ahí su mayor plus de injusticia. En tal sentido, es notable la comprensión interpretativa que de la injusticia hace la **STS 228/2015, de 21 de abril**, síntesis de otras muchas resoluciones judiciales de esta naturaleza: la Sala ha acudido a una formulación objetiva de manera que puede decirse que tal condición aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor o cuando la resolución adoptada –desde el punto de vista objetivo– no resulta cubierta por ninguna interpretación de la ley basada en cánones interpretativos admitidos cuando así ocurre, se pone de manifiesto que el sujeto activo del delito no aplica

la norma dirigida a la resolución del conflicto, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable (asimismo, entre otras, SSTS 76/2002, de 25 de enero, 878/2002, de 17 de mayo, 1497/2002, de 23 de septiembre).

Igualmente es necesario distinguir a estos efectos entre la falta de acierto judicial en la legalidad y la injusticia, pues la legalidad, según expone la **STS 101/2012, de 27 de febrero**, la marca la ley y la interpretación que de la misma realice el órgano dispuesto en la organización de los tribunales como superior en el orden jurisdiccional de que se trate, en tanto que la injusticia supone un *plus*, una acción a sabiendas de la arbitrariedad de la decisión judicial adoptada. El término a **sabiendas** se muestra como un elemento subjetivo del tipo que supone, según la citada STS 228/2015 tener conciencia del total apartamiento de la legalidad y de las interpretaciones usuales y admisibles en derecho, debe ser puesto y valorado desde la condición del Juez de técnico en derecho y por tanto conocedor del mismo. Dicho de otro modo, el elemento subjetivo se cumple cuando el Juez sabe que su resolución no es conforme a derecho y se aparta de los métodos usuales de interpretación siendo su voluntad la única explicación posible.

Como anteriormente he expuesto, el legislador enumera las diversas modalidades de prevaricación judicial a través de gradación de las penas a imponer, sobre tres variables de mayor a menor punición. Destacar, como apoyo a la interpretación que antes he realizado sobre la autonomía del término sentencia en relación a las resoluciones, que los dos primeros números están referidos exclusivamente a sentencias, mientras que el tercero comparte sentencia con resolución, por lo que habrá que estimar que Autos y Providencias aunque se dicten dentro de un procedimiento penal se han de incluir en el n.º3.

- a) Cuando se trata de sentencia injusta contra el reo en **causa criminal por delito grave o menos grave**. Este primer supuesto presenta una doble variable: **a')** no hubiera llegado a ejecutarse la sentencia –prisión de uno a cuatro años–; **b')** si se hubiere ejecutado –misma pena de prisión en su mitad superior y multa de doce a veinticuatro meses–. En ambos casos se impondrá la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años.
- b) Cuando lo sea contra el reo dictada en proceso por delito leve –pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años–
- c) Cuando dictara cualquier otra sentencia o resolución injusta –pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a veinte años–.

C) *Elemento subjetivo*

Por todo, lo dicho en relación al elemento subjetivo en este delito, no cabe ninguna duda, y así incluso he titulado el epígrafe, que se trata de un delito doloso en cuanto al art. 446. Lo que no quiere decir que se niegue la hipótesis de

prevaricación imprudente puesto que el propio legislador la regula en el artículo 447. La cuestión es, entonces, la posibilidad de aceptar la comisión doloso eventual. En principio no debería haber problema puesto que si acepta la imprudente con mayor justificación cabe hacerse con aquél. Sucede, no obstante, que la diferenciada descripción típica entre el doloso y el imprudente, con la inclusión en aquél del elemento subjetivo a sabiendas parece vetar la hipótesis eventual lo que no deja de ser una contradicción relevante, pues en este caso se ignoraría el puente conceptual que significa el dolo eventual entre el directo y la imprudencia.

D) *Formas especiales de aparición.*

Se trata de un delito de simple actividad que se consuma con el dictado de la sentencia o resolución injusta y su inclusión en las actuaciones judiciales. No es fácil pensar en la posibilidad de tentativa aunque conceptualmente no es descartable –HAVA GARCÍA marca semejante posibilidad sobre dos ejemplos: firma de resolución injusta, pero que el secretario Judicial, a la vista de su contenido, no llega a tramitarla y, en consecuencia, no la une al procedimiento o en la hipótesis en que la ponencia prevaricadora, como parte de un Tribunal, no llega a convertirse en sentencia por el voto contrario de la mayoría. Difícil de pensar en la realidad de ambas, fundamentalmente en la segunda, que genera múltiples dudas para admitirla como tentativa.

Como se ha dicho es un delito especial propio cuyo autor ha de ser Juez o Magistrado, la participación del *extraneus* en las diversas forma de autoría se regirá por las normas generales de esta. En tal sentido, la STSJ de Cataluña 1/2005, de 3 de enero, estima que la participación del extraño en el delito de prevaricación judicial en calidad de autor puede ser por **cooperación necesaria** o por **inducción**. En el caso que valora, la autoría de P.V. se alcanza por la primera vía, puesto que, consecuencia del pacto existente entre este último y P.E. aquél realizó actos de cooperación, de todo punto indispensables para el éxito de su común designio criminal.

2. Prevaricación imprudente

Ha sido adelantado y ahora concretado que el artículo 447 recoge el delito de prevaricación judicial imprudente, por expresa determinación legislativa, como exige el art. 12 del CP. Contiene dos posibilidades de realización: a) por **imprudencia grave**; b) por **ignorancia inexcusable**. Los demás requisitos son casi los mismos que para el tipo doloso –sujeto, Juez o Magistrado; conducta típica, dictar sentencia o resolución manifiestamente injusta–.

Obsérvese que lógicamente se excluye el a sabiendas, pero se incorpora el término manifiestamente en relación a la injusticia, que no está en el tipo doloso. Es frecuente en la jurisprudencia señalar la dificultad de que se realice este tipo pues el hecho de dictar una resolución manifiestamente injusta por una de las dos vías indicadas por parte de un funcionario tan docto en derecho como es el

Juez o Magistrado cierra prácticamente las posibilidades de esta tipología. Así lo destaca, entre otras, la STS 228/2015, de 26 de abril, cuando señala que es difícil representarse un supuesto de prevaricación judicial imprudente, pues el hecho de dictar una resolución injusta por un funcionario tan cualificado como es el Juez, deja poco espacio a un actuar negligente. Su ámbito de aplicación puede ser el de desatención grave de la oficina judicial causal a una actuación judicial manifiestamente injusta.

La pena fijada para este supuesto es la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años.

3. Negativa a juzgar

El artículo 448 refiere la negativa a juzgar. Conducta antítesis de las funciones constitucionalmente encomendadas a los Jueces y Magistrados y supone, en principio, un quebranto del derecho acogido en el art. 24.1 de la CE de tutela judicial efectiva. Semejante comportamiento tiene un alcance importante para la esencia de la administración de justicia. El tipo consiste, en esencia, en no decidir o pronunciarse sobre las pretensiones formuladas ante los órganos jurisdiccionales. Para que semejante conducta entre en el ámbito penal se requiere, además: a) que no se alegue causa legal para semejante negativa; b) o que se pretexto oscuridad, insuficiencia o silencio de la Ley.

Aunque en la redacción del artículo solo se habla de negar –decir que no a lo que se pretende o se pide, o no concederlo; en este caso no a ejercer la jurisdicción, a juzgar en su más amplia dimensión, no solo a dictar sentencia– es pacífica doctrina jurisprudencial que la negativa ha de ser **abiertamente** ilegal. Generalmente se trata de una conducta de acción (MANJÓN-CABEZA OLMEDA), a pesar de no ser teoría pacífica, pues cabe pensar en la inactividad aunque puede ser confundida con los contenidos del artículo siguiente dedicado al retardo malicioso. No es esta la opinión de la STSJ de Madrid 15/2014 al mantener que en el elemento objetivo se comprende no solo el rechazo directo del Juez a fallar sobre el fondo del asunto (normalmente mediante sentencia), sino también cualquier conducta omisiva que paralice directa o indirectamente el procedimiento y haga imposible el dictado de la resolución. Cuestión esta última que me parece asumible.

En semejante línea la susodicha STSJ amplía todavía más su fundamento argumentativo al afirmar con acierto que no exige una resolución expresa, que exteriorice la voluntad de no juzgar: se puede no resolver, por haberlo decidido así, y que esa voluntad se exteriorice a través de la inactividad misma. El problema que surge de la anterior aseveración de nuestro Alto Tribunal es la necesidad de acreditar cuándo la omisión responde exactamente a esa decisión interna del Juez o Magistrado de no resolver y de esta manera poder diferenciarla de las hipótesis de retardo malicioso o incluso de la simple negligencia que al no estar sancionada penalmente en este supuesto tendría que dirigirse, por muy grave que sea, hacia la sanción administrativa disciplinaria. El tema queda esencialmente circunscrito a una cuestión probatoria, dentro de la cual la STSJ de Madrid en cita estima para

ello elemento esencial la duración de la inactividad, su vocación de perpetuidad o permanencia.

Curiosamente la pena señalada para este importante tipo es menor que la anteriormente citada para el de prevaricación judicial imprudente. Aquí es de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años.

4. Retardo malicioso

El citado retardo malicioso está regulado en el art. 449 con planteamientos distintos a los hasta este momento enunciados. Así en relación a los sujetos activos no solo contempla al Juez y Magistrado sino que asimismo incluye, en igual nivel de responsabilidad, al Secretario Judicial –ahora Letrado de la Administración de la Justicia, según denominación introducida por la LO 7/2015, de 21 de julio, de modificación de la LOPJ–. Incluso introduce un tipo **atenuado** en el n° 2 abierto a **funcionario distinto** de los tres mencionados, cuando el retardo le sea imputable.

Contiene un tipo subjetivo del injusto, concretado en la exigencia de retardo **malicioso**. El propio legislador hace, en el n° 1, inciso final del art. 449, una interpretación auténtica de dicho concepto: “**el retardo provocado para conseguir cualquier finalidad ilegítima**”. Adelanta la ilegitimidad del retardo a la sola búsqueda, por cualquier medio, de esa ilegitimidad. Por otro lado, cabe entender que malicioso es un adjetivo de retardo por lo que hay que concretar el concepto y alcance de este que puede situarse desde una perspectiva gramatical en “diferir, detener, entorpecer, dilatar”. La pregunta es si siendo el retardo malicioso este se perfecciona sin límite de tiempo. Es decir, si el propio concepto de retardo exige una cierta temporalidad. Creo que sí. El problema es su concreción, cuestión que habrá que dejar a la interpretación judicial en el caso concreto. Se ha estimado en tal línea que un retraso de unos meses en resolver un recurso no es deseable, sin que ese retraso pueda identificarse, sin más, con el exigido por el legislador penal. En cualquier caso, y dada la dificultad de encontrar una solución pacífica y unitaria se ha de estar a una interpretación aplicativa en atención a las circunstancias del caso y a los factores objetivos y subjetivos que sean congruentes con los enunciados genéricos del tipo en análisis –tiempo, finalidad a conseguir–.

Por otro lado, el retardo va más allá que las dilaciones indebidas, más dirigidas a responsabilizar al sistema judicial como tal y por derivación al Estado que al sujeto concreto –y la prueba más evidente de semejante aseveración es la relevante y criticada atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6 del CP (MORILLAS CUEVA)–, aunque individualmente pueda ser objeto de una **sanción disciplinaria** –para los Jueces y Magistrados se estima falta muy grave, y subsidiariamente grave, según el art. 417.9 de la LOPJ, 418. 11 para la grave, “la desatención o el retraso injustificado y reiterado en la iniciación, tramitación o resolución de procesos y causas o en el ejercicio de cualquiera de las competencias judiciales”. Esencial aquí es que el retraso sea **injustificado y reiterado**–; o una pena si el retardo es ma-

licioso con el objetivo de conseguir cualquier finalidad ilegítima, la conducta pasa al ámbito punitivo. En este sentido diferencial el ATS de 24 de octubre de 2013 marca, en el caso concreto atendido, que una cosa es el lapso de tiempo transcurrido desde que se incoan las diligencias hasta que se dicta el Auto de apertura del juicio oral, aun cuando pudiesen concurrir dilaciones indebidas, y otra distinta que se haya realizado la conducta descrita en el tipo penal que exige la persecución de una finalidad ilegítima por parte del autor.

El retardo puede devenir como consecuencia de dos hipótesis: a) una meramente omisiva –dejar de resolver aquello a lo que el Juez, o alguno de los demás sujetos incluidos en el art. 449, está obligado–; b) otra, de acción –supeditar la obligada resolución al cumplimiento de trámites inútiles o injustificados que provocan una dilación en la resolución que afecta a la propia administración de justicia que, sin las citadas trabas, no habría tenido lugar. Provocadas ambas sobre la idea de la finalidad ilegítima a conseguir. Es un tipo claramente doloso por su estructura, naturaleza y porque el legislador no ha creído conveniente tipificar expresamente la modalidad imprudente, dejando la punición de estas conductas para los supuestos más graves, incluso desde la perspectiva subjetiva.

Las penas señaladas presentan, coherentemente con las dos modalidades típicas, una doble cuantificación: por un lado, para el tipo básico la misma que se fija para el anterior artículo –negación a juzgar–, estos es, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años; por otro, para el atenuado la misma, pero en su mitad inferior.

III. OMISIÓN DE LOS DEBERES DE IMPEDIR DETERMINADOS DELITOS O DE PROMOVER SU PERSECUCIÓN

1. Cuestiones previas

El Capítulo II de este Título XX está ocupado por una doble infracción omisiva: omitir los deberes de impedir delitos y la de promover su persecución. Su naturaleza es de omisión propia y están contenidos en un único art. 450. Es necesario desde el principio diferenciar ambas hipótesis ya que tienen un deficitario casamiento en común. El mejor ubicado sistemáticamente es el primero de ellos que corresponde a los contenidos del artículo 450.1; el segundo, n° 2 del mismo artículo genera serias dudas en cuanto a su incorporación dentro de los delitos contra la Administración de Justicia, sobre todo por su deficiente redacción en la nominación del Capítulo.

—Inicialmente el bien jurídico protegido en ambos, al menos en relación a su ubicación sistemática, es la **Administración de Justicia**, en derivación concreta en el deber de colaboración ciudadana en las tareas de prevención de determinados delitos y en el de asistir a los órganos estatales encargados de prevenir la realización de los mismos (GONZÁLEZ RUS). Jurisprudencialmente han caminado en este sentido de manera conjunta. Así, la SAP de Sevilla, Sección 1ª,

192/2006, de 27 de marzo, parte igualmente de la Administración de Justicia, en un sentido amplio, para concretar la protección en el deber de los ciudadanos de evitar los delitos o facilitar su persecución, bien actuando para impedir su realización, bien denunciando el hecho ante la autoridad o sus agentes, para que impidan este delito. A ello llega a añadir, como consecuencia de la vertebración del tipo que, de alguna manera, genera una nueva modalidad de protección de los bienes jurídicos que se mencionan en el precepto en relación a otros concretos delitos.

La doctrina no es tan unánime en sus planteamientos. En primer lugar, se estima por algunos autores, con razón, que no cabe ampliar dicho objeto jurídico a los delitos que generan la situación de peligro, es decir, la vida, la integridad, la libertad, la salud, etc. El objetivo del art. 450 es cumplir el deber de impedir su realización, si es que puede hacerlo, por un principio social de solidaridad abstracto y general, pero no la protección directa de esos bienes jurídicos que, como tales, escapan al ámbito de actuación del sujeto. Se está en un delito de simple actividad, como son los omisivos; si la no actuación conculcara, por ejemplo, el bien vida se habría de situar, como mínimo, en una comisión por omisión, de difícil aplicación aquí donde, como tal, no se da el deber de garante que exige el art. 11.

La segunda y más compleja es la integración dual de las dos figuras en el mismo bien jurídico. Puede pensarse, con respecto a la del n° 2, que por su titulación supone un deber de **promover** la persecución del delito ya cometido que para autoridad o funcionario público está descrito en el art. 408, como ya ha sido visto, y no la de evitar semejantes infracciones criminales. No es así, pues lo que se trata de **promover es impedir que el delito se cometa**, con intervención diferenciada de la del n° 1. La **dispersión** de estos supuestos en el CP –arts. 195 para la omisión del deber de socorro del particular; 407 y 408 para la omisión del deber de impedir o perseguir delitos por autoridad o funcionario público; 450 para la omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución– genera fuertes dudas sobre la procedencia de su inclusión en los delitos contra la Administración de Justicia, cuando en relación a los particulares están basados en un deber de solidaridad o de colaboración no previsto ni incluso en las bases programáticas de la CE con respecto a la Administración de Justicia–únicamente cabe aludir desde el punto de vista normativo al art. 490 de la LECr que señala los supuestos en los que un particular puede detener sin incurrir en responsabilidad, por ejemplo al que intentare cometer un delito, en el momento de ir a cometerlo o al delincuente, *in fraganti*. Pero ni en estos casos existe, como dice POMARES CINTAS, una obligación expresa para el ciudadano, pues la intervención en forma de deber está reservada para la autoridad competente o sus agentes. De lege ferenda será oportuno unificar semejantes hipótesis.

En definitiva, y desde mi punto de vista, a través de este precepto se conmina a la ciudadanía a un comportamiento activo de defensa de los bienes en peligro por la acción de terceros, lo que comporta un conocimiento de la situación generadora del deber de actuar y la posibilidad de actuación salvadora.

2. Modalidades delictivas

De lo expuesto en el epígrafe anterior se deducen las dos hipótesis referenciales contenidas en este art. 450. La primera de ellas, la omisión de impedir delitos; la segunda, promover su persecución.

A) *Omisión de los deberes de impedir delitos*

Con respecto a aquella, que comporta una conminación a la ciudadanía a realizar un comportamiento activo de defensa de los bienes en peligro por la acción de terceros, lo que conlleva un conocimiento de la situación generadora del deber de actuar y la posibilidad de actuación salvadora, se exige para su realización los siguientes elementos propios de este tipo de infracción omisiva: **comisión de un delito** contra la vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual; **no impedir la realización** del delito; y **posibilidad de actuar** inmediatamente y sin riesgo propio o ajeno.

En primer lugar, y es requisito previo de obrar, tiene que existir esa situación generadora del deber de actuar del sujeto activo, es decir la previsible –indicios objetivos suficientes de que el delito vaya a ejecutarse de manera inmediata– o real comisión de un delito de los citados por el legislador por parte de una tercera persona. Generalmente la susodicha comisión comporta la presencia de actos de ejecución ya en acción o inminentes, capaces de sustentar la certeza o creencia seria de que el delito va a ejecutarse (SAP de Sevilla, Sección 1ª, 143/2012, de 8 de marzo); es necesario, por tanto, que la resolución delictiva se haya manifestado. En sentido claro al respecto, la STS 579/2010, de 14 de junio, condena por el art. 450.1 a V que fue consciente en todo momento que el coche en el que viajaba, conducido por su compañero, arrolló el cuerpo de una persona y lo arrastraba sobre el asfalto al haber quedado atorado en los bajos del vehículo, sin que V adoptase conducta alguna tendente a impedirlo, ni exigiese a su compañero que detuviese el vehículo, abandonando, junto con M, el cuerpo de PJ en la calzada una vez que se desenganchó de los bajos del vehículo.

En segundo, el **no impedir** –imposibilitar la ejecución de algo– dicha comisión es la **conducta nuclear** del tipo, pues, el no impedir, no intervenir cuando existe la posibilidad de hacerlo, y evitar dicha comisión delictiva en relación a las infracciones señaladas que no han de ser realizadas por el sujeto activo sino, como ya he comentado, por terceras personas. Semejante posibilidad de impedir el delito requiere la capacidad del sujeto para realizar dicha conducta, que no tiene que ser exclusivamente física sino que admite otras posibilidades distintas al alcance de dicho sujeto, como recoge la STS 406/2011, de 17 de mayo.

Por último, además de la capacidad personal antes pergeñada, el tipo exige la inmediatez de la actuación y que esta se pueda llevar a cabo sin riesgo propio o de tercero. En definitiva, la exigencia legislativa del deber de actuar se condiciona a que la conducta ordenada no suponga, según un juicio de previsibilidad objetiva

y *ex ante* dicho riesgo. Para algunos autores existe un conflicto de intereses entre el bien jurídico afectado por la omisión de intervenir, de carácter supraindividual y por otro, el bien jurídico personal que, previsiblemente, pondría en peligro la intervención impeditiva (POMARES CINTAS). No es fácil dar una solución a esta cuestión que enfrenta a un bien colectivo y otro individual. Según la redacción del tipo, entiendo que si objetivamente existe riesgo propio o ajeno en el actuar del sujeto, ello se constituye como falta de un elemento del tipo y llevará a la atipicidad de la conducta, sin posteriores conflictos de antijuricidad.

Se trata de un delito doloso por la propia estructura del tipo y porque el legislador, con buen criterio, no ha estimado la posibilidad de la omisión imprudente. Además el dolo ha de ser directo con exclusión del eventual. Aquél exige conocimiento de los elementos objetivos del tipo, es decir de la situación generadora del deber, la comisión de un delito de los citados, conocimiento de las posibilidades de actuar en el sentido indicado por la norma y conocimiento de la ausencia de riesgo, es decir, conciencia de la capacidad de actuar sin riesgo propio o ajeno, e inacción del bien jurídico de peligro (en parecido sentido, en relación a la omisión del deber de socorro, STS 2013/2002, de 28 de noviembre). Es un delito de simple actividad y de consumación instantánea que se perfecciona en el momento en que el sujeto obligado omite la conducta adecuada que le es exigible para evitar el delito concreto de que se trate (POMARES CINTAS).

Dos hipótesis en cuanto a la penalidad ofrece esta figura: a) si el delito a cometer afecta a las personas en su **vida**, la pena es de prisión de seis meses a dos años; en los **demás casos**, la de multa de seis a veinticuatro meses, **salvo** que al delito no impedido le correspondiera igual o menor pena, en cuyo caso se impondrá la pena inferior en grado a la de aquél; excepción lógica en cuanto a la proporcionalidad de los hechos y sus penas. Me resulta sorprendente la gran diferencia punitiva entre el primer caso, pena de prisión, y los demás, multa, cuando lo que realmente se está protegiendo es el deber de solidaridad y de colaboración con la justicia y no los resultados del hipotético delito a evitar, además de estar asentado en una, a veces, complicada calificación delictiva *ex ante* por parte del sujeto –piénsese en un delito de homicidio y otro de lesiones, en cuyo inicio no es sencillo diferenciar en cual se puede estar si el resultado se produce con la no intervención evitadora del sujeto que incluso ha abandonado el lugar antes de su finalización–. El error adquiere aquí una gran importancia.

B) *Omisión de promover su persecución*

Es la segunda de las opciones, criticada, como he expuesto con anterioridad, y posiblemente desubicada. Está contenida en el nº 2 del art. 450. Se ha dicho que es un tipo subsidiario del anterior, yo pienso que es así, aunque mal conceptualizado ya que el protagonismo real de dejar de promover la persecución de delitos está en el art. 408 y en los sujetos, autoridad o funcionario público, allí consignados, verdaderos responsables de semejante obligación desde el punto de vista normativo de la Administración, en este caso Pública y no de la Administración de Justicia.

Además, formalmente, a pesar de lo que mantiene el epígrafe, no se trata de perseguir el delito ya cometido sino de acudir a la autoridad o a sus agentes para que **impidan, ellos**, un delito de cuya próxima o actual comisión se tenga noticia.

En tal línea los requisitos a cumplir para su configuración son muy parecidos a los del número anterior. La gran diferencia consiste en que mientras en el primero se trata de impedir directamente el delito por parte del sujeto, en este n° 2, al no darse las circunstancias objetivas requeridas por el tipo del 1, el deber de intervenir se desliza a acudir a la autoridad o sus agentes para que sean ellos los que impidan algunos de los delitos previsto en el número anterior. Lo omisión supone **no acudir** a las citadas autoridades, siempre que **se pueda hacer**, cuando de uno de los susodichos delitos, de su **próxima o actual** comisión, se tenga noticia. Supuesto recogido por STS 406/2011, de 17 de mayo, en el caso de P que estuvo presente en los momentos en los que M –la víctima, estaba recibiendo golpes... siendo consciente del desamparo del agredido, que no era capaz ni de repeler la agresión, ni de pararla... la acusada se mantuvo sin pedir ayuda, directa o por medio de teléfono, a una cualquier persona, autoridad policial o no. Esta petición de ayuda no le hubiera supuesto correr un riesgo para su propia integridad, y P, por sí misma, sin pedir ayuda, no hubiera sido capaz de detener ni de impedir la agresión. La acusada pudo prever, por la intensidad y el número de golpes que había recibido M, que este resultaría de tal agresión, al menos, gravemente lesionado.

Las penas son las mismas que las fijadas para el número 1, incluida la diferenciación en atención a la naturaleza del delito a evitar.

IV. ENCUBRIMIENTO

1. Cuestiones previas

El Capítulo III del Título XX, en estudio, regula el delito de encubrimiento en los arts. 451 a 454. Al igual que las infracciones anteriormente estudiadas, omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución es un delito de los denominados de referencia, en cuanto se punición requiere la existencia, al menos, de otro hecho delictivo. En la actualidad presenta un carácter autónomo que no siempre ha sido así. Antes del CP de 1995 era estimado como una forma de participación delictiva. El art. 12 del CP 1948/1973 Texto refundido estimaba como personas responsables criminalmente de los delitos y faltas: los autores, los cómplices y los encubridores. Definía estos últimos el art. 17 como los que, con conocimiento de la perpetración del hecho punible, sin haber tenido participación en él como autores ni cómplices, intervienen con posterioridad a su ejecución de alguno de los modos siguientes: a) auxiliando a los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito o falta; b) ocultando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos del delito o falta, para impedir su descubrimiento; c) albergando, ocultando o proporcionando la fuga al culpable, siempre que concurren algunas de las circunstancias siguiente –que presento en

síntesis—: a') con abuso de funciones por parte del encubridor; b') la de ser el delincuente reo de terminados delitos. La fijación de la pena de manera general para cualquier delito consumado o intentado era la pena inferior en dos grados a la señalada por la Ley al autor del mismo delito. En los arts. 564 bis a) a 546 bis g) acogía una variedad especializada de encubrimiento con ánimo de lucro junto con la receptación.

El CP vigente modifica esta sistemática e **independiza** las conductas encubridoras en el delito citado, con muy parecida redacción y contenido al desarrollado por el Texto punitivo anterior en los susodichos arts. 12 y 17, de los que desaparece, ahora, como tal figura de encubrimiento. Mantiene una variedad específica, diferente a la derogada de encubrimiento con ánimo de lucro, aunque con cierta semejanza, entre las previsiones del Libro 2º, Título XIII, Capítulo XIV dedicado a la receptación y el blanqueo de capitales. En este epígrafe nos ocupan los arts. 451 a 454.

Son delitos cuyo objeto jurídico protegido es la **Administración de Justicia** en su función de averiguación y persecución de los delitos. Como dice la SAP de Barcelona, Sección 21, de 30 de diciembre de 2014, sobre el bien jurídico protegido, entendido como la Administración de Justicia en tanto que encargada de realizar el proceso penal, como instrumento de reacción frente a las conductas delictivas, no hay obstáculo para afirmar que puede haber delito de encubrimiento aun cuando no se haya determinado el autor del delito encubierto. Y si, por aproximación al caso que nos ocupa, entendemos que no ha podido descubrirse al autor gracias a la acción de los encubridores, fácilmente podemos entender que **concurrir una efectiva lesión del bien jurídico protegido** en la medida en que la acción encubridora habría impedido efectivamente la reacción de la Administración de Justicia (y en último término del Estado), mediante el seguimiento del proceso penal (con las debidas garantías), celebración de juicio justo y, eventualmente, de castigo al responsable. En definitiva, el delito supone una serie de conductas claramente dirigidas a burlar la acción de la justicia (STS 21/2000, 26 de marzo).

2. Modalidades típicas

El núcleo esencial de la conducta típica es generado sobre la tradicional definición de encubrimiento y se encuentra en el art. 451, párr. 1º. Varios son sus elementos: **a)** que el sujeto, cualquiera puede serlo pues es un delito común, conozca la comisión de un delito; **b)** que dicho sujeto no haya intervenido en el mismo como autor o cómplice; **c)** que su intervención se realice con posterioridad a la ejecución delictiva.

Por **delito** hay que entender la realización de una conducta típica y antijurídica y, asimismo culpable, aunque sobre tal desarrollo conceptual de delito existe una excepción de exclusividad para encubrimiento y es la cláusula contenida en el **art. 453** que amplía las disposiciones del aquél incluso cuando el autor del hecho encubierto sea irresponsable o esté exento de pena. Dicho lo anterior hay que advertir igualmente que es suficiente con la constancia de **existencia** de delito

previo, no que éste haya sido **enjuiciado** y declarado en sentencia firme, por cuanto sería favorecer la impunidad en aquellos supuestos en los que se ha conseguido la efectiva lesión de la función jurisdiccional cuando no se pueda, precisamente por la acción de los acusados, hallarse el responsable del hecho delictivo (SAP de Barcelona cit.).

Lo antes descrito no es suficiente para la total realización delictiva es necesario, además, que la intervención se realice a través de alguno de los medios siguientes:

- a) **Auxilio en beneficio ajeno.** Es la primera de las clases en que se disgrega el delito de encubrimiento. Acogida por el n° 1°, es la inicial de las formas de favorecimiento a los autores o cómplices para que se beneficien del provecho, producto a precio del delito. Requisito esencial para que los hechos se puedan incluir en esta modalidad es que el encubridor **no** lo haga con **ánimo de lucro**, porque si así fuera se estará en el delito de receptación del art. 298 del CP. La SAP de Barcelona 46/2014, de 14 de noviembre, estima culpable de un delito de encubrimiento a la acusada que, sin ánimo de obtener un beneficio económico propio, ayudó con su actuar a que B se aprovechara económicamente de una serie de efectos de la víctima, a saber, entre ellos un ordenador portátil, radio despertador, cruz de acero, bolsa de tela tipo bandolera, reproductor de MP4 y aparato de TDT, y teléfono móvil, los cuales cogió del domicilio de los hechos a indicación del encausado. Los efectos fueron tasados pericialmente en 350 euros. No existe, en este delito, un límite económico mínimo. Ello reitera una vez más que el bien jurídico protegido es la Administración de Justicia y no ningún otro objeto de protección de carácter patrimonial. Incluso aunque, en términos generales, es una hipótesis de carácter económico evaluable, tal aseveración no evita que, en casos puntuales, cabe admitir que el provecho o producto no tenga, al menos directamente, esa vertiente economicista (VENTURA PÜSCHEL, GARCÍA PÉREZ –pone el ejemplo, cuando se auxilia con la custodia de un documento personal falsificado por tercero).
- b) **Favorecimiento real.** El número 2° está referido a la **ocultación** – esconder, tapar, disfrazar, encubrir a la vista–, **alteración** –cambiar la esencia o forma de algo–, **inutilización** –hacer inútil, vano o nulo algo–. Ese algo en la conducta que nos ocupa son los efectos o instrumentos del delito. Se exige una finalidad concreta, la de hacerlo para impedir su descubrimiento. La SAP de Sevilla, Sección 1, 289/2009, de 13 de abril, castiga por encubrimiento en ese n° 2 al sujeto que se deshace de una escopeta empleada en la realización de un delito de lesiones. La SAP de Navarra 193/2015, de 16 de septiembre, sobre un delito referencia de homicidio condena a varios sujetos por encubrimiento sobre dos particularizadas intervenciones: a') B y B trasladaron el cadáver hasta las inmediaciones del aparcamiento del Hospital RS, donde lo abandonaron; b') mientras lo trasladaban, R, L, H siendo conscientes de la muerte de PE,

permanecieron en la finca y procedieron a limpiar toda la estancia en la que se habían producido los hechos, asimismo colaboraron en la desaparición de los objetos que pudieran incriminar a los acusados por la muerte. A estos efectos, llevaron el sillón a un paraje alejado para impedir que fuera localizado, después hicieron una hoguera y procedieron a quemar todos los instrumentos utilizados en la agresión.

- c) **Favorecimiento personal.** La tercera de la hipótesis en estudio, contenida en el n° 3°, denominada de favorecimiento personal porque es la que más directamente atañe a los presuntos responsables de los delitos a encubrir, se nuclea sobre el verbo **ayudar** –prestar cooperación. Parecido significado al verbo auxiliar utilizado por el del n° 1-. Se disgrega en dos posibilidades que diseñan los objetivos de la conducta típica: a') a **eludir** la investigación de la autoridad o de sus agentes; b') a **sustraerse** a su busca o captura. Todo lo anterior no supone un planteamiento absolutamente abierto sino que se limita por la exigencia de las circunstancias siguientes: a') Que el hecho encubierto sea constitutivo de traición, homicidio del Rey o Reina, de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, de la Reina consorte o del consorte de la Reina, del Regente o de algún miembro de la Regencia, o del Príncipe o Princesa de Asturias, genocidio, delito de lesa humanidad, delito contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, rebelión, terrorismo, homicidio, piratería, trata de seres humanos o tráfico ilegal de órganos; b') Que el favorecedor haya obrado con abuso de funciones públicas. La SAP de Alicante, Sección 7ª, 20/2004, de 14 de mayo, estima delito de encubrimiento por el número 3 a') en la conducta de procesado que entrega dinero a un tercero, causante de dos homicidios a sabiendas de que lo necesitaba y le ayudaba a eludir la acción de la Justicia.

Los tres modos de realización del encubrimiento están planteados de forma alternativa, con uno solo que se dé queda perfeccionado el delito. Si se realiza más de uno igualmente hay un solo delito. En todas sus variables es un delito doloso.

3. Punición

La pena con que se sanciona es igual para todas las formas en que se presenta: **prisión de seis meses a tres años**. Hay, sin embargo, dos excepciones: **una**, la referida en el n° 3 a su modalidad de abuso de funciones públicas, a la que se le añade la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años si el delito encubierto fuere menos grave, y la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años si aquél fuera grave; **otra**, la coherente cautela punitiva contemplada por el art. 452 –En ningún caso podrá imponerse pena privativa de libertad que exceda de la señalada al delito encubierto. Si éste estuviera castigado con pena de otra naturaleza, la pena privativa de libertad será sustituida por la de multa de seis a veinticuatro meses, salvo que el delito encu-

bierto tenga asignada pena igual o inferior a ésta, en cuyo caso se impondrá al culpable la pena de aquel delito en su mitad inferior—.

4. Excusa absolutoria

En el art. 454 se regula una excusa absolutoria en relación a determinados parientes de los sujetos que cometen el delito inicial. En tal sentido se estiman exentos de la pena impuesta a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad, de sus ascendientes, descendientes, hermanos, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados. Esta es la regla general que, sin embargo, presenta una excepción la de los encubridores que se hallen comprendidos en el supuesto del número 1º del 451, esto es, en el que he venido en llamar auxilio en beneficio ajeno, que responderán como encubridores, cuestión ésta que no deja de ser discutible.

V. REALIZACIÓN ARBITRARIA DEL PROPIO DERECHO

El Capítulo IV de este Título XX, está ocupado, en un solo artículo, 455, en la realización arbitraria del propio derecho. Es un delito que presenta una justificación solida en cuanto a su ubicación sistemática y su objeto de protección, asentados en: la incidencia que supondría su no presencia en las tipologías relacionadas con la Administración de Justicia, pues sería tanto como admitir que, en determinados casos, éste que me ocupa es paradigmático pues se inicia sobre la base de un derecho del sujeto reconocido legalmente, pero que intenta ejecutar sobre parámetros ajenos a las vías legales y de cierta intensidad, con lo que pareciera que se quiere estar ante la pretensión de tomarse la justicia por su mano, hipótesis absolutamente rechazable en un Estado, como el nuestro, social y democrático de Derecho. Así lo entiende el legislador con la tipificación de estas conductas y lo ha desarrollado nuestra jurisprudencia: STS 271/2004, de 5 de marzo, al centrar su objeto de protección en la función propia de la Administración de Justicia, y no en los propios de los delitos contra la libertad o seguridad de las personas ni de los patrimoniales, que es la puesta a disposición de los ciudadanos de las vías procedimentales legales para la reivindicación de sus derechos y para que, de este modo aquellos renuncien a vías de hecho para conseguir unilateralmente el cumplimiento de sus susodichos derechos (SSTS, entre otras, 271/2004, de 3 de mayo, 817/2009, de 29 de junio). Junto a ello, para algunos, hay que unir a los fundamentos anteriores, una cierta protección del patrimonio del sujeto pasivo deudor (STS 359/1999, de 1 de marzo).

Para mí no hay duda que el bien jurídico protegido es la Administración de Justicia, en la dimensión antes enunciada, de soporte de aplicación normativa para el ejercicio y realización de los derechos de los particulares.

Sobre semejante idea, el artículo 455 se articula sobre dos tipos diferenciados: uno, básico; otro, agravado

1. Tipo básico

La forma nuclear y básica del delito en estudio está contemplada en el n° 1 del art. 455. Es un delito especial que requiere en el sujeto activo la cualidad específica de ser titular del derecho cuya realización se ejecuta por los medios y formas que paso a exponer y que completan los presupuestos necesarios para su ejecución.

- a) **Una relación jurídica extrapenal preexistente**, que está integrada no solo por derechos crediticios u obligacionales, sino que se extiende a otros derechos como los reales –anteriormente la jurisprudencia previa al CP de 1995 exigía que el autor del delito fuera titular de un crédito, vencido y exigible– El antiguo art. 337 regulador de estas infracciones requería como objeto material del delito “apoderarse de una cosa perteneciente a su deudor para hacerse pago con ella”. La actual regulación se decide por el término normativo y más amplio de derecho y posibilita así que dichos derechos no tengan que estar absolutamente liquidados, en cuanto a su cuantificación, pues es suficiente, desde mi punto de vista, que exista un derecho propio y para su realización, aunque sea antes de su liquidación total, se acuda a vías no legales. Como dice la STS 817/2009 cit., sería absurdo hacer depender tal consideración de la previa existencia y determinación en sentencia judicial, pues ésta ya supone haber acudido a los cauces legales. De modo que este “derecho propio” que exige el tipo, ha de ponerse en relación con su misma existencia jurídica, antes de ser reclamado, y la creencia errónea del mismo podría hacer entrar en juego la teoría del error.
- b) **Dinámica comisiva que se concreta en el empleo, para hacer efectivos los citados derechos propios, de violencia, intimidación o fuerza en las cosas.** Las tres vías han sido estudiadas en otros Capítulos de este libro a los cuales me remito en especial al delito de robo. Es un tipo de resultado cortado que requiere emplear dichos medios, no exigiéndose para su consumación la efectiva realización del derecho que se considera lesionado por el agente, por lo que difícilmente puede darse en grado de tentativa (STS 276/2014, de 2 de abril, GARCÍA RIVAS, GILI PASCUAL; a favor de su posible aceptación GUARDIOLA GARCÍA). Como ejemplos con carácter general: agresión de los acusados al inquilino de la vivienda arrendada por uno de ellos, a causa del impago de la renta, aquellos accedieron al interior de la vivienda sin consentimiento de su morador y, una vez dentro, dos de ellos le golpearon, mientras el otro vigilaba en la puerta (STS 15/2010, de 22 de enero); reclamación intimidatoria de una deuda en un descampado (STS 846/2011, 15 de julio);
- c) Elemento subjetivo del injusto concretado en el **propósito de realizar un derecho propio**. La jurisprudencia y una buena parte de la doctrina

han entendido que el mismo determina la eliminación del ánimo de lucro, y marca la diferencia con el robo. La intención de enriquecimiento injusto marcará esta última infracción, mientras que con el delito de realización arbitraria del propio derecho, se busca la reparación de un empobrecimiento injusto (STS 817/2009 cit., 24/2011, de 1 de febrero). Es un delito exclusivamente doloso.

En relación a la participación delictiva, sucede con alguna frecuencia que en los supuestos de realización arbitraria del propio derecho intervienen varios actores: el titular del derecho y otros que participan en él desde diversos niveles. Verbigracia: participación junto al sujeto principal, el titular del derecho, de otra persona que contribuye con su presencia a reforzar la presión sobre la víctima y se hace, además, cargo de vehículo del que es despojado por aquél –cooperador necesario, no cómplice. STS1157/2011, de 10 de noviembre–. En cualquier caso para la resolución de estas cuestiones habrá que estar a las normas generales contenidas en los arts. 28 y 29 del CP.

La pena fijada para este supuesto del art. 455.1 es la pena de multa de seis a doce meses. Sorprende la naturaleza y cortedad de dicha pena cuando se exige para la realización del tipo, como reiteradamente se ha expuesto, medios tan graves como violencia, intimidación o fuerza en las cosas. La finalidad subjetiva exigida de realización del propio derecho no parece de suficiente entidad para privilegiar esta infracción a tan alto nivel, más criticable incluso por el bien jurídico que se protege, la misma Administración de Justicia. Ciertamente es que si los medios empleados generan en su realización otro tipo de delito como lesiones o daños habrá un concurso de delitos entre ellos, a pesar de la cláusula de subsidiariedad que parece desprenderse del art. 263.1. Lo mismo creo ha de suceder con las amenazas y coacciones, aunque en este supuesto parecen más cercanas al concurso aparente de normas penales, en cuyo caso la aplicación preferente por especialidad sería la del 455.

2. Tipo agravado

Participa de los mismos requisitos que el básico, con la única diferencia, que lo dota de mayor pena, de que la intimidación o la violencia se hagan con el uso de armas u objetos peligrosos. Entonces se impondrá la pena superior en grado, esto es, multa de doce a dieciocho meses. Lo que me vuelve a plantear las mismas inquietudes, ahora incrementadas, en relación a su bondad punitiva.

BIBLIOGRAFÍA

- ALVAREZ GARCÍA. *Introducción a los delitos contra la Administración de Justicia*. En Tratado de Derecho Penal Español. Parte Especial. III. Delitos contra la Administraciones Pública y de Justicia. Dir. Álvarez García. Valencia, 2013.
- BAJO FERNÁNDEZ. *La realización arbitraria del propio derecho*. Madrid,

1976. BONMATÍ ORTEGA. *El tratamiento jurisprudencial de la prevaricación judicial*. La Ley, nº 55. 2008. DE LA MATA BARRANCO. *La realización arbitraria del propio derecho*. Madrid, 1995. DE VICENTE MARTÍNEZ, *La nueva regulación del encubrimiento en el CP 1995*. En *Actualidad Penal*, 1996. FERRER BARQUERO, *El delito de prevaricación judicial*. Valencia, 2002. FERRER BARQUERO. *La vertiente omisiva de la prevaricación judicial*. En *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 24. 2002-2003. GARCÍA ARÁN. *La prevaricación judicial*. Madrid, 1990. GARCÍA PÉREZ. *El encubrimiento y su problemática en el Código Penal*. Barcelona, 2008. GARCÍA RIVAS. *La realización arbitraria del propio derecho*. En *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial. III*. Dir. Álvarez García cit. GILI PASCUAL. *El encubrimiento en el Código Penal: análisis del favorecimiento personal*. Valencia, 1999. GILI PASCUAL. *La realización arbitraria del propio derecho*. En *Revista de Derecho Penal*, nº 29, 2010. GONZÁLEZ RUS. *Delitos contra la Administración de Justicia (I). Prevaricación judicial. Omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución. Encubrimiento. Realización arbitraria del propio derecho. Acusación y denuncia falsas. Simulación de delito*. En *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial*. Coord. Morillas Cueva. Madrid. 2011. GUARDIOLA GARCÍA. *La realización arbitraria del propio derecho*. Valencia, 2003. HAVA GARCÍA. *Prevaricación judicial*. *Tratado de Derecho Penal Español. Parte Especial. III*. Dir. Álvarez García cit. HUERTA TOCILDO. *La omisión de los deberes de impedir y denunciar determinados delitos*. La Ley, nº 4, 1983. MANJÓN-CABEZA OLMEDA. *Negativa a juzgar. Retardo malicioso*. En *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial. III*. Dir. Álvarez García cit. PEDREIRA GONZÁLEZ. *Prevaricación*. En *Euñomía*, nº 1. 2012. POMARES CINTAS. *El delito de omisión del deber de intervenir para impedir delitos (art. 450 CP)*. En *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial. III*. Dir. Álvarez García cit. RAMOS TAPIA. *El delito de prevaricación judicial*. Valencia, 2000. RUBIO LARA. *Omisión del deber de impedir determinados delitos o de promover su persecución*. Madrid, 2003. RUIZ RODRÍGUEZ. *El delito de encubrimiento*. Barcelona, 2001. SÁNCHEZ-OSTÍZ GUTIERREZ. *El encubrimiento como delito*. Valencia, 1998 SOLA RECHE. *La omisión del deber de intervenir para impedir determinados delitos del art. 450 CP*. Granada, 1999. VENTURA PÜSCHEL. *Encubrimiento*. En *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial. III*. Dir. Álvarez García cit.

UNIDAD 12

CIBERCRIMINALIDAD

Competencias

- Analizar y reconocer las principales características de los delitos cometidos en el ciberespacio como nuevo ámbito de criminalidad.

PRIMERA LECTURA

Reyna Alfaro, L. (2022). Criminalidad informática, crimen organizado e internacionalización del delito. En Arocena, G., Cuarezma, S. y Burgos, Á. (Dir.) Horizontes imprevisibles de un Derecho penal ilimitado. Alcances. Consecuencias. Libro Homenaje al profesor Dr. Mario Alberto Houed Vega (147-172). Buenos Aires, Argentina. Hammurabi.

Con la finalidad del incremento de seguridad a través del enfrentamiento a ciertas formas específicas de criminalidad, surgió la Ley 30.077 (Ley contra el crimen organizado), que involucra en su artículo 3° los delitos informáticos descritos en los artículos 207-B° y 207-C° del Código Penal. Posteriormente, se estableció un régimen legal autónomo en torno a las conductas delictivas de tipo informático, mediante la Ley 30.096 (modificada mediante la Ley 30.171). Este trabajo examinará los delitos informáticos que son calificados por la Ley 30.077 como delitos graves.

dirección **GUSTAVO A. AROCENA**
SERGIO CUAREZMA TERÁN - ÁLVARO BURGOS MATA

Horizontes imprevisibles de un Derecho penal ilimitado

Alcances. Consecuencias

LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR DR. MARIO ALBERTO HOUED VEGA

**GUSTAVO A. AROCENA - ALBERTO BINDER - ÁLVARO BURGOS MATA - DANIEL CESANO
SERGIO J. CUAREZMA TERÁN - DIEGO CUAREZMA ZAPATA - FRANCISCO MUÑOZ CONDE
LUIS MIGUEL REYNA ALFARO - MANUEL VIDAURRI - E. RAÚL ZAFFARONI**

**VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y SENTENCIA DEFINITIVA - QUERELLANTES
Y ACUSADORES PÚBLICOS - DELITOS DE MENORES - ENFERMOS MENTALES EN PRISIÓN
DE LA JUSTICIA INQUISITORIAL A LA ACUSATORIA CON TENDENCIA INQUISITORIAL
PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO Y RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL
TOLERANCIA CERO Y DERECHO PENAL DEL ENEMIGO - DELITO INFORMÁTICO
CRIMEN ORGANIZADO - PODER MUNDIAL - EL FASCISMO PENAL**



hammurabi
JOSE LUIS DEPALMA EDITOR

MARIO ALBERTO HOUED VEGA

LIBRO HOMENAJE

Horizontes imprevisibles de un Derecho penal ilimitado

Alcances. Consecuencias

dirección

GUSTAVO A. AROCENA - SERGIO J. CUAREZMA TERÁN - ÁLVARO BURGOS MATA

autores

**GUSTAVO A. AROCENA - ALBERTO BINDER - ÁLVARO BURGOS MATA - DANIEL CESANO
SERGIO J. CUAREZMA TERÁN - DIEGO CUAREZMA ZAPATA - FRANCISCO MUÑOZ CONDE
LUIS MIGUEL REYNA ALFARO - MANUEL VIDAURRI - E. RAÚL ZAFFARONI**

VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y SENTENCIA DEFINITIVA - QUERELLANTES
Y ACUSADORES PÚBLICOS - DELITOS DE MENORES - ENFERMOS MENTALES EN PRISIÓN
DE LA JUSTICIA INQUISITORIAL A LA ACUSATORIA CON TENDENCIA INQUISITORIAL
PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO Y RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL
TOLERANCIA CERO Y DERECHO PENAL DEL ENEMIGO - DELITO INFORMÁTICO
CRIMEN ORGANIZADO - PODER MUNDIAL - EL FASCISMO PENAL

hammurabi

JOSE LUIS DEPALMA EDITOR



© Copyright by
editorial hammurabi s.r.l.

Talcahuano 438 - 1° piso "A"
C1013AAI - Buenos Aires - Argentina
Tel.: (54-11) 4371-8179 — líneas rotativas —
E-mail: info@hammurabi.com.ar - www.hammurabi.com.ar

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

Producción integral



concept design

de **FERNANDO LUCAS DEPALMA**

Impreso en **La Imprenta Ya S.R.L.**
Alferez Hipólito Bouchard 4381, 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: 978-987-805-233-5

MARIO ALBERTO HOUED VEGA

HORIZONTES IMPREVISIBLES DE UN DERECHO PENAL ILIMITADO

Buenos Aires, Hammurabi, 2022

228 ps., 23 x 16 cm.

ISBN: 978-987-805-233-5

1. Derecho penal. I. Título CDD 345

Fecha de catalogación: 14/03/2022

ARCHIVO DIGITAL *Online*

ISBN: 978-987-805-234-2

Fecha de publicación: 14/03/2022

EDICIÓN DIGITAL

Marzo de 2022

EDICIÓN PAPEL

Marzo de 2022

CRIMINALIDAD INFORMÁTICA, CRIMEN ORGANIZADO E INTERNACIONALIZACIÓN DEL DELITO

LUIS MIGUEL REYNA ALFARO *

PERÚ

*Con especial afecto en homenaje
al profesor doctor **MARIO ALBERTO HOUED VEGA**,
expresión de brillantez, ponderación y dedicación
a una justicia a la medida del ser humano*

Ningún país extranjero, ningún hacker, debería ser capaz de bloquear nuestras redes, robar nuestros secretos comerciales o invadir la privacidad de las familias estadounidenses, especialmente de nuestros hijos. Urjo a este Congreso a aprobar la legislación que necesitamos para afrontar con mayores garantías el cambiante reto de los ciberataques, combatir el robo de identidad y proteger la información de nuestros hijos. Si no actuamos, dejaremos nuestra nación y nuestra economía vulnerable. Si lo hacemos, podremos continuar protegiendo las tecnologías que hemos desencadenado hacia oportunidades indecibles para las personas alrededor del globo

BARACK OBAMA¹

I — INTRODUCCIÓN

Dentro del permanente proceso de *contrareforma* que ha venido sufriendo nuestra legislación penal, patentizado en las casi 600 leyes modificatorias del CP², la promulgación de paquetes normativos orientados a "luchar" contra determinadas ti-

* Abogado por la Universidad de San Martín de Porres (Lima, Perú). Doctorando en Derecho penal y Política Criminal por la Universidad de Granada (España). Experto Universitario en Criminología por la UNED (España). Profesor del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ). Vicepresidente del Grupo Peruano de la Asociación Internacional de Derecho Penal.

¹ Disponible en: <http://edition.cnn.com/2015/01/20/politics/state-of-the-union-2015-transcript-full-text/>.

² "El Código Penal ha sido modificado 577 veces", en: *La Ley*, edición del 21 de diciembre de 2013 (disponible en http://laley.pe/not/657/el_codigo_penal_ha_sido_modificado_577_veces).

pologías delictivas³ parece ser una especie de *modus operandi* de un legislador cuyas decisiones de política criminal se basan, más que en datos provenientes de la criminología o la ciencia dogmática, en un demagógico discurso represivo que no hace sino disfrazar la ineficiencia del Estado en su tarea de prevenir la criminalidad mediante la protección de los bienes jurídicos de sus ciudadanos.

Con esta afirmación inicial no se pretende desconocer la nocividad de ciertas formas de criminalidad ni se pretende afirmar que no sea necesario que el Derecho penal articule respuestas ante las mismas, sino cómo es que el recusable *uso político del Derecho penal* por parte de un legislador que ve en la ley penal no un medio de prevención del delito sino un mecanismo de captación de votos, termina generando una legislación penal de escasa técnica jurídica, con predominio de incongruencias e inconsistencias y poco eficaz desde la perspectiva preventiva⁴.

En ese contexto poco feliz es que se ubica la incorporación de una serie de normas que han orientado su finalidad al incremento de la seguridad a través del enfrentamiento a ciertas formas específicas de criminalidad. En ese contexto es que surge la Ley contra el Crimen Organizado (Ley 30.077)⁵ que involucra, como se observa en el artículo 3° de la mencionada ley, los delitos informáticos descritos en los artículos 207-B° y 207-C° del Código Penal (de aquí en adelante CP)⁶.

³ La utilización de referencias bélicas en el plano de la prevención de la criminalidad y, especialmente respecto al crimen organizado, es común en el derecho comparado; al respecto: Stuntz, William (2011), *The collapse of american criminal justice*, Massachusetts, Harvard University Press, pp. 158-159; Dübber, Markus Dirk (2001), "Policing possession: The war on crime and the end of criminal law", en: *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 91.4, Northwestern University, pp. 831 ss.

Tras los ataques informáticos de corea del norte al web site de Sony Pictures Entertainment se ha extendido el uso de la expresión "cyberterrorismo" (al respecto http://internacional.elpais.com/internacional/2014/12/19/actualidad/1419009199_719868.html).

⁴ Sobre el uso político del Derecho penal Reyna Alfaro, Luis Miguel (2013), "Irracionalidades punitivas y violencia doméstica: A su vez, una demostración de la trascendencia de la investigación criminológica como mecanismo de contención del uso político del Derecho penal", en: Villavicencio Terreros, Felipe/ Guzmán Ruiz de Castilla, Nancy/ López Pérez, Luis/ Cueva Castro, Edvar (coords.), *Temas de ciencias penales*, volumen II, Lima, Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres, pp. 670-676.

⁵ Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" del 20 de agosto de 2013. Modificada en los aspectos procedimentales por la Ley 30.133, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" del 20 de diciembre de 2013 y en los aspectos de ejecución penal por las Leyes 30.262 y 30.332, publicadas en el Diario Oficial "El Peruano" del 6 de noviembre de 2014 y 6 de junio de 2015.

⁶ Debe tenerse presente los antecedentes conformados por la Ley 27.378, del 21 de diciembre de 2000 ("Ley que establece beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada", utilizaba incorrectamente la expresión "criminalidad organizada"), la Ley 28.959 (Ley contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes), así como los recientes Decretos Legisla-

Posteriormente, sin embargo, se promulgó la ley 30.096, Ley de Delitos Informáticos (de aquí en adelante LDI)⁷, que estableció un régimen legal autónomo en torno a las conductas delictivas de tipo informático. La LDI fue objeto de modificación legal mediante la Ley 30.171⁸.

El objeto de este trabajo, además de examinar los delitos informáticos que son calificados por la Ley 30.077 como delitos *graves* y que habilitan la aplicación de las reglas procesales, penológicas y de ejecución penal desarrolladas por la Ley contra el Crimen Organizado, es reconocer, a partir de ciertas dinámicas de corte sociológico, el impacto criminológico de estos fenómenos delictivos y los desarrollos de la política criminal en estas materias.

II — LOS RIESGOS DE LA INFORMÁTICA Y SU RELACIÓN CON EL CRIMEN ORGANIZADO

Hoy en día existe consenso absoluto, tanto a nivel de la Sociología como del Derecho penal, sobre el impacto de las nuevas tecnologías y de la informática en las modernas sociedades del riesgo, haciendo eco de los planteos de la sociología de Ulrich Beck.

En su conocida obra *La sociedad del riesgo* el sociólogo Ulrich Beck reconoce los impactos de la modernidad sobre los niveles de riesgo que enfrenta la Sociedad y como estos riesgos tienen, a diferencia del modo en que aquellos se expresaban anteriormente, carácter global y dimensiones catastróficas⁹. Pues bien, uno de los factores centrales del modo en que se encuentra articulada la *sociedad del riesgo* es la in-

tivos 1180 (que establece beneficios de recompensa para promover y lograr la captura de miembros de organizaciones criminales, organizaciones terroristas y responsables de delitos de alta lesividad) y 1182 (que regula el uso de los datos derivados de las telecomunicaciones para la identificación, localización y geolocalización de equipos de comunicación, en la lucha contra la delincuencia y el crimen organizado) publicados en el Diario Oficial "El Peruano" del 27 de julio de 2015.

⁷ Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" del 22 de octubre de 2013.

⁸ Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" del 10 de marzo de 2014.

⁹ Beck, Ulrich (2006), *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, traducción de Jorge Navarro, Daniel Jiménez y Ma. Rosa Borrás, Barcelona, Paidós, pp. 29/31/33. Examinando su impacto político criminal: Prittowitz, Cornelius (2013), "A funcao do direito penal na sociedade globalizada do risco. Defesa de um papel necessariamente modesto", en: Ambos, Kai & Böhm, María Laura (coords.), *Desenvolvimentos atuais das ciencias criminais na Alemanha*, Brasilia, Gazeta Jurídica, pp. 53 ss.; Silva Sánchez, Jesús María (2001), *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, segunda edición, Madrid, Civitas, pp. 26 ss.; Mendoza Buergo, Blanca (2001), *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, Civitas, pp. 24 ss.

formática y, sobre todo, el internet¹⁰ que impone al ordenador como *el nuevo soberano*¹¹.

Quizás sea conveniente resaltar cómo el carácter global de los nuevos riesgos guarda relación directa con los efectos del internet en la estructura social moderna. El *ciberespacio*, conforme es resaltado por Zygmunt Bauman, otro sociólogo de renombre, es el factor determinante de la conformación de una *nueva elite global* que reside ya no en el "mundo ortodoxo de la soberanía, con sus fronteras alambradas y sus puestos de control fronterizos que velaban por la seguridad del territorio de los Estados-Nación" sino que opera dentro de un "nuevo espacio global, transnacional y transestatal"¹². En este espacio (*ciberespacio*) las posibilidades, como señala Giovanni Sartori, son "infinitas, para bien y para mal"¹³.

El uso masificado de la informática y el internet, derivado del desarrollo de la tecnología y el efecto de la globalización de mercados sobre el precio de la tecnología,

¹⁰ Silva Sánchez, Jesús María, *La expansión*, p. 27; De Giorgi, Alessandro (2006), *El gobierno de la excedencia. Postfordismo y control de la multitud*, traducción de José Ángel Brandariz y Hernán Bouvier, Madrid, Mapas, p. 139; Mendoza Buergo, Blanca, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, p. 27 (quien destaca cómo es que los riesgos de la modernidad son *Nebenfolgen*—consecuencias necesarias—del progreso tecnológico); Mazuelo Coello, Julio (2001), "Los delitos informáticos: Una aproximación a la regulación del Código Penal peruano", en: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, n° 2, Lima, Instituto Peruano de Ciencias Penales, p. 254.

¹¹ Expresión con la que Sartori destaca la primacía que la informática ha adquirido en las últimas décadas: Sartori, Giovanni (2012), *Homo videns. La sociedad teledirigida*, traducción Ana Díaz, Madrid, Taurus, p. 36.

¹² Bauman, Zygmunt (2007), *La sociedad sitiada*, traducción de Mirta Rosenberg, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, pp. 284 ss. Similar Sieber, Ulrich (2009), "Capítulo V: El control de la complejidad en el ciberespacio global: La armonización de los delitos informáticos", en: Delmas-Marty, Mireille/ Pieth, Mark/ Sieber, Ulrich (directores), *Los caminos de la armonización penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 157.

La existencia de una *nuevo espacio* cibernético se reconoce con claridad a través de la idea de la "informática en nube" o "cloud computing" [así, Documento de Trabajo elaborado a propósito de la realización del 12° Congreso de las Naciones Unidas sobre la prevención del delito y Justicia Penal en torno al tema "Novedades recientes del uso de la ciencia y la tecnología por los delincuentes y por las autoridades competentes en la lucha contra la delincuencia, incluido el delito cibernético" (de aquí en adelante, Documento de Trabajo 12° Congreso de las Naciones Unidas), p. 2, disponible en: https://www.unodc.org/documents/crime-congress/12th-Crime-Congress/Documents/A_CONF_213_9/V1050385s.pdf].

¹³ Sartori, Giovanni, *Homo videns*, p. 59. Destaca, desde la perspectiva penal, el doble sentido—positivo/negativo—del uso de la informática: Romeo Casabona, Carlos María (2004), "Los llamados delitos informáticos de carácter patrimonial", en: El mismo. *Las transformaciones del Derecho penal en un mundo en cambio*, volumen II, Arequipa, Adrus, p. 421; Ruiz Rodríguez, Luis Ramón (2006), "Uso ilícito y falsificación de tarjetas bancarias", en: *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, n° 3, disponible en <http://journals.uoc.edu/index.php/idpl>, p. 02.

tienen impacto criminológico significativo¹⁴, lo que ha obligado a la articulación de respuestas político criminales que pretendan equilibrar el avance imparable de la tecnología y sus posibles usos delictivos con la eficacia de la legislación penal a cargo de su prevención¹⁵.

El nuevo riesgo, conformado por el uso delictivo de la tecnología informática, tiene una alta potencialidad lesiva en nuestras sociedades cuya dependencia al ordenador las hace sumamente vulnerables¹⁶. Esta potencialidad lesiva se encuentra—como dice De Giorgi— en continua expansión¹⁷ y tiene, debemos agregar, efectos directos en la trascendencia actual de la criminalidad organizada.

En ese proceso expansivo es que la criminología ha venido reconociendo la utilización cada vez mayor por parte de las organizaciones criminales de la tecnología informática como instrumento de realización de sus actividades delictivas¹⁸. Este fe-

¹⁴ En torno a la criminalidad organizada, véase Zuñiga Rodríguez, Laura (2001), *Política criminal*, Madrid, Colex, p. 265; en torno a los delitos informáticos, véase Reyna Alfaro, Luis Miguel (2002), *Los delitos informáticos. Aspectos criminológicos, dogmáticos y de política criminal*, Lima, Jurista, pp. 127-130.

¹⁵ Hay que recordar las palabras de Zaffaroni: "el impacto de la explosión tecnológica es un problema que la política criminal conoce sobradamente. La técnica siempre es un arma y cada avance fue explotado criminalmente, en forma tal que siempre el criminal está más tecnificado que la prevención del crimen"; así en Zaffaroni, Eugenio Raúl (1982), "Consideraciones político criminales sobre la tutela de los derechos de autor", en: El mismo. *Política criminal latinoamericana. Perspectivas y disyuntivas*, Buenos Aires, Hammurabi, p. 133. Como señala Vogel, el primer reto en esta materia es lograr la definición correcta de los delitos informáticos de forma compatible con la velocidad en que la tecnología informática cambia; así en: Vogel, Joachim (2008), "Towards a Global Convention against cybercrime", disponible en: <http://www.penal.org/sites/default/files/files/Guadalajara-Vogel.pdf>, p. 01. Similar, haciendo referencia a la complejidad de la criminalidad informática derivada de los avances de la tecnología informática, Similar Sieber, Ulrich. *Capítulo V: El control de la complejidad*, p. 157.

La *aceleración tecnológica* permite reconocer, pese a tratarse de una tipología delictiva novedosa, la existencia de hasta tres generaciones de delitos informáticos: La primera conformada por el simple uso de los ordenadores para la comisión de delitos, la segunda conformada por la utilización de internet como ambiente criminógeno y la tercera asociada al desarrollo de la web 2.0 y la utilización de sistemas de mensajería instantánea; al respecto: Miró Llinares, Fernando (2013), "La respuesta penal al ciberfraude. Especial atención a la responsabilidad de los muleros del *phishing*", en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n° 15, disponible en: <http://criminet.ugr.es/reccl15/recpc15-12.pdf>, p. 3.

¹⁶ Reyna Alfaro, Luis Miguel, *Los delitos informáticos*, p. 125.

¹⁷ De Giorgi, Alessandro, *El gobierno de la excedencia*, p. 139.

¹⁸ Anarte Borrallo, Enrique (1999), "Conjeturas sobre la criminalidad organizada", en: Ferré Olivé, Juan Carlos & Anarte Borrallo, Enrique (eds.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, p. 23; Del Ro-

nómeno guarda relación con el carácter global o transnacional de la criminalidad organizada, asociado a los efectos de la globalización sobre los límites estatales impuestos para la realización de operaciones económicas con el exterior que han fomentado su aumento, fluidez y que han derivado en una tendencia hacia la homogenización de los mercados¹⁹. La globalización —como acertadamente refiere Gracia Martín “conlleva la aparición de condiciones específicas para la práctica de una nueva criminalidad o delincuencia asociada a la globalización (...) la globalización es un fenómeno de significado fundamentalmente económico. Por ello, no puede sorprender que la criminalidad de la globalización sea una de carácter, por un lado, fundamentalmente económico en razón de su contenido”²⁰. Por todo esto, en el Prefacio de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional el secretario general de la ONU Kofi Annan es claro en señalar a este

sal Blasco, Bernardo (2001), “Criminalidad organizada y nuevas tecnologías: Algunas consideraciones fenomenológicas y político criminales”, en: Granados Pérez, Carlos (director), *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, p. 150; Militello, Vincenzo (2001), “Iniciativas supranacionales en la lucha contra la criminalidad organizada y el blanqueo en el ámbito de las nuevas tecnologías”, traducción de Cristina Méndez, en: Zuñiga Rodríguez, Laura/Méndez Rodríguez, Cristina/Diego Díaz-Santos, Ma. Rosario (coords.), *Derecho penal, Sociedad y nuevas tecnologías*, Madrid, Colex, p. 178 (quien destaca que es la “proyección internacional común” la conexión entre crimen organizado y tecnologías informáticas); Callejari, Andre & Dezordi Wermuth, Maiquel (2012), “La expansión del Derecho penal, Sociedad del Riesgo y Crimen Organizado”, en: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n° 24, Lima, Idemsa, p. 106; Gómez Mont, Fernando (1999), “Política criminal en materia de delincuencia organizada”, en: *Revista de Política Criminal y Ciencias Penales*, n° 1. Especial, Distrito Federal México, CEPOLCRIM, p. 229; Lamas Puccio, Luis (2012), “Criminalidad Organizada, seguridad ciudadana y reforma penal”, en: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n° 23, Lima, Idemsa, p. 314.

¹⁹ Gracia Martín, Luis (2003), *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 89. No tiene que sorprender, por tanto, que Choclán Montalvo haya señalado que la criminalidad organizada es un “nuevo riesgo derivado de la globalización política y económica”; así en: Choclán Montalvo, José Antonio (2001), “Criminalidad organizada. Concepto. La Asociación Ilícita. Problemas de autoría y participación», en: Granados Pérez, Carlos (director), *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, p. 218; similar: Serrano Tárraga, María Dolores (2014), *El rol de la Criminología para la seguridad en la sociedad contemporánea*, Madrid, Dykinson, p. 380.

²⁰ Gracia Martín, Luis, *Prolegómenos*, p. 90. Es importante destacar en este punto la idea, remarcada por Juan Terradillos, en el sentido de que es precisamente el carácter *global* del fenómeno es que lo hace “irremediamente incompatible” con el Derecho penal en la medida que constituye una “manifestación genuina de soberanía estatal”; al respecto: Terradillos Basoco, Juan (1999), “El derecho penal de la globalización: Luces y sombras”, en: Capella Hernández, Juan Ramón (coord.), *Transformaciones del derecho en la mundialización*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, p. 185.

respecto que: "Los grupos delictivos no han perdido el tiempo en sacar partido de la economía mundializada actual y de la tecnología sofisticada que la acompaña".

Aunque no pretendemos ingresar a la tortuosa discusión respecto al concepto *crimen organizado*²¹, expresión que ha llegado al punto de ser calificada como "hueca"²², si es del caso destacar la trascendencia de unos (solo uno) de sus elementos más reconocidos: Su alcance transnacional²³ que deriva de su finalidad económica²⁴ (ver esta nota 24 en página siguiente), y que determina una serie de consecuencias, co-

²¹ Ya la Ley 27.378, del 21 de diciembre de 2000, denominada "Ley que establece beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada", utilizaba incorrectamente la expresión "criminalidad organizada", conforme referí en Reyna Alfaro, Luis Miguel (2002), *Comentarios a la legislación anticorrupción*, Lima, Jurista, pp. 47-58. Esa visión orientada a relacionar la criminalidad organizada fundamentalmente con la corrupción pública puede apreciarse en: Meini Méndez, Iván (2004), "Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada", en: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n° 14, Idemsa, Lima, p. 235.

²² Zaffaroni, Eugenio Raúl (2001), "En torno al concepto de 'crimen organizado'", en: Virgolini, Julio & Slokar, Alejandro (coords.), *Nada personal... Ensayos sobre crimen organizado y justicia*, Depalma, Buenos Aires, p. 9. Destacan las dificultades para la conceptualización del concepto: Choclán Montalvo, José Antonio, *Criminalidad organizada*, p. 235; Hernández Plasencia, José Ulises (2004), "La codelincuencia en organizaciones criminales de estructura jerarquizada", en: A.A.V.V. *XVI Congreso Latinoamericano, VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho penal y criminología*, Lima, UNMSM, p. 188; Fernández Sánchez, María Teresa (2000), "Autoría y participación en la criminalidad organizada", en: Diego Díaz- Santos, Ma. Rosario & Sánchez López, Virginia (coords.), *Hacia un Derecho penal sin fronteras*, Madrid, Colex, p. 25.

²³ Anarte Borrillo, Enrique, *Conjeturas sobre la criminalidad organizada*, p. 16; Del Rosal Blasco, Bernardo, *Criminalidad organizada y nuevas tecnologías*, p. 149; Zuñiga Rodríguez, Laura (2009), *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Granada, Comares, pp. 61-65; Sánchez García de Paz, Isabel (2004), "Función político criminal del delito de asociación para delinquir: Desde el Derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado", en: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n° 14, Idemsa, Lima, p. 374; Marinucci, Giorgio & Dolcini, Emilio (2001), "Derecho penal 'mínimo' y nuevas formas de criminalidad", traducción de Raúl Carnevali, en: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, n° 2, Lima, Instituto Peruano de Ciencias Penales, pp. 125-126; Yacobucci, Guillermo (2005), "Capítulo II. Lostipos penales relacionados con el crimen organizado", en: El mismo (coord.). *El crimen organizado. Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*, Abaco, Buenos Aires, 2005, p. 116.

El carácter transnacional del crimen organizado está íntimamente vinculado al impacto de la globalización sobre las economías que llevan a la movilización global de los capitales, inversiones y el comercio [así: Williams, James W. & Beare, Margaret (2005), "The bussiness of bribery: Globalization, economic liberalization, and the 'problem' of corruption", en: Beare, Margaret (ed.), *Critical reflections on transnational organized crime, money laundering and corruption*, Toronto, University of Toronto Press, pp. 100-101; Rosenfeld, Richard & Messner, Steven (2013), *Crime and the economy*, Londres, Sage, pp. 88ss. quien evalúa el impacto de las prohibiciones de comercialización de ciertos productos, como el alcohol etílico en los E.E.U.U, en las actividades de las organizaciones criminales; Andreas, Peter (2005), "El crimen transnacional y globalización económica", en: Berdal,

 continuación de nota ²³, de página anterior

Mats & Serrano, Mónica, *Crimen transnacional organizado y seguridad internacional. Cambio y continuidad*, México, Fondo de Cultura Económica, p. 62; Portilla Contreras, Guillermo (2007), *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo postmodernista*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 23 ss. —quien hace referencia a la idea de *economía mundo*—; Blanco Cordero, Isidoro (1997), "Criminalidad organizada y mercados ilegales", en: *Eguzkilore*, n° 11, San Sebastián, Instituto Vasco de Criminología, p. 214] lo que facilita no solo la movilización de los bienes y servicios ilegales así como de sus ganancias, sino que permite el desplazamiento de las actividades de las organizaciones criminales de un país a otro según el mayor o menor control penal existente [en esa línea: Durand, Francisco (2007), *El Perú fracturado. Formalidad, informalidad y economía delictiva*, Lima, Fondo Editorial del Congreso del Perú, p. 93].

No debe dejar de observarse el sesgo reconocido por la fallecida criminóloga venezolana Rosa del Olmo, quien asociaba el carácter transnacional del tráfico ilícito de drogas (una de las principales actividades ilícitas desarrolladas por las organizaciones criminales) con la utilización de empresas transnacionales por parte del crimen organizado; véase al respecto Del Olmo, Rosa (1997), "Las drogas y sus discursos", en: Baigún, David/Zaffaroni, Eugenio R./García-Pablos, Antonio/Pierangeli, José (coords.), *De las penas. Libro homenaje al Profesor Isidoro de Benedetti*, Buenos Aires, Depalma, pp. 150-151.

 nota ²⁴, llamada de página anterior

²⁴ La criminalidad organizada tiene un móvil o propósito esencialmente lucrativo conforme se desprende del concepto de "grupo delictivo organizado" propuesto por la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional ("se entenderá—como tal—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"). Distinta es, por el contrario, la opción seguida en la ley 30.077 (Ley contra el Crimen Organizado, artículo 2°) que prescinde de cualquier referencia al móvil de la organización criminal.

En la doctrina, véase, Castaldo, Andrea (2005), "Capítulo IX. Una introducción al problema", en: Yacobucci, Guillermo (coord.), *El crimen organizado. Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*, Buenos Aires, Abaco, pp. 271-272; Choclán Montalvo, José Antonio, *Criminalidad organizada*, p. 236; Zuñiga Rodríguez, Laura, *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal*, p. 60 quien introduce adicionalmente el componente político; Terradillos Basoco, Juan, *El derecho penal de la globalización*, p. 187 (haciendo referencia en términos generales a la criminalidad de la globalización); Virgolini, Julio (2004), *Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*, Buenos Aires, Del Puerto, p. 189; Levi, Michael (2005), "Liberalización y crimen financiero transnacional", en: Berdal, Mats & Serrano, Mónica, *Crimen transnacional organizado y seguridad internacional. Cambio y continuidad*, México, Fondo de Cultura Económica, p. 90; Sánchez García de Paz, Isabel, *op. cit.*, p. 366; Yacobucci, Guillermo, *Capítulo II. Los tipos penales relacionados con el crimen organizado*, p. 118; Serrano Tárraga, María Dolores, *El rol de la Criminología para la seguridad en la sociedad contemporánea*, p. 380; López-Muñoz, Julián (2015), *Criminalidad organizada. Aspectos jurídicos y criminológicos*, Madrid, Dykinson, pp. 22-23 (quien destaca la relación del crimen organizado con la venta de bienes y servicios); Moreno Hernández, Moisés (2009), *La internacionalización del delito, de la política criminal y del Derecho penal*, Managua, INEJ, pp. 45-46; Zam-

mo su carácter global (ya no se trata más de un problema de algunos países), la homologación de sus actividades (las tipologías criminales son homogéneas en los diversos países), la ampliación del catálogo de conductas realizadas por las organizaciones criminales, las dificultades para su persecución penal, etcétera²⁵.

III — PRECISIÓN CONCEPTUAL PREVIA: DISTINCIÓN ENTRE LOS DELITOS INFORMÁTICOS PROPIAMENTE DICHOS Y LOS DELITOS COMPUTACIONALES

Una cuestión metodológica fundamental para el desarrollo de este trabajo es aquella de la autonomía del concepto de *delito informático*. Es que la doctrina penal ha persistido en un amplio debate en torno a si estamos únicamente frente a nuevas formas de criminalidad convencional o si estamos frente a una nueva tipología delictiva.

Un sector de la doctrina especializada, entre quienes cabe citar a Bramont Arias Torres²⁶, García Cantizano²⁷, Salinas Siccha²⁸, Montano²⁹, Nuñez Ponce³⁰, Blossiers Mazzini/Calderón García³¹, Guibourg/Alende/Campanella³² (*ver notas 29-30-31-32 en página siguiente*) entiende que la expresión *delito informático* alude únicamente a aquellos delitos tradicionales que han encontrado, merced a la tecnología informática, nuevas formas de realización. Este sector descarta la existencia de un nuevo in-

brano Pasquel, Alfonso (2011), *Delincuencia organizada transnacional*, Guayaquil, Edilex, p. 62; Calligari, Andre & Dezordi Wermuth, Maiquel, *op. cit.*, p. 106; de forma indirecta: Sáenz Torres, Alexei Dante (2008), "Algunas consideraciones en torno a la criminalidad organizada en el Perú", en: A.A.V.V., *Cuestiones actuales del sistema penal. Crisis y desafíos*, Lima, Ara, p. 735; Harb, Benjamín Miguel (1990), "Delincuencia organizada", en: A.A.V.V., *Derecho penal. Homenaje al Doctor Raúl Peña Cabrera*, Lima, Ediciones Jurídica, pp. 399 ss.

²⁵ Al respecto Anarte Borrillo, Enrique, *Conjeturas sobre la criminalidad organizada*, pp. 17-18.

²⁶ Bramont Arias Torres, Luis Alberto (1997), *El delito informático en el Código penal peruano*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 58 ("en realidad no existe un bien jurídico protegido en el delito informático, porque en verdad no hay como tal un 'delito' informático. Este no es más que una forma o método de ejecución de conductas delictivas que afectan a bienes jurídicos que ya gozan de una específica protección por el Derecho penal").

²⁷ García Cantizano, María del Carmen (2000), "La delincuencia informática en el ordenamiento jurídico penal peruano", en: *Gaceta Jurídica*, n° 78-B, Lima, Gaceta Jurídica, pp. 69-70 (el delito informático es "aquél en el que para su comisión se emplea un sistema automático de procesamiento de datos o de transmisión de datos").

²⁸ Salinas Siccha, Ramiro (2006), *Delitos contra el Patrimonio*, segunda edición, Lima, Jurista, p. 436 (siguiendo la posición defendida por Bramont Arias Torres).

terés jurídico digno de tutela penal tras la realización de conductas que atentan contra los sistemas informáticos.

Otro sector de la doctrina, cada vez más significativo, entiende que la informática no solo ha supuesto la aparición de nuevas formas de realización de los delitos convencionales, sino que ha determinado la aparición de un nuevo interés social vital (bien jurídico penal). Quienes adoptan esta postura (Adamski³³, González Rus³⁴, Gutiérrez Francés³⁵, Del Rosal Blasco³⁶, Pérez Luño³⁷, Jijena Leiva³⁸, Matellanes Rodríguez³⁹, Aboso⁴⁰, Arocena⁴¹, Carrión⁴², Luz Clara⁴³ entre otros) distinguen entre de-

notas²⁹⁻³⁰⁻³¹⁻³², llamadas de página anterior

²⁹ Montano, Pedro (2012), "Delito informático, interpretación de los tipos penales", en: A.A.V.V, *Nuevos desafíos en Derecho Penal Económico*, Buenos Aires, BdeF, p. 192 ("Nosotros, por ahora, entendemos que no se trata de un nuevo tipo de delitos, sino que estamos ante formas delictivas novedosas que plantean una serie de problemas difíciles de resolver, pero que no llegan a presentar una entidad suficiente desde el punto de vista conceptual y dogmático").

³⁰ Nuñez Ponce, Julio (1996), *Derecho informático*, Lima, Marsol, p. 253 ("En el plano de la dogmática jurídico penal, la criminalidad informática puede suponer una nueva versión de delitos tradicionales").

³¹ Blossiers Mazzini, Juan José & Calderón García, Sylvia (2000), *Los delitos informáticos en la banca*, Lima, Rao, p. 66.

³² Guibourg, Ricardo/ Alende, Jorge/ Campanella, Elena (1996), *Manual de informática jurídica*, Buenos Aires, Astrea, p. 273 ("El llamado delito informático no constituye una nueva categoría delictiva. Los hechos ilícitos que se cometen (o se facilitan) mediante el empleo del ordenador son, en principio, los mismos que desde hace milenios las sociedades han castigado de una forma o de otra").

³³ Adamski, Andrzej (1999), "Crimes related to the computer network. Threats and opportunities: A criminological perspectives", en: Joutsen, Matti (ed.). *Five issues in European criminal justice*, Helsinki, European Institute for Crime Prevention and Control, p. 218.

³⁴ González Rus, Juan José (1982), "Aproximación al tratamiento penal de los ilícitos patrimoniales relacionados con medios o procedimientos informáticos", en: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, Monográfico n° 12, Madrid, pp. 116-117 (diferenciando entre los comportamientos en los que el sistema informático o sus elementos son el objeto material del delito y los actos en los que éstos son el instrumento del delito).

³⁵ Gutiérrez Francés, Mariluz (2005), "Reflexiones sobre la ciberdelincuencia hoy (en torno a la ley penal en el entorno virtual)", en: *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja*, n° 3, disponible en <http://www.unirioja.es/dptos/ddl/redurl/numero/gutierrez.pdf>, p. 78; Gutiérrez Francés, Mariluz (1996), "Notas sobre la delincuencia informática: Atentados contra la información como valor económico de empresa", en: Mazuelos Coello, Julio (comp.), *Derecho penal económico y de la empresa*, Lima, San Marcos, pp. 387 ss.

³⁶ Del Rosal Blasco, Bernardo, *Criminalidad organizada y nuevas tecnologías*, pp. 152-158 (quien distingue entre nuevos valores que generan nuevos conflictos, nuevos conflictos que involucran a valores tradicionales y nuevas formas de contemplar viejos valores).

delitos informáticos, categoría que identifica aquellos delitos que afectan la información como valor económico⁴⁴, y los *delitos computacionales*, que identifica las nuevas formas de comisión de los delitos convencionales⁴⁵.

Ambas categorías suelen ser incluidas dentro del rótulo laxo de *criminalidad informática* o *computer related crimes*⁴⁶, expresión que sirve para comprender la (por

notas³⁷⁻³⁸⁻³⁹⁻⁴⁰⁻⁴¹⁻⁴²⁻⁴³, llamadas de página anterior

³⁷ Pérez Luño, Antonio Enrique (1997), *Manual de Informática y Derecho*, Barcelona, Ariel, 1997, p. 69 (quien define la criminalidad informática como "aquél conjunto de conductas criminales que se realizan a través del ordenador electrónico, o que afectan al funcionamiento de los sistemas informáticos").

³⁸ Jijena Leiva, Renato Javier (1982), "La criminalidad informática: Situación de lege lata y de lege ferenda en Chile", en: *Actas del III Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho*, Mérida, 1982, p. 508 (calificando como delito informático "... Toda acción típica, antijurídica y culpable, para cuya consumación se usa la tecnología computacional o se afecta la información contenida en los sistemas de tratamiento automatizado de la misma [delito informático propiamente tal]").

³⁹ Matellanes Rodríguez, Nuria (2000), "Algunas notas sobre las formas de delincuencia informática en el Código Penal", en: Diego Díaz- Santos, Ma. Rosario & Sánchez López, Virginia (coords.), *Hacia un Derecho penal sin fronteras*, Madrid, Colex, p. 131.

⁴⁰ Aboso, Gustavo Eduardo (2011), "La nueva regulación de los llamados 'delitos informáticos' en el Código Penal argentino: Un estudio comparado", en: Urquiza Olaechea, José/ Abanto Vásquez, Manuel/ Salazar Sánchez, Nelson (coords.), *Dogmática penal de Derecho penal económico y política criminal. Homenaje a Klaus Tiedemann*, volumen I, Lima, Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres, p. 330.

⁴¹ Arocena, Gustavo (2012), "La regulación de los delitos informáticos en el Código penal argentino. Introducción a la ley nacional n° 26.388", en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n° 135, Distrito Federal, UNAM, p. 950.

⁴² Carrión, Hugo Daniel, "Presupuestos para la incriminación del hacking", en: Queiroz, Tarcisio/Iriarte, Erick/Morena, Marcio (coords.), *Informática e internet. Aspectos legais internacionais*, Rio de Janeiro, Explanada, p. 31.

⁴³ Luz Clara, Bibiana (2001), *Manual de Derecho Informático*, Rosario, Nova Tesis, p. 118 (recojiendo la distinción entre delitos contra el sistema informático y delitos mediante el sistema informático).

⁴⁴ Dentro de los atributos de la *información* se reconocen su confidencialidad, su integridad y su disponibilidad; en ese sentido, ya el *Convenio sobre la Ciberdelincuencia* (Budapest, 23 de noviembre de 2001). Esta posición fue adoptada en Reyna Alfaro, Luis Miguel, *Los delitos informáticos*, pp. 239-252.

⁴⁵ Posición que he adoptado desde Reyna Alfaro, Luis Miguel, *Los delitos informáticos*, pp. 132-133.

⁴⁶ Posición que parece adoptar Tiedemann, Klaus (1999), "Criminalidad mediante computadoras", en: El mismo. *Temas de Derecho penal económico y ambiental*, Lima, Idemsa, p. 334 [al asu-

Mata y Martín denominada) *ambigua y polimórfica realidad*⁴⁷ que impide, conforme se va apreciando por la falta de consenso doctrinal, utilizarlo como una categoría jurídico penal⁴⁸. La utilidad de las expresiones antes expuestas—delito informático, delito computacional, delito relacionado a computadores, etc.—es, más bien, de corte criminológico⁴⁹ en la medida que sirve para identificar un tipo específico de actividad delictiva, aquella *relacionada con el procesamiento automatizado de datos*⁵⁰.

De hecho, si se aprecia la LDI se podrá reconocer que se reconocen allí los múltiples matices que posee el *cybercrime* al señalar (art. 1° de la Ley 30.096) que el objeto de la ley es: "prevenir y sancionar las conductas que *afectan los sistemas y datos informáticos*—delitos informáticos propiamente dichos—*y otros bienes jurídicos de relevancia penal, cometidas mediante la utilización de tecnologías de la información o de la comunicación*—delitos computacionales"⁵¹.

mir que los crímenes mediante computadoras son "todos los comportamientos según la ley vigente (o socialmente perjudiciales y por eso punibles en el futuro) realizados merced al empleo de un equipo automático de procesamiento de datos"]. Por esta razón Riquert defiende la utilización de la expresión genérica de *delincuencia informática*; así en: Riquert, Marcelo (2004), "Capítulo IX: Delitos informáticos", en: Carrera, Daniel & Vázquez, Humberto (Directores). *Derecho penal de los negocios*, Buenos Aires, Astrea, p. 304. Dicho término es también utilizado por Rojas Vargas, Fidel (2000), *Delitos contra el Patrimonio*, volumen I, Lima, Grijley, p. 271.

⁴⁷ Mata y Martín, Ricardo (2003), *Delincuencia informática y Derecho penal*, Managua, Hispamer, p. 31. En esa línea, destacando la amplitud de los fenómenos delictivos relacionados con la informática Sieber, Ulrich, *Capítulo V: El control de la complejidad*, p. 157.

⁴⁸ Mata y Martín, Ricardo, *Delincuencia informática y Derecho penal*, p. 31; Romeo Casabona, Carlos María, *Los llamados delitos informáticos*, p. 422; Rojas Vargas, Fidel, *Delitos contra el Patrimonio*, p. 271.

⁴⁹ Mata y Martín, Ricardo, *Delincuencia informática y Derecho penal*, p. 35; similar Matellanes Rodríguez, Nuria, *Algunas notas*, p. 132; Riquert, Marcelo, *Capítulo IX: Delitos informáticos*, p. 304. De distinta opinión Romeo Casabona, Carlos María, *Los llamados delitos informáticos*, p. 423 (quien sostiene que la utilidad criminológica—además de la político criminal—del concepto "delito informático" es igualmente escasa).

⁵⁰ Similar Sieber, Ulrich, *Capítulo V: El control de la complejidad*, p. 161; Vogel, Joachim, *op. cit.*, p. 1; Miró Llinares, Fernando, *op. cit.*, pp. 2-3; Mazuelos Coello, Julio (2007), "Modelos de imputación en el Derecho penal informáticos", en: *Derecho penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, n° 85, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 40-41.

Aboso, por su parte [Aboso, Gustavo Eduardo (2004), "Cibercriminalidad y Derecho penal: El nuevo paradigma de la sociedad moderna", en: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n° 15, Lima, Idemsa, p. 26] la utilidad de la expresión "delito informático" reside en su funcionalidad que, sin embargo, impide reflexionar seriamente sobre la identidad del bien jurídico en esta clase de conductas.

⁵¹ Entrelíneo nuestro.

IV — LA REGULACIÓN DE LOS DELITOS INFORMÁTICOS EN EL PERÚ

a) Antecedentes legislativos

El itinerario de la regulación de la criminalidad informática en el Perú se inicia con la incorporación, dentro del párrafo final del artículo 186 del CP de 1991, de una circunstancia agravante—novedosa en su momento dentro de la legislación penal latinoamericana⁵²— del delito de hurto aplicable cuando el delito se cometía “Mediante la utilización de sistemas de transferencia electrónica de fondos, de la telemática en general o la violación del empleo de claves secretas”.

Posteriormente la reducida cobertura del artículo 186 *in fine* del CP de 1991⁵³ y los problemas generados por las dificultades en la aplicación de tipos penales tradicionales respecto a conductas delictivas realizadas a través de mecanismos informáticos que provocaban dificultades de subsunción merced al imperio del principio de *ley estricta*⁵⁴, derivaron en la expedición de la Ley 27.309, del 17 de julio de 2000, que incorporó al CP los artículos 207 - A°, 207 - B° y 207 - C° que tipificaron los delitos de intrusismo informático y sabotaje informático. Sin embargo, ya la existencia de una serie de deficiencias de técnica legislativa iba determinando la necesidad de una auténtica *reforma*—en el sentido valorativo propuesto por Bottke⁵⁵—de la regulación de los delitos informáticos.

⁵² Peña Cabrera, Raúl (1995), *Tratado de Derecho penal. Parte Especial*, tomo II-A, Lima, Ediciones Jurídicas, p. 112.

⁵³ Aludiendo a las insuficiencias del artículo 186 del CP: Salinas Siccha, Ramiro, *Delitos contra el Patrimonio*, p. 437.

⁵⁴ En ese sentido, Reyna Alfaro, Luis Miguel (2003), “El intrusismo informático ¿Legalidad penal o impunidad?: Reflexiones a partir del caso argentino del ‘X Team’”, en: *El Derecho penal. Doctrina y Jurisprudencia*, edición de marzo de 2003, Buenos Aires, Universitas, pp. 31 ss. Haciendo referencia a los problemas de aplicación de las estructuras delictivas típicas a la criminalidad informática respecto al delito de Estafa: Kindhäuser, Urs (2002), “La estafa por medio de computadoras: ¿Una estafa?”, traducción de Percy García, en: El mismo. *Estudios de Derecho penal patrimonial*, Lima, Grijley, pp. 174-175; Pastor Muñoz, Nuria (2006), “Delitos contra el Patrimonio (II)”, en: Silva Sánchez, Jesús María (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, Barcelona, Atelier, p. 219; respecto a los problemas de subsunción del sabotaje informático en el delito de daños: De La Mata Barranco, Norberto & Hernández Díaz, Leyre (2009), “El delito de daños informáticos: Una tipificación defectuosa”, en: *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXIX, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, p. 322; respecto al delito de falsedad documental: Bacigalupo, Enrique (2005), “Documentos electrónicos y delitos de falsedad documental”, en: *Ley, razón y justicia*, N° 9, Neuquén, Alveroni, pp. 111 y ss.

⁵⁵ De *reforma* como mejora del estado de la legislación y no como mero activismo legislativo; así en: Bottke, Wilfried (2003), “Sexualidad y delito: Las víctimas de los delitos sexuales”, en: Reyna Alfaro, Luis Miguel (director), *Derecho, proceso penal y victimología*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, pp. 312-313.

A poco de promulgarse la LDI, se emitió la Ley 30.076 (Ley que modifica el Código penal, Código procesal penal, Código de ejecución penal y el Código de los niños y adolescentes y crea registros y protocolos con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana⁵⁶) que incorporó el artículo 207-D° del Código Penal que sancionaba el intrusismo informático orientado al tráfico de datos personales.

b) La legislación vigente (Ley 30.096)

Con fecha 22 de octubre de 2013 se promulgó la ley n° 30.096 (LDI) que derogó el artículo 186 —numeral 3 segundo párrafo— (hurto agravado por uso de la telemática) y los arts. 207-A°, 207-B°, 207-C° y 207-D° del Código Penal (delitos informáticos). Esta ley además significó la introducción de una serie de cambios en la legislación penal (CP), procesal (CPP) y en la legislación especial destinada a enfrentar el fenómeno de la criminalidad organizada (Ley 30.097, Ley contra el Crimen Organizado). A través de la LDI el legislador penal peruano ha tratado, a través de la incorporación de una serie de planteos contenidos en el Convenio sobre la Ciberdelincuencia de Budapest, de compatibilizar la regulación nacional de los delitos informáticos con la adoptada en el derecho comparado⁵⁷.

La primera cuestión trascendente, ya referida en líneas anteriores, es aquella del alcance de esta ley. Tal como se precisó, el artículo 1° de la LDI reconoce como objeto de la ley "prevenir y sancionar las conductas ilícitas que afectan los sistemas y datos informáticos y otros bienes jurídicos de relevancia penal, cometidas mediante la utilización de tecnologías de la información o de la comunicación, con la finalidad de garantizar la lucha eficaz contra la ciberdelincuencia", con lo que se adopta una concepción amplia del término *delito informático*.

En ese concepto, los delitos informáticos propiamente dichos se encuentran descritos en los artículos 2°, 3° y 4° (delitos contra datos o sistemas informáticos) de la LDI en tanto que los delitos computacionales se encuentran descritos en los artículos 5° (delitos informáticos contra la libertad e indemnidad sexuales), 6° y 7° (delitos informáticos contra la intimidad y el secreto de las comunicaciones), 8° (fraude informá-

⁵⁶ Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" del 19 de agosto de 2013.

⁵⁷ Conforme refiere el Documento de Trabajo 12° Congreso de las Naciones Unidas (p. 5), la compatibilización de las regulaciones penales nacionales pretende evitar que existan "refugios seguros" para los delincuentes informáticos. Como se indica en el mencionado documento "La tecnología informática y de red que se utiliza en la actualidad es básicamente la misma en todo el mundo" (p. 6), sin embargo, son los diferentes enfoques jurídicos nacionales los que, en ocasiones, impiden la efectiva sanción de los delitos informáticos a partir de la no satisfacción de la exigencia de doble incriminación requerida para la cooperación judicial internacional. El caso del virus informático "love bug" desarrollado en el 2000 en Filipinas es un ejemplo de persecución penal frustrada por los defectos de la regulación penal nacional.

tico) y 9° (suplantación de identidad) de la LDI. Asimismo se introducen, como disposiciones de aplicación general tanto para los delitos informáticos propiamente dichos como para los computacionales, la criminalización de la tenencia de instrumentos destinados a la comisión de delitos informáticos (artículo 10° de la LDI) y las circunstancias agravantes (artículo 11° de la LDI)⁵⁸.

Ahora, es evidente que estas no son las únicas tipologías delictivas que pueden ser ejecutadas a través de medios informáticos y que provocan una intensificación de las dificultades de la ley penal en la persecución del delito: Delitos contra el honor cometidos por medios informáticos (art. 132° CP), trata de personas (arts. 153° y 153-A° CP), publicitación de prostitución sexual infantil por medio de prensa (art. 182-A° CP), pornografía infantil (art. 183-A° CP), delitos contra la propiedad intelectual (Título VII del Libro II del Código Penal), entre otras. Esta circunstancia deja serias dudas en torno a la conveniencia del recurso al *Derecho penal secundario* por parte del legislador nacional en la regulación de los delitos informáticos.

Es que aunque podría pensarse que la promulgación de una ley especial beneficiaría las finalidades preventivas de la ley de cara al tratamiento autónomo de una materia caracterizada por su especialidad⁵⁹, es también cierto que la complejidad y alcance de la informática en la actividad delictiva harán siempre insuficiente cualquier pretensión de regulación globalizadora capaz de dar cobertura al fenómeno delictivo informático en su real dimensión⁶⁰.

A esta circunstancia —incapacidad de dar cobertura a la totalidad de vertientes generadas por la informática en el fenómeno criminal— cabría sumar el efecto de pérdida de perspectiva de los bienes jurídicos cuya tutela se pretende⁶¹ con induda-

⁵⁸ Aunque en el contenido la LDI recoge gran parte de los aportes del *Convenio sobre la Ciberdelincuencia* (Budapest, 23 de noviembre de 2001), la sistemática propuesta por la LDI difiere bastante del Convenio que distingue entre (I) delitos contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y sistemas informáticos (acceso ilícito, interceptación ilícita, ataques a la integridad de los datos y del sistema, abuso de los dispositivos); (II) delitos informáticos (falsificación informática, fraude informático); (III) delitos relacionados con el contenido (pornografía infantil); (iv) delitos relacionados con infracciones de la propiedad intelectual y de los derechos afines.

⁵⁹ En favor de la regulación mediante ley penal especial: Velarde, José Luis (2013), "Delitos informáticos. Mitos y verdades de la novísima legislación", en: *Jurídica. Suplemento de análisis legal de El Peruano*, n° 479, Lima, p. 06.

⁶⁰ En esa línea, Morales Prats destaca la técnica legislativa española que optó por descartar la vía de la legislación especial y regular las conductas delictivo-informáticas a lo largo del Código Penal; véase: Morales Prats, Fermín (2011), "La intervención penal en la red. La represión penal del tráfico de pornografía infantil: Estudio particular", en: Zuñiga Rodríguez, Laura/ Méndez Rodríguez, Cristina/ Diego Díaz- Santos, Ma. Rosario (coords.), *Derecho penal, Sociedad y nuevas tecnologías*, Madrid, Colex, p. 112.

⁶¹ Así en: Romeo Casabona, Carlos María, *Los llamados delitos informáticos*, p. 425.

bles impactos en el proceso de interpretación y aplicación de la ley penal en el que la identidad del bien jurídico constituye una *guía*.

c) *Elementos trascendentes de la nueva regulación peruana de los delitos informáticos*

Los estudios en torno a la cibercriminalidad han reconocido los difíciles contornos existentes entre el *hacking ético* y el *hacking*, circunstancia que determinó el surgimiento de planteamientos de *lege ferenda* orientados a introducir criterios orientados a mejorar la técnica de regulación de los delitos informáticos más relevantes, de modo consistente con los planteos de *soft law* en torno a la criminalidad informática. Examinaré, a continuación, los aspectos más saltantes de la modificación legal.

1 — El delito de intrusismo informático

En ese sentido, se introdujo en el art. 1° de la LDI (intrusismo informático) la exigencia—ya propuesta como variable de reducción del tipo penal desde el Convenio sobre la Ciberdelincuencia de Budapest⁶² y que se ha mantenido como parte de las recomendaciones hechas por la Conferencia de Ministros de Justicia de los países Iberoamericanos relativa a la tipificación y sanción de la Ciberdelincuencia (28 de mayo de 2014)—que la conducta penalmente relevante se realice “*con vulneración de medidas de seguridad establecidas para impedirlo*”. De este modo, se dio solución legal a uno de los principales defectos observados por la doctrina en torno a la regulación anterior que, por ausencia de referencias expresas, habilitaba—en claro desmedro de los principios de ofensividad y de intervención mínima—la posibilidad de aplicación del tipo penal a supuestos de *hacking blanco*⁶³.

Otra de las mejoras observadas en la actual regulación del delito de intrusismo informático tiene que ver con el reemplazo del elemento normativo *indebidamente*, que calificaba la acción típica de utilización o ingreso al sistema informático, por la referencia más directa y, por lo tanto, más conveniente desde la perspectiva de la legalidad penal y el principio de certeza, a que el comportamiento debe producirse *sin autorización o excediendo la autorización* otorgada por el titular del bien jurídico⁶⁴.

⁶² *Convenio sobre la Ciberdelincuencia*: “Art. 2°. Cada parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para tipificar como delito en su derecho interno el acceso deliberado e ilegítimo a todo o parte de un sistema informático. *Las partes podrán exigir que el delito se cometa infringiendo medidas de seguridad*, con la intención de obtener datos informáticos u otra intención delictiva, o en relación con un sistema informático conectado a otro sistema informático”.

⁶³ Reyna Alfaro, Luis Miguel (2002), *Manual de Derecho penal económico y de la Empresa. Parte General y Especial*, Lima, Gaceta Jurídica, p. 332.

⁶⁴ Aunque la doctrina especializada identificaba ya la expresión “*indebidamente*” con la ausencia de consentimiento [Mazuelos Coello, Julio (2008), “Consideraciones sobre el delito de daños

2 — El delito de sabotaje informático

A las mejoras observadas en torno al delito de intrusismo informático, aplicables al sabotaje informático (antes artículo 207-B° del CP, actualmente artículo 3° de la LDI), corresponde reconocer otras variaciones positivas en la nueva regulación del sabotaje informático.

La primera de ellas es la reducción de los medios típicos. El *mutis* del ahora derogado artículo 207-B° del CP permitía interpretar el mencionado tipo penal en línea a considerarlo como un delito de *medios indeterminados* por lo que daba igual si la destrucción de los datos informáticos se realizaba a través de medios tecnificados o a través de la destrucción de los componentes físicos del ordenador (hardware). Esta circunstancia no solo permitía posibles alegaciones de concurso entre esta figura y el delito de daños (art. 205° del CP) sino que generaba dudas respecto a los alcances auténticos del delito de sabotaje informático. El art. 3° de la LDI cambia el panorama completamente, restringiendo el alcance del tipo penal a los supuestos en que el comportamiento se haya realizado "a través de las tecnologías de la información o de la comunicación". Con este cambio se permite reconocer con mayor claridad las causas que determinan el mayor desvalor del comportamiento y que es, precisamente, la que justifica una punición más intensa en relación al delito de daños: La mayor capacidad criminal del agente que, por sus conocimientos especiales, coloca a la víctima en posición de especial indefensión y hace más difícil el descubrimiento y acreditación judicial del delito.

Sin embargo, el cambio más trascendente es la corrección de la principal deficiencia del ahora derogado artículo 207-B° del CP. Como hicimos notar en su oportunidad⁶⁵, los derogados tipos penales de intrusismo y sabotaje informático estaban construido, en cuando al tipo penal objetivo, exactamente del mismo modo, de modo tal que las distinciones se ubicaban en sede de tipicidad subjetiva: En el delito de intrusismo informático, el dolo del agente era de acceso a la información; en el delito de sabotaje informático, el dolo del autor era de alteración, daño o destrucción de

informáticos. Especial referencia a la difusión de virus informáticos", en: *Jus. Doctrina & Práctica*, n° 3, Lima, Grijley, p. 31; Salinas Siccha, Ramiro, *Delitos contra el Patrimonio*, p. 443], la modificación legislativa, sin duda, gana en claridad y deja poco espacio a la incertidumbre.

Por el contrario, Pereira Chumbe en una columna de opinión ha planteado una posición crítica bastante controvertida, escasamente argumentada y conveniente personalmente (pues es abogado del periodista imputado por *hacking* Rudy Palma) al señalar, entre algunas de sus ideas, que la LDI respecto al intrusismo informático "No define a qué tipo de autorización se requiere para no incurrir en un delito ni tampoco el contexto o el tipo de dato informático sobre el que debe recaer la conducta"; véase: Pereira Chumbe, Roberto, "Cibernautas en riesgo" (2013), publicada en la edición del Diario *El Comercio*, del 23 de Octubre de 2013 (disponible en línea en <http://www.gatoencerrado.net/store/noticias/79/79275/detalle.htm>).

⁶⁵ Reyna Alfaro, Luis Miguel, *Los delitos informáticos*, p. 261.

los datos informáticos. Esta fórmula legal generaba la inaplicación práctica del tipo penal de sabotaje informático pues ante la imposibilidad de probar los elementos de tendencia interna trascendente incorporados por el legislador para este delito, se tendría que recurrir al tipo penal de intrusismo informático⁶⁶, sancionado con menor penalidad. En la LDI esos elementos se han objetivado de forma tal que las distinciones entre ambos delitos son notorias en ambos aspectos del tipo penal (objetivo y subjetivo).

Finalmente, al incorporarse dentro del halo de conductas sancionables la de "hacer(r) inaccesibles datos informáticos" se reconoce con claridad que la lesividad en este delito se dirige no solo hacia la integridad de la información, sino también hacia su accesibilidad, esto es, aquellos casos en que los datos informáticos permanecen indemnes pero por acción del agente no pueden ser de acceso de su titular, lo que permite introducir al debate la relevancia penal del uso malicioso del *spam* y el *electronic mail bombing*⁶⁷.

V — CRIMEN ORGANIZADO Y CRIMINALIDAD INFORMÁTICA

a) Planos en los que se articula la relación entre crimen organización y delito informático

Aunque la regla general era que los delitos informáticos sean obra de personas aisladas y que solo en ocasiones intervengan en su realización grupos organizados⁶⁸, hoy en día se aprecia un incremento de la comisión de estos delitos a través de grupos organizados⁶⁹. El objeto de este acápite es analizar las relaciones entre el crimen organizado y la criminalidad informática, teniendo presente la existencia de dos planos en los que dicha relación se articula: La utilización por parte de organizaciones criminales de las tecnologías de la información y la comisión de delitos informáticos por organizaciones criminales⁷⁰.

⁶⁶ Reyna Alfaro, Luis Miguel, *Los delitos informáticos*, p. 261; ya antes Bramont Arias Torres, Luis Alberto (2000), "El delito informático (Ley n° 27309, de 17 de Julio de 2000)", en: *Gaceta Jurídica*, N° 81-B, Lima, Gaceta Jurídica, p. 74.

De hecho, en un conocido caso, el del periodista Rudy Palma, imputado de haber *hackeado* la cuenta de correo electrónica de una serie de funcionarios públicos, su defensa se basó en sostener que la obtención de las claves de seguridad informática había sido circunstancial al "adivinar" las claves de seguridad de los correos (<http://elcomercio.pe/politica/opinion/editorial-aca-vamos-otra-vez-noticia-1417183>).

⁶⁷ Reyna Alfaro, Luis Miguel, *Los delitos informáticos*, pp. 250-251.

⁶⁸ Documento de Trabajo 12° Congreso de las Naciones Unidas, p. 10.

⁶⁹ En ese sentido, INTERPOL (<http://www.interpol.int/Crime-areas/Cybercrime/Cybercrime>).

⁷⁰ Documento de Trabajo 12° Congreso de las Naciones Unidas, p. 10.

Respecto a la primera cuestión (utilización por parte de organizaciones criminales de las tecnologías de la información), es posible reconocer la cada vez mayor utilización por parte de organizaciones criminales de la tecnología informática con el propósito de mejorar su efectividad, garantizando el anonimato de sus integrantes, o ampliando el mercado al que se dirigen (reconociendo que el propio *ciberespacio* es un auténtico mercado)⁷¹. No es de extrañar que el reciente Decreto Legislativo n° 1182 que "regula el uso de los datos derivados de las telecomunicaciones para la identificación, localización y geolocalización de equipos de comunicación, en la lucha contra la delincuencia y el crimen organizado"⁷² haya dirigido su objeto es "fortalecer las acciones de prevención, investigación y combate (...) (d) el crimen organizado, a través del uso de tecnologías de la información y comunicaciones por parte de la Policía Nacional del Perú"⁷³.

Respecto a la segunda cuestión (la comisión de delitos informáticos por organizaciones criminales), las cifras en torno a los delitos contra la propiedad intelectual en la red y la pornografía infantil son dos buenos ejemplos del impacto de la criminalidad informática en las actividades de las organizaciones criminales.

b) Rasgos de conexión entre el crimen organizado y la criminalidad informática

Dos son los rasgos comunes entre ambos fenómenos criminales. Uno es su carácter *transnacional*⁷⁴, el otro la alta *cifra negra* de criminalidad asociada a ambas tipologías delictivas⁷⁵.

Las organizaciones criminales y sus integrantes se mueven alrededor de las *ganancias* que constituye su elemento nuclear y esta clase de delitos (los *profit-driven crimes* o delitos de enriquecimiento) son más fáciles de cometer y más difíciles de de-

⁷¹ Documento de Trabajo 12° Congreso de las Naciones Unidas, p. 10.

⁷² Publicado en el Diario Oficial "El Peruano" del 27 de julio de 2015.

⁷³ La referencia al dispositivo legal no supone conformidad con su regulación; sobre sus problemas, puede observarse sucintamente: Caro Coria, Dino Carlos (2015), "La inconstitucionalidad de la ley de 'localización' y 'geolocalización'", en: *Gestión*, edición del 31 de julio de 2015, Lima, disponible en <http://gestion.pe/opinion/inconstitucionalidad-ley-localizacion-y-geolocalizacion-2138620>.

⁷⁴ Documento de Trabajo 12° Congreso de las Naciones Unidas, p. 4 (destacando el carácter transnacional de la criminalidad informática).

⁷⁵ A este respecto, recurriendo a Gracia Martín, conviene tener presente que ambas expresiones de la *criminalidad de la globalización* se llevan a cabo "en el marco de las llamadas economías sumergidas y los denominados mercados negros"; así en Gracia Martín, Luis, *Prolegómenos*, p. 94.

techar gracias a la globalización y las tecnologías modernas⁷⁶. Las innovaciones tecnológicas facilitan las comunicaciones a distancia entre los integrantes de las organizaciones criminales y permiten el traslado de las ganancias ilícitas obtenidas por aquellas⁷⁷. Como señala Gutiérrez Francés "La revolución tecnológica ha potenciado (propiciándola) la delincuencia transnacional, globalizada, sin fronteras"⁷⁸.

Respecto a la criminalidad informática Sieber señalaba, ya en 1992, que de acuerdo a las estadísticas provenientes del FBI solo 1 de cada 22,000 autores de delitos informáticos serían condenados por los Tribunales⁷⁹. Es que, en realidad, la *data* existente en torno a este tipo de criminalidad es bastante limitada, poco fidedigna⁸⁰ y deja poco espacio para un cálculo serio de la incidencia real de la criminalidad informática. Sin embargo, la poca información existente es ciertamente alarmante.

En el 2010, el Documento de Trabajo elaborado a propósito de la realización del 12° Congreso de las Naciones Unidas sobre la prevención del delito y Justicia Penal en torno al tema "Novedades recientes del uso de la ciencia y la tecnología por los delincuentes y por las autoridades competentes en la lucha contra la delincuencia, incluido el delito cibernético" daba cuenta: (I) que entre el 75% y el 90% de la totalidad de correos electrónicos que circulan en el ciberespacio son *correo basura*⁸¹; (II) el número de web sites comerciales de pornografía infantil se mantuvo estable entre 2006 y 2008, revelando la ineficiencia de la ley penal⁸²; (III) las pérdidas anuales

⁷⁶ Naylor, R.T. (2005), "Predators, parasites, or free-market pioneers: Reflections on the nature and analysis of profit-driven crimes", en: Beare, Margaret (ed.), *Critical reflections on transnational organized crime, money laundering and corruption*, Toronto, University of Toronto Press, p. 35.

⁷⁷ Moreno Hernández, Moisés, *La internacionalización del delito, de la política criminal y del Derecho penal*, p. 43.

⁷⁸ Gutiérrez Francés, Mariluz, *Reflexiones sobre la cibercriminalidad hoy*, p. 74.

⁷⁹ Citado por Mata y Martín, Ricardo, *Delincuencia informática y Derecho penal*, p. 38. Destacan también la magnitud de la cifra oculta de la criminalidad informática: Mazuelos Coello, Julio, *op. cit.*, p. 264; Peña Labrin, Daniel (2015), "Delitos informáticos contra la indemnidad y libertades sexuales: Ley n° 30096", en: *Actualidad Penal*, n° 8, Lima, Pacífico, p. 153.

Dentro de los factores que contribuyen a la incertidumbre de la cifra oculta de la criminalidad informática está asociada al uso social expandido de los ordenadores y las redes que hacen que seamos, como dice Gutiérrez Francés "un gremio de afectados"; véase Gutiérrez Francés, Mariluz, *Reflexiones sobre la cibercriminalidad hoy*, p. 70. Sobre la *computer dependency* Reyna Alfaro, Luis Miguel, *Los delitos informáticos*, p. 126 ss.

⁸⁰ Documento de Trabajo 12° Congreso de las Naciones Unidas, pp. 2-3.

⁸¹ Documento de Trabajo 12° Congreso de las Naciones Unidas, p. 2.

⁸² Documento de Trabajo 12° Congreso de las Naciones Unidas, p. 2 (citando el Informe Anual del 2008 de la *Internet Watch Foundation*).

de empresas e instituciones de los EE.UU como consecuencia de delitos informáticos se calculan en 67,000 millones de dólares americanos⁸³.

El anonimato que permite el uso de los ordenadores⁸⁴, las dificultades probatorias derivadas de aquella circunstancia⁸⁵ y el poco interés de las víctimas (principalmente en caso de empresas del sistema financiero por temor a la publicidad negativa⁸⁶) de denunciar los delitos informáticos sufridos, son circunstancias que abonan a favor del crecimiento de la cifra oculta de criminalidad en este ámbito⁸⁷.

1 — El blanqueo de capitales

La actividad desarrollada por las organizaciones criminales genera ganancias que deben ser sometidas a proceso de *limpieza* (disimulando su origen) en la medida que es el fruto de su actividad delictiva el mecanismo a través del cual los órganos de persecución del delito pueden alcanzar el descubrimiento de los hechos delictivos y sus responsables⁸⁸.

⁸³ Documento de Trabajo 12º Congreso de las Naciones Unidas, p. 3 (citando información de la *FBI computer crime survey*).

⁸⁴ Para Morón Lerma, el anonimato es uno de los derechos del ciudadano digital; al respecto: Morón Lerma, Esther (1999), *Internet y Derecho Penal: Hacking y otras conductas ilícitas en la red*, Pamplona, Aranzadi, p. 27.

⁸⁵ Derivadas de la *invisibilidad del delito informático*; al respecto: Herrera Moreno, Myriam (2001), "El fraude informático en el Derecho penal español", en: *Actualidad penal*, n° 39, Madrid, La Ley, *passim*; Reyna Alfaro, Luis Miguel (2003), "Aproximaciones victimológicas al delito informático", en: *Capítulo Criminológico*, n° 31.4, Zulia, Universidad de Zulia, p. 100.

⁸⁶ Documento de Trabajo 12º Congreso de las Naciones Unidas, p. 3. También Adamski, Andrzej, *op. cit.*, pp. 236-237.

⁸⁷ Sin menoscabar el impacto del anonimato como génesis de comportamientos informáticos como el *cyberbulling* o la pornografía; Borja Jiménez, Emiliano (2003), *Curso de política criminal*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 305.

⁸⁸ Las ganancias generadas por las organizaciones criminales es ingente. Según datos proporcionados por Blanco Cordero (Blanco Cordero, Isidoro, "Criminalidad organizada y mercados ilegales", pp. 214-215) las organizaciones criminales más significativas (cosa nostra, camorra, N'drangheta, yacuzas japonesas, triadas chinas, los cárteles de la droga) mueven un volumen anual de un billón de dólares (mensualmente se moverían masas superiores a los 3,000 millones de dólares), suma que supera en un triplo el presupuesto anual de Francia. El citado autor español señala, por ejemplo, que el narcotráfico alcanzó en 1996 una facturación equivalente al 8 o 9% del comercio mundial. Por su parte Peter Andreas, de forma más conservadora, señala que el volumen de flujos financieros ilícitos se elevó hasta 600,000 millones de dólares al año (véase: Andreas, Peter, *El crimen transnacional y globalización económica*, p. 65). De modo más genérico Moisés Moreno (Moreno Hernández, Moisés, *La internacionalización del delito, de la política criminal y del Derecho penal*, pp. 45-46) y Gómez Mont (Gómez Mont, Fernando, *op. cit.*, p. 229) ha señalado que "a la delincuencia organizada se le ha identificado como todo un *sistema económico clandestino* con ingresos que sobrepasan el

El blanqueo de la ganancia ilícita, como refiere Blanco Cordero, "se ha convertido en una necesidad para las organizaciones criminales"⁸⁹ y se configura como —usando expresiones de Vigna— un "motor esencial de los negocios"⁹⁰.

Como es sabido, una de las principales utilidades prácticas de la informática y del internet es el *e-banking*. La mayoría de instituciones bancarias en el mundo tienen implementadas plataformas informáticas mediante las cuales resulta posible realizar complejas operaciones de reciclado sin que sea necesario el traslado material de las ingentes ganancias que producen las actividades de las organizaciones criminales⁹¹. Ejemplos significativos del modo en que las organizaciones criminales movilizan sus capitales a través de los sistemas financieros lo proporcionan los casos *La Mina* que comprende al Cártel de Medellín que "lavó" más de 1,000 millones de dólares⁹² y el caso del BCCI (Banco de Crédito y Comercio Internacional) y que permitió en su momento el traslado fuera de los Estados Unidos de América de más de 12,000 millones de dólares⁹³.

Estas circunstancias motivaron, ya que desde finales del siglo pasado, la existencia de iniciativas internacionales orientadas a destacar la trascendencia criminológica

Producto Interno Bruto de algunas naciones". Finalmente, Hernández Quinteros refiere que el GAFI (Grupo de Acción Financiera) identificó la ganancia bruta obtenida por la venta de marihuana, cocaína y heroína en aproximadamente 122,000 millones de dólares por año para Europa y Norteamérica, de los que se lavaron dos tercios aproximadamente [así en: Hernández Quinteros, Hernando (2007), "Informática y lavado de activos", en: *Derecho penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, n° 84, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 48-49].

⁸⁹ Blanco Cordero, Isidoro, *Criminalidad organizada y mercados ilegales*, p. 220. Resaltando el blanqueo de capitales como parte del núcleo de actividades desarrolladas por las organizaciones criminales: Zuñiga Rodríguez, Laura, *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal*, pp. 63/73; Lamas Puccio, Luis, *op. cit.*, p. 318 (aunque sin precisar las razones).

⁹⁰ Vigna, Piero (2005), "Capítulo VII. La cooperación judicial frente al crimen organizado", en: Yacobucci, Guillermo (coord.), *El crimen organizado. Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*, Buenos Aires, Abaco, p. 224.

⁹¹ Marinucci, Giorgio & Dolcini, Emilio, *op. cit.*, p. 125; Vigna, Piero, *Capítulo VII. La cooperación judicial frente al crimen organizado*, p. 226; Moreno Hernández, Moisés, *La internacionalización del delito, de la política criminal y del Derecho penal*, p. 43.

⁹² Dicha organización criminal utilizó una sociedad mercantil denominada "La Mina" con sede en Los Ángeles (EE.UU) que realizaba movimientos de dinero que involucraron a las sucursales en New York y Miami de los Bancos españoles Bilbao-Vizcaya, Exterior de España, Santander, Español de Crédito, Banesto Banking Corporation y Urquijo Unión, y los Bancos norteamericanos Continental Bank International, Citibank, Chase Manhattan Bank, Bank of America, Republic National Bank, Marion Midland Bank y Citizens and Southern National Bank; al respecto: Blanco Cordero, Isidoro, *Criminalidad organizada y mercados ilegales*, p. 227.

⁹³ Hernández Quinteros, Hernando, *op. cit.*, p. 60.

ca del blanqueo de capitales a través de la red y proponer fórmulas de prevención⁹⁴. En esa línea se destacan, entre otras, la Resolución del Parlamento Europeo del 28 de octubre de 1997 ("Plan de acción contra la criminalidad organizada")⁹⁵ y las 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)⁹⁶ que establecen ciertas pautas de prevención del lavado de activos a través del uso de las nuevas tecnologías⁹⁷.

2 — La pornografía infantil

El mercado ilegal de pornografía infantil es uno de aquellos escenarios que permite reconocer el impacto de las nuevas tecnologías en la criminalidad. No se puede sino estar de acuerdo con Morales Prats, cuando enfatiza la trascendencia de los mecanismos informático en la amplificación internacional del tráfico de pornografía infantil y que han "transformado las pautas de producción y difusión de este tipo de material"⁹⁸, o con Aboso quien sostiene que "este género delictivo ha sido el que más se aprovechó de la utilización abusiva de la red informática"⁹⁹.

⁹⁴ Precisamente el uso del *e banking* es una de las formas a través de la cual la economía delictiva impuesta por las organizaciones criminales se infiltra en la economía formal; al respecto: Durand, Francisco, *El Perú fracturado*, p. 91.

⁹⁵ Que señala la necesidad de establecer mecanismos de cooperación internacional para enfrentar la criminalidad organizada derivada del "advenimiento del mercado interno y de la introducción de las modernas tecnologías de la información (Internet y *electronic banking*)" y reconoce la lentitud de los Estados en reconocer el impacto de la "criminalidad de alta tecnología" de cara al "blanqueo de los efectos procedentes de la comisión de delitos a través de Internet"; al respecto: Militello, Vincenzo, *Iniciativas supranacionales en la lucha contra la criminalidad organizada y el blanqueo en el ámbito de las nuevas tecnologías*, pp. 178-179.

⁹⁶ Véase en: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Spanish.pdf>. Sobre las 40 recomendaciones del GAFI, Winter Etcheberry, Jaime (2015), "La regulación internacional del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo", en: Ambos, Kai/Caro Coria, Dino Carlos/Malarino, Ezequiel (coords.), *Lavado de activos y compliance. Perspectiva internacional y derecho comparado*, Lima, Jurista, pp. 111 ss.

⁹⁷ La recomendación n° 15 pone énfasis en la necesidad de identificar y evaluar los riesgos derivados del desarrollo de nuevos productos y nuevas prácticas comerciales, incluyendo nuevos mecanismos de envío, y el uso de nuevas tecnologías o tecnologías en desarrollo para productos tanto nuevos como los existentes. La recomendación n° 16 plantea la necesidad de que las instituciones financieras requieran información sobre el origen y destinatario de las transferencias electrónicas que se realicen, asimismo impone en ellas obligaciones de monitoreo respecto a la cadena de pago.

⁹⁸ Morales Prats, Fermín, *La intervención penal en la red. La represión penal del tráfico de pornografía infantil: Estudio particular*, p. 119.

⁹⁹ Aboso, Gustavo Eduardo, *Cibercriminalidad y Derecho penal: El nuevo paradigma de la sociedad moderna*, p. 51.

Ahora, aunque es cierto que el mercado ilegal asociado a la pornografía infantil es de significativo interés para las organizaciones criminales, debe tenerse presente que los medios tecnológicos han abierto la compuerta al intercambio de material pornográfico infantil sin fines de lucro (entre pedófilos). Como dice Morales Prats "puede trazarse una línea evolutiva que desplaza la elaboración y producción de la pornografía infantil de parámetros comerciales organizados a ámbitos descentralizados 'amateurs' o domésticos"¹⁰⁰.

3 — Los fraudes patrimoniales a través de la red: *Phishing y pharming*

El crecimiento del comercio de productos financieros que permiten el flujo de capitales a través de transacciones electrónicas realizadas a través de la red constituye factores determinantes del actual impacto de esta manifestación de la criminalidad informática¹⁰¹ mediante la cual los agentes del delito acceden indebidamente a las claves personales secretas de las víctimas para hacer posterior uso de las mismas a través de transferencias electrónica en su perjuicio¹⁰². Nos encontramos frente a lo que la doctrina especializada denomina *ciberfraude*¹⁰³.

El art. 8° de la LDI introduce la figura del *fraude informático* al ordenamiento jurídico penal nacional, a través de una fórmula extensiva que comprende, finalmente, a "cualquier interferencia o manipulación de un sistema informático" realizada a través de las tecnologías de la información y la comunicación que provoque per-

¹⁰⁰ Morales Prats, Fermín, *La intervención penal en la red. La represión penal del tráfico de pornografía infantil: Estudio particular*, p. 120. Este autor destaca cómo es que "El vídeo casero y la implantación de Internet han convertido la pornografía infantil en una 'sosticada industria casera' al alcance de muchos" (p. 119).

¹⁰¹ Ruiz Rodríguez, Luis Ramón, *op. cit.*, p. 11.

¹⁰² Flores Mendoza, Fátima (2014), "Respuesta penal al denominado robo de identidad en las conductas de *phishing* bancario", en: *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXIV, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, p. 302. El perjuicio generado por estas conductas en EEUU en el 2003 se calcula en 2,400 millones de dólares y constituya la modalidad más habitual de fraude informático (al respecto, Flores Mendoza, Fátima, *op. cit.*, p. 306). Por su parte, Miró Llinares da cuenta del incremento de casos de *phishing* de 10.047 en Junio de 2006 a 55,643 en abril de 2007 (véase: Miró Llinares, Fernando, *op. cit.*, pp. 7-8).

En el Perú, se trata de una actividad delictivo informática en crecimiento conforme dan cuenta ciertas notas periodísticas (véase <http://peru21.pe/actualidad/lima-aumentan-casos-robo-identidad-2187721>).

¹⁰³ El *phishing*, sin embargo, es solo una de las tantas expresiones del ciberfraude. Los fraudes de tarjetas de crédito, de cheques, las estafas de inversión, las estafas piramidales en línea, las estafas de la lotería, las ventas en línea en las que no se envía el producto o este no tiene las características ofertadas, *scam*, son algunas de las expresiones más comunes del fraude cibernético. al respecto: Miró Llinares, Fernando, *op. cit.*, pp. 5-6.

juicio patrimonial en un tercero. Esta figura se complementa con la de suplantación de identidad del art. 9º de la LDI y con la producción de dispositivos informáticos con fines delictivos del art. 10º de la LDI.

En la realización de conductas de *phishing*—en cuyo entramado intervienen conforme a identificado correctamente Miró Llinares: “los que redactan el *spam*, quienes envían los correos de *phishing*, quienes diseñan las webs falsas, los que se ocupan de lograr la transferencia patrimonial y, finalmente, los cibermuleros, que reciben en sus cuentas el dinero y se encargan de transmitirlo por canales seguros a los jefes de la organización”¹⁰⁴—suelen intervenir en sus diversas etapas organizaciones criminales. Desde el envío del mensaje —anzuelo— (a través del envío masivo de correos electrónicos, mediante el uso de sitios web, a través de troyanos y programas espía o *spyware*), hasta la obtención de las claves personales hasta la utilización simultánea de dichas claves secretas y el posterior retiro final del dinero extraído en diversos países del extranjero¹⁰⁵.

Flores Mendoza señala respecto a las agrupaciones ilícitas dedicadas al *phishing*: “Estas bandas constituyen verdaderas organizaciones criminales formadas por un número considerable de personas, dotadas de una estructura organizativa, jerarquizada y de reparto bien delimitado de tareas entre sus miembros, que generalmente proceden de la Europa del Este y cuentan con una elevada cualificación tecnológica, lo que permite hablar de delincuencia organizada”¹⁰⁶. No es distinta la situación respecto al *pharming*, consistente en la utilización de web falsas (generalmente de instituciones financieras) a las que se redirecciona a la víctima quien actúa en la creencia que ingresa su información personal a la web auténtica.

VI — A MODO DE CONCLUSIÓN: LOS RETOS DE LA JUSTICIA PENAL ANTE LA CRIMINALIDAD INFORMÁTICA

La delincuencia informática y el crimen organizado son ejemplos paradigmáticos de la criminalidad del siglo XXI y constituyen tipologías criminales reveladoras de la escasa capacidad de rendimiento del Derecho penal frente a formas de criminalidad altamente complejas.

En efecto, conforme se ha podido apreciar a lo largo de este trabajo, el uso de la informática y su tecnología no solo ha servido para mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos sino que ha potenciado la capacidad lesiva de las organizaciones

¹⁰⁴ Miró Llinares, Fernando, *op. cit.*, p. 31. Sobre la responsabilidad penal de los cibermuleros y la idoneidad del tipo penal de lavado para obtener su efectiva punición véanse las páginas 31 y ss. del trabajo antes citado.

¹⁰⁵ Flores Mendoza, Fátima, *op. cit.*, pp. 303-305.

¹⁰⁶ Flores Mendoza, Fátima, *op. cit.*, p. 306.

criminales, no solo mediante la habilitación de nuevas formas criminales sino mediante el incremento de las posibilidades de eludir la persecución del delito.

El carácter global de la criminalidad informática y la criminalidad organizada y la técnica subyacente al uso de medios informáticos genera serias dificultades para la persecución de estas tipologías delictivas en las que el camino adecuado parecer ser el reforzamiento de la cooperación internacional tanto a nivel policial como fiscal y judicial. Si se aprecian los casos de criminalidad informática reportados por los medios de comunicación se apreciará que su efectivo descubrimiento y prosecución es consecuencia de la intervención conjunta de nuestra División Policial Especializada (División de Investigación de Delitos de Altas Tecnologías- DIVINDAT) y los órganos policiales de otros países (FBI¹⁰⁷, Brigada de Investigación Tecnológica española).

No es este, sin embargo, el único efecto de la globalidad del delito informático. La interconectividad de los ordenadores, el uso predominante de redes informáticas y el tráfico de los datos informáticos a través de diversos países generan posibles conflictos en torno a la ley penal aplicable. La continua intervención del Federal Bureau of Investigation (FBI) norteamericano en las intervenciones policiales por delitos informáticos en diversas partes del mundo¹⁰⁸ (Costa Rica¹⁰⁹, Eslovenia¹¹⁰, Nicaragua¹¹¹, etc.) da cuenta de dicha realidad.

¹⁰⁷ http://www.rpp.com.pe/2014-04-11-piura-intervienen-cabina-de-internet-por-envio-de-pornografia-noticia_683793.html; <http://peru21.pe/actualidad/cae-pedofilo-que-era-buscado-fbi-2162152>.

¹⁰⁸ "El FBI detiene a hackers financieros", en: CNNexpansión (26 de junio de 2012), disponible en: <http://www.cnnexpansion.com/tecnologia/2012/06/26/el-fbi-tiende-una-trampa-cibernetica>, en la que se da cuenta que "Decenas de personas en cuatro continentes fueron detenidas gracias a una trampa del FBI contra el mercado negro del fraude financiero en línea, revelaron este martes agentes federales. Las detenciones en Estados Unidos, Europa, Asia y Australia pusieron fin a una investigación de dos años del FBI contra ciberpiratas que robaban información de tarjetas de crédito, bancos y otros datos financieros en Internet".

¹⁰⁹ <http://www.diarioextra.com/Noticialdetalle/264426/detienen-hombre-buscado-por-fbi>.

¹¹⁰ <http://www.elmundo.es/elmundo/2010/07/28/internacional/1280338024.html>.

¹¹¹ http://www.rpp.com.pe/2013-04-23-nicaragua-detienen-y-deportan-a-estadounidense-mas-buscado-por-el-fbi-noticia_587932.html.

SEGUNDA LECTURA

Miró Linares, F. (2020). El sistema penal ante la inteligencia artificial: actitudes, usos, retos. En Dupuy, D. y Corvalán, J. (Dirs.). *Ciberdelincuencia III. Inteligencia artificial. Automatización, algoritmos y predicciones en el Derecho penal y procesal penal.* (pp. 81-136). Buenos Aires, Argentina. Editorial B de F.

La incontestable capacidad de la Inteligencia Artificial (IA) para gestionar y procesar diferentes formas de datos con una precisión notable, ha conducido a preguntarse qué utilidad puede tener la IA en la actualidad para asistir a la justicia penal. Estas utilidades potenciales podríamos sistematizarlas en dos ámbitos esenciales: a) IA para la prevención e investigación policial de la delincuencia; b) IA aplicada a la determinación judicial del delito.

DANIELA DUPUY
JUAN G. CORVALÁN

Dirección

MARIANA KIEFER

Coordinación

CIBERCRIMEN III

*Inteligencia Artificial
Automatización, algoritmos y predicciones en el
Derecho penal y procesal penal*

P

Prólogo de
DANIEL PASTOR

B de J
Montevideo Buenos Aires

DANIELA DUPUY
JUAN G. CORVALÁN
Dirección

MARIANA KIEFER
Coordinación

CIBERCRIMEN III

*Inteligencia Artificial
Automatización, algoritmos y predicciones en el
Derecho penal y procesal penal*

Prólogo de
DANIEL R. PASTOR
Catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal
Universidad de Buenos Aires

editorial
B de f
Montevideo - Buenos Aires

2020

Julio César Faira - Editor

I.S.B.N.: 978-9915-650-10-4

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 febrero de 2021 por:

La Imprenta Ya, Av. Alférez Hipólito Bouchard 4381

Tel.: 4756-6854 / 6837. Munro, Buenos Aires.

www.laimprentaya.com

EL SISTEMA PENAL ANTE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL: ACTITUDES, USOS, RETOS*

FERNANDO MIRÓ LLINARES

1. LA IA DE INTERÉS PARA EL SISTEMA PENAL: ¿LA DE HOY, LA DE MAÑANA?

Algunos términos generan una expectativa superior a su propia realidad, y cuando se compara lo que expresa el concepto con la concreción del mismo en la práctica, llega la pequeña o gran decepción. Les suele suceder a aquellos conceptos que se construyen en abstracto para referirse a hechos institucionales de deber ser, como ocurre en ocasiones con el Estado Social y Democrático de Derecho, o a aquellos otros que describen realidades dinámicas que comienzan siendo mucho menos de lo que, sin

* Este trabajo es una versión ampliada y modificada de otro trabajo anterior titulado "Inteligencia Artificial y Justicia penal: más allá de los resultados lesivos causados por robots", e incorpora también ideas comprimidas contenidas en "Predictive Policing: utopía or dystopia? On Attitudes towards the use of big data algorithms for Law enforcement", completadas a su vez con reflexiones hasta ahora inéditas fruto de mi trabajo como Relator General de la Asociación Internacional de Derecho penal para el tema IA y parte especial del Derecho penal. El trabajo ha sido desarrollado en el marco del proyecto NEXO "Criminología, evidencias empíricas y Política criminal. Sobre la incorporación de datos científicos para la toma de decisiones en relación con la criminalización de conductas", Referencia: DER 2017-86204-R, financiado por la Agencia Estatal de Investigación (AEI)/Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades y la Unión Europea a través del Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), "Una manera de hacer Europa". También gracias a las ayudas a las acciones de dinamización "Redes de Excelencia" proyecto: *Desarrollo de un modelo criminológico y empírico de la política criminal* -Acrónimo Empiric Financiado por MCIU-AEI (Ref. DER2017-90552-RBDT).

embargo, se pretende que finalmente sean. Esto es lo que le sucede al término Inteligencia Artificial (IA en adelante), y también a otros que se derivan del uso de la misma en el sistema de Justicia Criminal como el de Policía Predictiva o Justicia predictiva: todos ellos expresan capacidades que en absoluto son atribuibles a las herramientas a las que se refieren pero que, desde luego, sí definen con claridad lo que de las mismas se espera en el futuro cuando las tecnologías ya estén por completo desarrolladas.

Porque para definir lo que es la IA hay que comenzar por explicar que esta, desde sus orígenes en los años 50¹, siempre se concibió como una realidad dinámica, como algo más aspiracional que real, a partir de la suma de una conjetura, la de que cualquier aspecto de la inteligencia podría ser descrito con tanta precisión como para ser simulado por una máquina², con una voluntad, la de crear sistemas capaces de tener o imitar procesos cognitivos propios de los seres humanos. Esta idea orientadora de la IA procedente del Proyecto de Investigación de Dartmouth, como “el problema de hacer que una máquina se comporte de una forma que se consideraría inteligente si un humano se comportase de esa forma”³, ha dado lugar posteriormente a muchas y muy variadas definiciones de IA que, tal y como han observado Russell y Norvig, bien refieren el tipo de proceso de pensamiento y razonamiento utilizado por el sistema, o bien se centran en el éxito en relación con el rendimiento humano o con una racionalidad ideal⁴. En la ac-

¹ BENKO, A. y LANYI, C. S., “History of artificial intelligence”, en *Encyclopedia of Information Science and Technology*, Second Edition, IGI Global, 2009, pp. 1759-1762; BUCHANAN B. G., “A (very) brief history of artificial intelligence”, en *AI Magazine*, vol. 26, n° 4, 2005, pp. 53 y ss., McCORDUCK, P., *Machines who think: A personal inquiry into the history and prospects of artificial intelligence*, AK Peters/CRC Press, 2009

² MCCARTHY, J., MINSKY, M. L., ROCHESTER, N., y SHANNON, C. E., “A proposal for the Dartmouth summer research project on Artificial Intelligence”, august 31, 1955, en *AI magazine*, vol. 27, n° 4, 2006, p. 12.

³ *Ibidem* El proyecto de investigación, liderado por McCarthy, es considerado el origen del término IA y de dicha disciplina, según RUSSEL, S., y NORVIG, P., *Artificial Intelligence: a modern approach*, Pearson, Essex, 2016.

⁴ Lo que les da a los autores, combinando estas dos dimensiones, una agrupación de definiciones en cuatro categorías en función de su capacidad para: 1) pensar como humanos, 2) actuar como humanos, 3) pensar racionalmente y 4) actuar racionalmente (véase RUSSEL, S., y NORVIG, P., *Artificial Intelligence...*, cit.)

tualidad las definiciones más aceptadas se separan un poco de la comparación con el aspecto cognitivo humano⁵ y se centran en la capacidad de “racionalidad” del agente, como la de Kaplan y Haenlein que definen la IA como “la capacidad de un sistema para interpretar correctamente datos externos, aprender de ellos y utilizar el aprendizaje para alcanzar objetivos y realizar tareas específicas a través de una adaptación flexible”⁶, o la de la Comisión Europea, que entiende por tales los “sistemas que muestran un comportamiento inteligente analizando su entorno y tomando medidas, con cierto grado de autonomía para lograr objetivos específicos”⁷.

El carácter continuo del término IA ha tratado de reducirse por medio de una categorización de tres niveles de IA conforme a su capacidad: la IA débil, la IA General y la IA Fuerte o Super Inteligencia⁸. La IA débil o estrecha sería aquél sistema de computación que permite aprender automáticamente para la realización de un tipo de tarea específica para el que ha sido programado⁹; IA media, o “Inteligencia General Artificial” (AGI) englobaría a aquellos sistemas que ya dispondrían de la capacidad de comprender y de actuar en el mundo como un ser humano y de realizar cualesquiera tareas¹⁰; y la IA fuerte, o Super Inteligencia Artificial (ASI, por sus siglas en inglés), que incluiría aquellos sistemas que superarían las capacidades del ser humano en todos y cada uno de sus do-

⁵ DWITEDI, Y. K., et. al., Artificial Intelligence (AI): “Multidisciplinary perspectives on emerging challenges, opportunities, and agenda for research, practice and policy”, en *International Journal of Information Management*, 2019.

⁶ KAPLAN, A., y HAENLEIN, M., “Siri, Siri, in my hand: Who’s the fairest in the land? On the interpretations, illustrations, and implications of artificial intelligence”, en *Business Horizons*, 2019, vol 62, n° 1, pp. 15-25.

⁷ EUROPEAN COMMISSION, *Building Trust in Human-Centric Artificial Intelligence*, COM(2019) 168 final, 8 April 2019.

⁸ BROADHURST, R., MAXIM, D., BROWN, P., TRIVEDI, H., WANG, J., “Artificial intelligence and Crime A Research Report for the Korean Institute of Criminology”, 2018.

⁹ BELLO, I., “Beginners Guide to Artificial Intelligence ‘AI’”, en *Medium Work*, 17 de julio de 2017 Disponible en: <https://becominghuman.ai>

¹⁰ KURZWEIL, R., *The singularity is near: When humans transcend biology*, Penguin, 2005.

minios¹¹ hasta unos niveles que nosotros no podemos imaginar aunque sí hipotetizar y, según muchos, temer¹².

Existe un claro acuerdo acerca de que la mayoría de los sistemas de IA existentes en la actualidad pertenecen al primer grupo¹³, a la IA débil, y que bajo esa denominación en la actualidad lo que se encuentran son infinidad de técnicas avanzadas de procesamiento matemático de datos, de muy diferente naturaleza, entre las que destacan determinados procesos de *Big Data* para la eficiente gestión de grandes volúmenes de datos¹⁴; las técnicas de *Data Mining*, que permiten encontrar patrones y resumir grandes volúmenes de datos de forma comprensible y útil, facilitando la toma de decisiones¹⁵; las de *Machine Learning*, que tienen como finalidad el aprendizaje de las máquinas a medida que incorporan datos actualizados¹⁶; las del Procesamiento del Lenguaje Natural (PLN), que pretende que los sistemas informáticos entiendan y manipulen el lenguaje de forma natural logrando que la máquina reconozca la voz humana y sea capaz de darle una respuesta lógica¹⁷; y la visión por ordenador

¹¹ GOOD, I. J., "Speculations concerning the first ultraintelligent machine", en *Advances in computers*, vol. 6, n° 99, 1965, p. 2.

¹² BOSTROM, N., *Superintelligence*, Dunod, 2017

¹³ SURDEN, H., "Artificial Intelligence and Law. An Overview", en *Georgia State University Law Review*, vol. 35, 2019.

¹⁴ LABRINIDIS, A., y JAGADISH, H. V., "Challenges and opportunities with big data", en *Proceedings of the VLDB Endowment*, vol. 5, n° 12, 2012, pp. 2032-2033; MCAFEE, A., BRYNJOLFSSON, E., DAVENPORT, T. H., PATIL, D. J., y BARTON, D., "Big data: the management revolution", en *Harvard business review*, vol. 90, n° 10, 2012, pp. 60-68; SAGIROGLU, S., y SINANC, D., "Big data: A review", en *Collaboration Technologies and Systems (CTS), 2013 International Conference on IEEE*, 2013, May, pp. 42-47.

¹⁵ HAN, J., PEI, J., y KAMBER, M., *Data mining. concepts and techniques*, Elsevier, USA, 2011; TAN, P. N., *Introduction to data mining*, Pearson Education, India, 2007.

¹⁶ MICHALSKI, R. S., CARBONELL, J. G., y MITCHELL, T. M. (eds.), *Machine learning: An artificial intelligence approach*, Springer-Verlag, Berlin, 2013; RUSSELL, S. J., y NORVIG, P., *Artificial intelligence..*, cit., MARSLAND, S., *Machine learning: an algorithmic perspective*, Chapman and Hall/CRC, New York, 2011.

¹⁷ CHOWDHURY, G. G., "Natural Language Processing", en *Annual Review of Information Science and Technology*, vol. 37, n° 1, 2003.

para adivinar, por ejemplo, las emociones que experimenta una persona a partir del reconocimiento facial¹⁸. Desde entonces, los avances de las nuevas tecnologías han impulsado la evolución de estas técnicas, no tanto conceptualmente sino en la capacidad de procesamiento, dando lugar a nuevas metodologías más avanzadas basadas en la idea de la automatización, como el *Deep Learning*¹⁹ o las *Redes Neuronales Artificiales*²⁰. Ambas técnicas están basadas en lo que ya sabemos de la estructura biológica del cerebro humano y buscan la adaptación y reproducción de algunas de sus capacidades²¹.

Puede intuirse claramente que esta IA de hoy ya afecta a la Justicia penal, y que por tanto debe interesar al Derecho penal, a la política criminal, al Derecho procesal. Pero la mera lectura de lo que se anuncia con la IAG o la Superinteligencia nos muestra que la del futuro lo hará aún más. La cuestión relevante es de cuál debemos ocuparnos con más urgencia. Para hacerlo no podemos obviar la discusión acerca de cómo evolucionará la IA de hoy y cuándo se producirán los avances en el citado continuo²², especialmente en relación con dos aspectos esenciales que van a determinar el alcance potencial de cada IA, de las que ya existen como de las que se podrían crear virtualmente en el futuro: (1) su capacidad para ejecutar un mayor o menor abanico de instrucciones, y (2) el grado de autonomía con el que las ejecute frente a la influencia del ser humano.

¹⁸ SZELISKI, R., *Computer Vision. Algorithms and Applications* (<http://citeseerx.ist.psu.edu>).

¹⁹ GOODFELLOW, I., BENGIO, Y., y COURVILLE, A./BENGIO, Y., *Deep learning*, vol. 1, MIT Press, Cambridge, 2016; LECUN, Y., BENGIO, Y., y HINTON, G., "Deep learning", en *Nature*, vol. 521, nº 7553, 2015, pp 436 y ss.

²⁰ SCHMIDHUBER, J., "Deep learning in neural networks: An overview", en *Neural networks*, vol. 61, 2015, pp. 85-117; HAYKIN, S., *Neural networks: a comprehensive foundation*, Prentice Hall PTR, NJ, 1994, HILERA GONZÁLEZ, J. R., y MARTÍNEZ HERNANDO, V. J., *Redes neuronales artificiales: fundamentos, modelos y aplicaciones*, RA-MA Editorial, Madrid, 2000.

²¹ MARTÍN, B., y SANZ, A., *Redes neuronales y sistemas borrosos*, Editorial Ra-Ma, Zaragoza, 2006.

²² Véase, por ejemplo, MÜLLER, V. C., y BOSTROM, N., "Future progress in artificial intelligence: A survey of expert opinion", en *Fundamental issues of artificial intelligence*, Springer, Cham.

Respecto a la primera, las posibilidades funcionales de la IA, no me refiero tanto a las utilidades concretas, porque estas pueden ser tantas como ámbitos en los que se desee aplicar, ya sea para procesar grandes cantidades de datos, predecir patrones, automatizar pequeñas acciones, o estimar probabilidades, sino a la capacidad de razonamiento de la máquina en el sentido del grado de equivalencia entre la complejidad de procesamiento que realiza la máquina y el que es capaz de realizar el cerebro humano. Pues bien, pese a que hay quienes defienden que en un futuro próximo se darán las posibilidades apropiadas para elaborar sistemas artificiales capaces de asimilar todos los procesos mentales humanos, o incluso generar otros diferentes²³, lo cierto es que hoy las IA funcionan básicamente como modelos matemáticos, y solo se parecen a la inteligencia humana en la capacidad de cálculo²⁴. Pese a que, definitivamente, tengan mayores capacidades que los seres humanos en ciertos campos, estas máquinas no tienen capacidad para el razonamiento complejo y apenas sí para el aprendizaje²⁵. Básicamente las máquinas no son capaces, al menos por ahora, de interpretar contextos complejos o de introducir por sí mismas variables nuevas, sino que solo toman decisiones a partir de premisas lógicas básicas que son previamente introducidas o consideradas. Quién sabe si en un futuro nos podríamos encontrar con sistemas informáticos capaces de aprender autónomamente del entorno y adaptarse a él, acercándose algo a la idea de conciencia²⁶, pero ahora mismo esta es una realidad utópica.

El segundo aspecto esencial para comprender la IA y su evolución es la cuestión del nivel real de autonomía en la toma de decisiones que puede hoy, y que podrá en el futuro, atribuirse a las máquinas. Al respecto, existe cierto consenso entre ciertos

²³ HOLLAND, O., "The future of embodied artificial intelligence: Machine consciousness?", en Lida, F., Pfeifer, R., Steels, L., y Kuniyoshi, Y. (eds.), *Embodied artificial intelligence*, Springer, Berlín, 2004, pp. 37-53.

²⁴ BENÍTEZ, R., ESCUDERO, G., KANAAN, S., y RODÓ, D. M., *Inteligencia artificial avanzada*, UOC, Barcelona, 2014.

²⁵ LIDA, F., PFEIFER, R., STEELS, L., y KUNIYOSHI, Y. (eds.), *Embodied artificial intelligence*, cit, pp. 1-26

²⁶ McDERMOTT, D., "Artificial intelligence and consciousness", en *The Cambridge Handbook of Consciousness*, 2007, pp. 117-150.

filósofos de la mente dedicados al estudio del concepto de la IA en considerar que la autonomía no sería una cualidad de naturaleza dicotómica, que se da o que no se da, sino una dimensión continua, por lo que no va a ser tan sencillo determinar cuándo un comportamiento realizado por una máquina va a ser autónomo y cuándo no²⁷. Siguiendo el modelo de Harbers, Peeters y Neerincx, existirían tres modelos de IA en la actualidad según el grado de interacción hombre-máquina: (1) *Man in the loop*, cuando la IA necesita aportes humanos a intervalos de tiempo regulares para poder llevar a cabo sus acciones; (2) *Man on the loop*, si la máquina es capaz de actuar por sí misma a partir de una programación previa, pero el humano puede intervenir interrumpiendo o modificando las acciones del robot en cualquier momento; y (3) *Man out of the loop*²⁸, un modelo en el que la máquina actúa de manera independiente durante ciertos períodos de tiempo y, en estos intervalos, el ser humano no tiene influencia sobre las acciones del robot. Pero la posibilidad de interacción humana en tiempo real tan solo es una parte de lo que podríamos denominar autonomía. Por ejemplo, automatizar una respuesta ante un determinado contexto teniendo en cuenta unas variables de un modo tal que una máquina, una vez en funcionamiento, ya no se puede detener, no convertiría a la IA en autónoma. La autonomía de una IA provendría de la capacidad real de adaptar las decisiones a un contexto distinto de aquél para el que ha sido programada. Una máquina autónoma pertenecería a un cuarto tipo, digamos "*No man on the loop*", donde o bien el aprendizaje por el que se toma la decisión

²⁷ ANDERSON, T. L., y DONATH, M., "Animal behavior as a paradigm for developing robot autonomy", en *Robotics and autonomous systems*, vol. 6, nº 1-2, 1990, pp. 145-168; STEINFELD, A., FONG, T., KABER, D., LEWIS, M., SCHOLTZ, J., SCHULTZ, A., y GOODRICH, M., "Common metrics for human-robot interaction", en *Proceedings of the 1st ACM SIGCHI/SIGART conference on Human-robot interaction*, ACM, 2006, pp. 33-40; HASELAGER, W. F., "Robotics, philosophy and the problems of autonomy", en *Pragmatics & Cognition*, vol. 13, nº 3, 2005, pp. 515-532.

²⁸ HARBERS, M., PEETERS, M. M., y NEERINCX, M. A., "Perceived autonomy of robots. Effects of appearance and context", en ALDINHAS FERREIRA, M. I., SILVA SEQUEIRA, J., TOKHI, M. O., KADAR, E., y VIRK, G. S. (EDS.), *A World with Robots*, Springer, Cham, 2017, pp. 19-33.

no hubiera devenido de una acción humana, sino de la propia máquina que ha aprendido por sí misma o de otra máquina "educadora" anterior, o bien el comportamiento de la máquina no dependiera de ese aprendizaje anterior y de las decisiones atribuidas previamente en la IA sino de algo ajeno a ello y propio del mismo sistema. Pero en la actualidad es el ser humano quien, en el proceso de aprendizaje de la máquina, determina la situación concreta a la que se ve expuesta la IA, su reacción ante una lista cerrada de estímulos, y también es el ser humano quien no lo hace si, en la programación de la máquina, no incluye aquello que debiera haberse tomado en consideración.

Los nuevos paradigmas del aprendizaje profundo y otros modelos matemáticos permiten pensar en un futuro, por tanto, en un aprendizaje propio del sistema informático, y en lo que, de un modo u otro, constituiría una IA autónoma en el sentido de la superinteligencia. Y aunque la estimación media de los especialistas en IA cifra en unos 50 años la posibilidad de que la IA general llegue a ser una realidad y en unos 100 que lo sea la superinteligencia²⁹, es comprensible que ya se hayan comenzado a plantear los retos que tales sistemas de IA supondrían para el Derecho. Ya se está planteando la necesidad de regular, cuando no directamente prohibir, el diseño de IA letales con fines militares³⁰; la creación de un específico derecho robótico, como hace el proyecto RoboLaw³¹; o el control de sistemas de IA diseñados para mejorarse o autorreproducirse, como se establece en la convención de Asilomar³², entre otras propuestas, van en la línea, parten, en mayor o menor medida, del potencial reconocimiento de identidad a las IA autónomas, y por tanto la

²⁹ GRACE, K., SALVATIER, J., DAFOE, A., ZHANG, B., y EVANS, W., "Viewpoint: When Will AI Exceed Human Performance? Evidence from AI Expert", en *Journal of Artificial Intelligence Research*, n° 62, 2018.

³⁰ SHARKEY, N., "Saying 'no!' to lethal autonomous targeting", en *Journal of Military Ethics*, vol. 9, n° 4, 2010, pp. 369-383

³¹ PALMERINI, E., BERTOLINI, A., BATTAGLIA, F., KOOPS, B. J., CARNEVALE, A., y SALVINI, P., "RoboLaw: Towards a European framework for robotics regulation", en *Robotics and Autonomous Systems*, vol. 86, 2016, pp. 78-85.

³² Los principios de la IA fueron desarrollados durante la convención de 2017 y pueden consultarse en la web oficial del organizador: <https://futureofflife.org>

posible incidencia, en primer lugar, en su responsabilidad, en cuanto pudieran actuar como sujetos libres, incluso como sujetos morales y por tanto capaces de ser responsables penalmente³³; y, por otro lado, la protección de ellas mismas como bienes de especial tutela o como sujetos con derechos más o menos equivalentes a las personas³⁴.

Sin embargo, no solo estamos aún lejos de lo que realmente constituiría una IA autónoma, sino que la IA que ya existe ya plantea suficientes retos en relación con el Derecho penal como para obviarlos. La IA actual, aquella que consiste esencialmente en algoritmos de predicción utilizados para la realización de acciones o recomendaciones para actuar a partir de un conjunto de datos existente y de la identificación en ellos de patrones y probabilidades³⁵, y en la que, por tanto, todo el contexto es otorgado por los seres humanos quienes, con la información que le brindan (por acción y por omisión) y los algoritmos que crean para relacionar las variables, determinan completamente el actuar de la máquina, no requiere, a mi parecer, de ningún tipo de cambio en el sistema de atribución de responsabilidad pensado para los seres humanos como sí podría requerir en el futuro

³³ HILGENDORF, E., "Können Roboter schuldhaft handeln?", en Beck, S. (ed.), *Jenseits von Mensch und Maschine*, Nomos, Baden-Baden, 2012, pp. 119-133, y también HARTZOG, W., "Unfair and Deceptive Robots", en *Md L. Rev.*, vol. 74, 2014, pp. 785-829, así como LIMA, D., "Could AI Agents be held criminally liable? Artificial Intelligence and the challenges for Criminal Law", en *SCL Rev.*, vol. 69, 2017, p. 677.

³⁴ Véase McNALLY, P., y INAYATULLAH, S., "The rights of robots: Technology, culture and law in the 21st century", en *Futures*, vol. 20, 1988, pp. 119-136. Sobre nada de esto me detendré por limitaciones de espacio, pero merece la pena destacar, por un lado, las reflexiones de Solum en los años 90 sobre la concesión de derechos constitucionales a máquinas autónomas rebatiendo el argumento antropocéntrico o el "missing-something argument", desarrollados principalmente en SOLUM, L. B., "Legal personhood for artificial intelligences", en *NCL Rev.*, vol. 70, 1991, pp. 1231 y ss.; y, por otro, el argumento de "La habitación china" de John Searle, donde rebate cualquier idea de autonomía plena en las inteligencias artificiales y la creencia de que el pensamiento se reduce a la computación (SEARLE, J., "Minds, Brains and Programs", en *Behavioral and Brain Sciences*, vol. 3, 1980, pp. 417-457).

³⁵ RUSSELL, S. J., y NORVIG, P., *Artificial intelligence...*, cit.

algún sistema de IA que tuviera rasgos de autonomía³⁶. Pero la utilización de estos algoritmos de IA en relación con el sistema de justicia penal, por un lado, y la constatación de la posibilidad de que las máquinas, físicas o no, conformadas por IA puedan causar daños a intereses dignos de tutela penal como la vida o el orden económico, al igual que hicieron que se levantaran voces sobre la necesidad de incorporar la ética a la construcción de tales herramientas³⁷, nos obligan ahora a nosotros a tomar en consideración sus implicaciones penales.

Ya se ha dicho que llevar a cabo especulaciones a mediano o largo plazo sobre lo que va a ser la IA, no es la mejor forma de acercarse a los problemas reales del fenómeno. Como ha señalado Surden con acierto las discusiones sobre la política y la regulación jurídica en torno a la IA debería enfocarse en torno a las capacidades actuales y probables a corto plazo (por ejemplo, no más de cinco años) de esta tecnología en vez de especular sobre desarrollos de IA a largo plazo que pueden surgir o no o hacerlo de manera impredecible, entre otras cosas porque la especulación futurista provoca una visión engañosa y exagerada de las capacidades y riesgos de la tecnología que podría distraer de los problemas que ya existen hoy³⁸.

Podría decirse, pues, respondiendo a la pregunta que hacíamos al principio, que la IA que interesa a quienes nos ocupamos de reflexionar sobre sus implicaciones en la justicia penal es la de hoy y la del futuro. Pero que mientras que una, la que vendrá, debe preocuparnos, la otra, la que está, debe "ocuparnos". Estar preparados para lo que no ha llegado todavía es importante, pero estarlo para lo que ya está aquí lo es mucho más, y las implicaciones que para la parte sustantiva del derecho tanto a nivel de decisión de criminalización como de adaptación de las estructuras dogmáticas de interpretación, para

³⁶ En tal sentido, HALLEVY, G., *When Robots kill, Artificial Intelligence under Criminal Law*, Northester University Press, New England, 2013.

³⁷ Aunque la reflexión es anterior, véase en particular para la conducción autónoma la "denuncia" hecha por EVANS, L., "Death in Traffic: Why Are the Ethical Issues Ignored?", en *Studies in Ethics, Law, and Technology*, vol. 2, nº 1, 2008.

³⁸ SURDEN, H., "Artificial Intelligence and Law: An Overview", *Georgia State University Law Review*, vol. 35, 2019.

la parte procesal, para el propio funcionamiento práctico de la justicia penal y para casi todos los aspectos de la IA débil son tantas, que es a ella a la que, a mi humilde parecer, tenemos que centrar la mayor parte de nuestros esfuerzos de comprensión y de adaptación.

2. ACTITUDES ANTE LA POTENCIAL IRRUPCIÓN DE LA IA EN LA JUSTICIA PENAL: REALISMO ANTE LA QUIMERA

Acabamos de ver cómo el carácter dinámico de las tecnologías englobadas en el concepto de IA y la percepción de que en un futuro próximo las implicaciones de las mismas a nivel social pueden ser incalculables podrían desviarnos de los auténticos retos que tenemos ante nosotros con el uso actual de la IA que ya existe. Quizás esto también podría explicar la tendencia a la polarización en las actitudes de quienes han tratado el posible impacto de la IA en la justicia penal en todas sus posibles aplicaciones. Aunque en otro lugar y con más profundidad ya he analizado esta cuestión centrándome en uno de los principales usos de la IA, la denominada policía predictiva³⁹, es importante en esta introducción general reflexionar brevemente sobre esta cuestión, pues solo con la actitud filosófico-jurídica adecuada podremos responder a los retos que la IA ya supone para la justicia penal.

Bien, comenzando por el principio, y como ya he anticipado, parece evidente que la irrupción de la IA en el *law enforcement* y su posible utilización a nivel de justicia penal frente a la delincuencia ha dado lugar a visiones radicales. En los dos extremos, el optimista y el pesimista. Sería un error, sin embargo, pensar que estas reacciones son puras derivadas de la tecnología concreta que se desarrolla. Las mismas también pueden verse como una extensión de la visión dicotómica sobre la tecnología, en términos de ying y yang, que comenzó en el siglo XIX tras la revolución industrial y que sigue hasta hoy: la tecnología como progreso para la humanidad vs la tecnología como retroceso para el individuo.

³⁹ Véase MIRÓ LLINARES, F., "Predictive Policing: Utopia or Dystopia? On attitudes towards the use of Big Data algorithms for law enforcement", en *Revista de Internet, Derecho y Política*, n° 30, 2020.

En efecto, hay una visión, heredera del siglo XIX, que liga tecnología y ciencia⁴⁰ y esta y progreso social⁴¹: es la tecnoutopía, construida y transmitida por visionarios y futuristas como Alvin Toffler, Nicholas Negroponte, o incluso Bill Gates, que pronostican un futuro social brillante gracias a la tecnología y que son creídos por millones de personas gracias a que sus afirmaciones, optimistas y simples, se reconducen a ideas como el desarrollo tecnológico nos hará mejores, más felices más eficientes y más democráticos que antes⁴². El optimismo ante la IA constituiría pues un subtipo de tecnoutopía, o varias tecnoutopías: la de los robots haciéndonos más sencillas las tareas más desagradables, o la de los algoritmos de IA como herramientas predictivas capaces de reducir o evitar terremotos, incendios y enfermedades mortales. Y para el caso que aquí nos interesa, también crímenes: la utilización del poder computacional y correlacional de las herramientas de *machine learning* sustituiría pues a los *precogs* de *Minority Report* para hacer lo mismo que ellos: anticipar el delito antes de que se idee para poder evitarlo. Ahí está la quimera, ese algo aún no posible pero sí deseable y a lo que habría que aspirar. Porque, además, los beneficios de estas técnicas irían más allá de la propia prevención de crímenes: la gestión eficiente de los recursos de justicia, el descenso de la subjetividad en la toma de decisiones de jueces y policías, etc.

⁴⁰ Como han señalado FRANSSEN, M., LOKHORST, G.J., y VAND DE POEL, "Phylosophy of Technology", en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2018; frente a la visión de filósofos como Simon (SIMON, H. A., *The Sciences of the Artificial*, MIT Press, Camdridge/MA/London, 1969), o Skolimowski (SKOLIMOWSKI, H., "The Structure of Thinking in Technology", en *Technology and Culture*, vol. 7, n° 3, 1966); se ha impuesto la visión de Bunge de la tecnología como ciencia aplicada, conforme a la cual entre una y otra hay diferencias pero no en el origen sino en el resultado. la tecnología es acción, pero profundamente respaldada por la teoría, lo que la pondría a la altura de "lo científico". Véase BUNGE, M., "Technology as Applied Science", en *Technology and Culture*, vol 7, n° 2, 1966.

⁴¹ Véase sobre esto, SEGAL, H. P., *Technological utopianism in American Culture*, Syracuse University Press, Syracuse/NY, 2005, pp. 172 y ss. Véase el original, SEGAL, H. P., "The cultural contradiction of high tech Or the many ironies of contemporary technological optimism", en Ezzrahi, Y., Mendelsohn, E., y Segal, H. (eds.), *Technology, pessumism, and postmodernism*, University of Massachusetts Press, 1995.

⁴² SEGAL, H. P., *Technological utopianism...*, cit., p. 173.

Lo cierto es que esta visión optimista está calando y configurando un consenso sobre su bondad que explica el éxito algunas de las herramientas de IA en relación con la investigación y enjuiciamiento del delito como sucede con los denominados *predictive policing* y *predictive sentencing*. Ya en 2013 Perry reportó el uso creciente de estas tecnologías y, particularmente, de algoritmos para la toma de decisión basados en Big data, en las policías de múltiples ciudades americanas⁴³. Broadhurst y otros recuerdan el dato del Foro de Investigación Ejecutiva de la Policía que en 2014 registró que el 38% de las agencias utilizan métodos de vigilancia predictivos⁴⁴; y una encuesta reciente entre entidades policiales en EE.UU. señala que más del 70% de ellas tienen planeado utilizar en los próximos dos a cinco años este tipo de tecnologías⁴⁵. En cuanto a la justicia predictiva, como después se expondrá, la irrupción de herramientas como COMPAS en el sistema penal norteamericano se está comenzando a generalizar⁴⁶. Se empieza por la legitimación de los objetivos, se sigue con la de los medios necesarios para lograrlos y se acaba con un cambio de paradigma en la justicia penal: si el uso de estas herramientas acaba por generalizarse la utopía pasaría a ser una profecía autocumplida al autorizarse todo lo necesario para incrementar la capacidad predictiva de los algoritmos⁴⁷. Otra cosa es que esto sea realmente posible y totalmente deseable.

Y quizá sea de esa visión *naïf* de la tecnología como “progreso sin consecuencias negativas”⁴⁸ de donde surge la visión

⁴³ PERRY, W., L., MCINNIS, B., PRICE, C. C., SMITH, S. C., y HOLLYWOOD, J. S., *Predictive Policing. The role of crime forecasting in Law Enforcement operations*, Rand Corporation, 2013.

⁴⁴ BROADHURST, R., MAXIM, D., BROWN, P., TRIVEDI, H., WANG, J., “Artificial intelligence”, cit

⁴⁵ ROBINSON, D., y KOEPKE, L., “Stuck in a Pattern: Early Evidence on ‘Predictive Policing’ and Civil Rights”, en *Uptum*, 2016.

⁴⁶ DE KEIJSER, J. W., ROBERTS, J. V., y RYBERG, J., *Predictive sentencing. Normative and empirical perspectives*, Bloomsbury Publishing, 2019.

⁴⁷ Así lo señala también EDWARDS, A., “Big Data, Predictive Machines and Security: The Minority Report”, en McGuire, M. R., y Holt, T. J. (eds.), *Routledge Handbook of Technology, Crime and Justice*, Routledge, 2017, p. 6.

⁴⁸ SEGAL, H. P., *Technological utopianism...*, cit., pp. 174 y ss. En este sentido, lo que pide Segal es una más saludable “ambivalencia” con respecto a lo que creemos que supondrá el progreso tecnológico, pues la his-

contraria. Ha dicho McGuire⁴⁹ con razón, que el choque de la visión idílica de la tecnología en el siglo XIX con las primeras consecuencias sociales derivadas del impacto de la industrialización y con dos guerras mundiales ya muy relacionadas con el desarrollo tecnológico y científico, dio lugar al giro crítico de nuestras percepciones sobre la tecnología y a la visión filosófica pesimista del marxismo y la escuela de Frankfurt. La idea crítica fundamental, implícita en el pesimismo de Weber respecto a la jaula de hierro del racionalismo instrumental en la que la sociedad del sistema capitalista se encontraba, fue desarrollada por, entre otros⁵⁰, Marcuse⁵¹, Habermas⁵², Heidegger⁵³, Ellul⁵⁴ y consiste en negar la neutralidad de la tecnología, que sería algo más que un instrumento que como tal no tiene ideología: sería un dictado del sistema que sostiene y mejora la vida de los individuos mientras reestructura todo el mundo social, un objeto de control que servirá para incrustar aún más el "imperialismo de la razón instrumental" y frente al que no hay más escape que la vuelta a la tradición y a la simplicidad. Esta visión filosófica fue desarrollando el anuncio en el siglo XX de una distopía de control y vigilancia estatal por medio de la tecnología, la de Orwell de 1984, que habría llegado ahora, en el siglo XXI con

toria nos muestra que este también ha tenido consecuencias negativas o, al menos, discutibles.

⁴⁹ Véase sobre ello, y muy particularmente en relación con el crimen y la justicia, el interesante análisis de McGuire, M., *Technology, crime and justice: the question concerning technomua*, Willan, 2011, pp 13 y ss., y desde una perspectiva amplia y coincidente en las consideraciones críticas FEENBERG, A., *Transforming technology*, Oxford University Press, 1991.

⁵⁰ Véase para un completo estudio de todas las posiciones críticas, FEENBERG, A., *Transforming technology. A critical theory revisited*, cit

⁵¹ MARCUSE, H., *One dimensional man: the ideology of advanced industrial society*, Sphere Books, 1964.

⁵² HABERMAS, J., "Technology and Science as 'Ideology'", en *Toward a Rational Society*, Beacon Press, 1970; "Dogmatism, Reason, and Decision: On the Theory and Praxis in our Scientific Civilization", en *Theory and Practice*, Beacon Press, 1973.

⁵³ HEIDEGGER, M, *The Question Concerning Technology*, Harper and Row, 1977, pp. 17 y ss.

⁵⁴ ELLUL, J, "The technological society", en Teich A. H (ed.), *Technology and the future*, St. Martin's Press, 1964, pp. 31 y 22.

la suma de cámaras en las calles, reconocimiento facial e IA, con los únicos cambios de que ya ni siquiera es el estado el que ejerce en exclusiva el poder de vigilancia y control sino el poder, en mayúsculas, a través de grandes empresas tecnológicas que disponen de nuestros datos gracias a que compramos sus productos. Y dentro de esta macrodistopía estaría la de la policía precognoscente, que detiene y vigila a quien todavía no ha hecho nada y de la justicia penal que castiga por lo que no se llegó a perpetrar⁵⁵. Reverso de la utopía predictiva de *Minority Report*, y versión extrema de un miedo más mundano, el que se tiene a la utilización abusiva en el ámbito policial y judicial de la vigilancia supuestamente predictiva. Y hay un último temor: el miedo a que el uso penal de esa mayor vigilancia y control resulte sesgado, discriminatorio y sirva para seguir construyendo la desigualdad. No solo por el temor a que se creen algoritmos contra determinados sectores sociales, sino por la propia naturaleza de los eventos que tienen que ser datificados, los crímenes, eventos sociales que no pueden ser recogidos por pluviómetros sino “que deben ser percibidos, observados, recopilados”⁵⁶, en definitiva, que deben ser interpretados y que están muy influenciados por los delitos que los ciudadanos eligen informar, por los lugares donde la policía es patrullada y por cómo la policía responde. Por eso, se teme que la popularización del uso de algoritmos profundice aún más la desigualdad, entre otras cosas porque la apariencia de objetividad de estas herramientas, podría servir para que se transmitiera la idea de que la discriminación está basada en algo objetivo, que se trata de una verdad generada automáticamente y no de algo sesgado.

Hasta aquí, muy sumariamente, los dos extremos. En realidad, no resulta complicado situarse lejos de ellos. De la tecnoutopía es sencillo escapar por lo *naïf* que resulta creer que la tecnología no está definida desde objetivos y formas de ver el mundo concreto, o que no tendrá consecuencias negativas⁵⁷, y en particular de la idea de que la IA constituirá la panacea para

⁵⁵ Así, por ejemplo, ISAAK, W., y LUM, K., “Opinion, Predictive Policing Violates More Than It”, 2016.

⁵⁶ JOH, E. E., “Feeding the Machine: Policing, Crime Data & Algorithms”, en *WM. Mary Bills RTS J.*, n° 26, 2017.

⁵⁷ SEGAL, H. P., *Technological utopianism...*, cit., pp. 174 y ss.

la toma de decisiones judicial y policial es fácil apartarse, entre otras cosas porque existen demasiadas aristas en el fenómeno criminal como para pretender lograr con él algo parecido a una predicción de eventos real, objetiva y libre de sesgos. Tiene razón Marcuse cuando señala que detrás de cualquier tecnología hay ideología⁵⁸; y es cierto que cuando en la actualidad se plantea la creación de algoritmos de IA para la valoración del riesgo en la Justicia penal o el diseño de una herramienta predictiva para mejorar la estimación del riesgo, ello se hace desde una determinada concepción instrumental sobre el fin de la justicia penal que, en esencia, concuerda con la cultura del control, y con la intervención policial y penal preventiva. Pero, a la vez, aceptar eso no tendría por qué implicar caer en la tecnofobia o el fatalismo. El reconocimiento de todos los defectos y de todas las potencialidades de riesgo del uso de una tecnología tan definida para el control y la vigilancia estatal como el reconocimiento facial, o tan construida sobre la existencia de desigualdades estructurales que pueden ser obviadas como el análisis geoespacial y los algoritmos predictivos derivados de ella, no nos debieran llevar necesariamente a conformarnos con el conocimiento crítico y regodearnos en él, a abrazar la tecnofobia, a rechazar la realidad de una práctica que puede ser mejor o peor, o a defender volver a los antiguos usos policiales en el que el concepto de *Big Data* solo podía referirse a pasar un rato largo en la sala del sótano repleta de expedientes. No lleva a nada desesperarse ante el triunfo de la tecnología; resulta, a mi parecer, una actitud mucho más constructiva y enmarcada en las finalidades académicas que nos deben guiar, comprender los objetivos e intereses que hay detrás de cada concreto desarrollo tecnológico que nos preocupe, los más evidentes y los menos, y tratar como política e ideología lo que es política e ideología intentando, dentro de los márgenes de lo posible y a partir de una reflexión ética profunda, redefinir los objetivos de la misma aunque ello suponga transformarla. La actitud, por tanto, que en mi humilde opinión deberíamos adoptar respecto al uso y desarrollo de instrumentos de IA y de algoritmos de *Big Data* en el ámbito de la justicia penal, y que podría extenderse como tal también al uso de estas

⁵⁸ MARCUSE, H., *One dimensional man...*, cit.

tecnologías en general en el sistema de justicia penal, sería una actitud realista, de crítica ética y empíricamente informada⁵⁹.

Adoptar una actitud realista implica querer partir de las posibilidades reales actuales de la tecnología, teniendo en cuenta sus desarrollos más próximos, y las consecuencias potenciales de la misma e identificando como posible éxitos no solo el incremento de las detenciones o la reducción de la delincuencia, sino también el juicio acerca de la bondad o maldad de la tecnología en el sentido del impacto en los valores ético sociales reconocidos en nuestra constitución que consideramos esenciales y que pueden verse afectados en positivo o en negativo por la tecnología. Es decir, teniendo en cuenta si con su uso podemos ver afectada nuestra privacidad, nuestra dignidad, etc., y planteando la necesidad de ponderar adecuadamente lo que está en juego y de que el resultado de las decisiones éticas que tomemos se incluya en el diseño de la tecnología.

En segundo lugar, esta actitud implica aceptar un talante crítico, pero de crítica ética más que puramente ideológica. Sólo reconociendo los presupuestos sociales y las estructuras de poder de las que parte la tecnología podremos identificar sus objetivos y comprender el sentido de su diseño y plantearnos la posibilidad de una redefinición de los mismos. Pero para ello hay que superar tanto el fatalismo y la tecnofobia derivada de él, como el escepticismo, alejándonos de aquellas visiones críticas que ni siquiera consideran relevante el conocimiento empírico dado que toda realidad está socialmente construida y es infinitamente manipulable, y admitir que la realidad, aun difícilmente aprehensible, es la única protección contra la arbitrariedad.

Por eso el último elemento esencial de la actitud que aquí se propone respecto al uso jurídico-penal de IA y *Big Data* es que la misma esté informada empíricamente⁶⁰. Puede parecer algo obvio y sin embargo tanto en quienes adoptan una actitud excesivamente optimista como en quienes auguran múltiples males por el uso de la tecnología, la desinformación respecto a numerosos aspectos esenciales de estas herramientas, a sus presupuestos científicos o a sus consecuencias, es una constan-

⁵⁹ MIRÓ LLINARES, F., "Predictive Policing ..", cit.

⁶⁰ *Ibidem*.

te. Aunque sobre esto volveré más adelante, la visión utópica da por sentada la efectividad de estas herramientas sin que aun pueda decirse que haya una constatación fiable de la misma, asume generalmente la validez de los datos de los que parte y no se plantea si están sesgados por la realidad o por el modo en que han sido recogidos. Por su parte, la visión distópica tiende a tratar la tecnología como un todo abstracto y suele dar por sentado un mal uso seguro de los datos o la imposibilidad de la utilización de herramientas informáticas para eliminar algunos de los sesgos que efectivamente existen. Además, la distopía tiene otros dos problemas de falta de correspondencia con la realidad especialmente importantes en relación con la justicia predictiva y que deben ser destacados: El primero, que nos afecta especialmente a los juristas porque construimos los pilares de nuestra disciplina en una época en la que las premisas científicas y epistemológicas que estaban vigentes han sido superadas o al menos han evolucionado, tiene que ver con la creencia de que todo aquello que escape del paradigma de la causalidad, esto es, que no pueda explicar por qué A implica B, no es científico. Hoy en día, junto a la estadística tradicional que solo admite probabilidades basadas en experimentos repetibles y a partir de hipótesis falsables, se ha estabilizado el uso de la estadística bayesiana donde la existencia de meras correlaciones puede servir para realizar estimaciones y de ir revisando las mismas en términos de causalidad. Y habrá que irse acostumbrando a la racionalidad de la toma de decisiones basadas en correlaciones más que en auténticas explicaciones científicas. En segundo lugar, la visión distópica de la IA que critica la discriminación algorítmica obvia los sesgos de la caja gris, del ser humano que toma decisiones, que no solo van a seguir existiendo sino que solo intuimos la importancia que tienen, y que toda mejora de conocimiento de los mismos nos situará en la decisión adecuada.

Por ello, ante el uso jurídico penal de una tecnología como la IA se debe partir del mayor conocimiento posible, debemos superar los prejuicios existentes, analizar cada tecnología en particular y exigir una doble revisión científica *ex ante* a la puesta en marcha de la tecnología y *ex post* a su implementación. El juicio *ex ante* exige por un lado un análisis científico serio acerca de la tecnología y de las bases empíricas y teóricas en las que se fundamenta, de los datos sociales de los que parte, y de

los intereses y percepciones de la comunidad en los que se va a aplicar para asegurar su éxito; por otro lado, una evaluación del potencial impacto que la misma puede tener en los derechos y garantías de las personas implicadas. Y una vez la misma esté en marcha, las exigencias de la evaluación se transformarán en una demanda de monitorización constante de su implementación y de sus efectos, pero también en una demanda de transparencia, de una mayor participación social en la toma de decisiones sobre aspectos que pueden afectarles y que la tecnología sea reversible y adaptable frente a ellas.

3. UNA INTRODUCCIÓN A LOS USOS DE LA IA EN LA JUSTICIA CRIMINAL

Como se ha apuntado arriba, la incontestable capacidad de la IA para gestionar y procesar diferentes formas de datos con una precisión notable, ha conducido a preguntarse qué utilidad puede tener la IA en la actualidad para asistir a la justicia penal. En realidad, no cabe duda de que las utilidades potenciales pueden ser muchas, pero podríamos sistematizarlas en los dos ámbitos esenciales siguientes: (1) IA para la prevención e investigación policial de la delincuencia, e (2) IA aplicada a la determinación judicial del delito.

En cuanto a la primera categoría, hace tiempo que se ha demostrado que los oficiales de policía no necesariamente poseen el conocimiento que les permite determinar dónde y cuándo ocurren los delitos, y que su experiencia es más útil para investigar unos delitos que otros⁶¹. En este sentido, los algoritmos utilizados para la prevención de la criminalidad son numerosos, y cada vez lo serán más dado que para el desarrollo y puesta en marcha de una IA son fundamentales dos cosas: trabajar sobre un conjunto de datos de calidad y aplicar técnicas de análisis adecuadas. No cabe duda de que, en relación con lo primero, los organismos e instituciones dedicados a la seguridad y a la gestión de las estadísticas de criminalidad están invirtiendo una cantidad considerable de recursos en almacenar cada vez más información. Tanto es así que la cultura del *performance* policial

⁶¹ Véase RATCLIFFE, J. H., y McCULLAGH, M. J., "Chasing ghosts? Police perception of high crime areas", en *British Journal of Criminology*, vol. 41, nº 2, 2001, pp. 330-341.

ha fomentado el almacenamiento casi obsesivo de tal cantidad de información que los analistas son incapaces de sacarle el partido esperado⁶². A día de hoy somos testigos del incremento exponencial de fuentes digitalizadas de información relacionada con la actividad delictiva⁶³; estadísticas oficiales de delincuencia⁶⁴; datos obtenidos de las CCTV⁶⁵, grabaciones desde las cámaras corporales policiales⁶⁶, fotografías y vídeos recogidos por

⁶² En este sentido, véase RATCLIFFE, J. H., *Intelligence-led Policing*, Willan Publishing, Portland, OR, 2008, sobre la complejidad de la gestión de la información debido a la *performance culture* que ha incrementado considerablemente la burocracia, la monitorización de la contabilidad, o la fiscalización interna a la que están sometidos los trabajadores. A esto hay que añadir las diferentes formas de registrar los datos según el departamento en relación con su formato o sus variables de interés, una circunstancia que dificulta su tratamiento y estandarización.

⁶³ MAGUIRE, M., "Crime data and statistics", en *The Oxford handbook of criminology*, vol. 4, 2007, pp. 241-301; MAXFIELD, M. G., y BABBIE, E. R., *Research methods for criminal justice and criminology*, Cengage Learning, USA, 2014; BACHMAN, R. D., y SCHUTT, R. K., *Fundamentals of research in criminology and criminal justice*, Sage Publication, USA, 2016; KRISHNAMURTHY, R., y KUMAR, J. S., "Survey of data mining techniques on crime data analysis", en *International Journal of Data Mining Techniques and Applications*, vol. 1, nº 2, 2012, pp. 117-120.

⁶⁴ Como ejemplo paradigmático de accesibilidad libre a estadísticas oficiales de criminalidad de calidad, véase el Uniform Crime Reporting (UCR) Program del FBI en Estados Unidos (disponible en Internet en: <https://ucr.fbi.gov/>). En el caso de Europa tanto el European Sourcebook (ESB) of Crime and Criminal Justice Statistics (disponible en Internet en: <https://wp.unil.ch/>), como las Estadísticas Penales Anuales del Consejo de Europa (SPACE) (disponible en Internet en: <https://www.coe.int/>) permiten trabajar con datos de criminalidad de calidad con una labor mínima de preprocesamiento.

⁶⁵ Para una demostración del potencial de las imágenes de CCTV para la identificación de individuos, véase KEVAL, H. U., y SASSE, M. A., "Can We ID from CCTV? Image quality in digital CCTV and face identification performance", en *Mobile Multimedia/Image Processing, Security and Applications*, 2008. DOI: doi: 10.1117/12.774212.

⁶⁶ También denominadas *body-worn cameras*, estos dispositivos de vigilancia permiten recoger evidencias audiovisuales de determinadas acciones policiales consideradas especialmente delicadas: registros personales, persecuciones, entrevistas a testigos, o arrestos, entre otras. Aunque todavía incipiente, la investigación criminológica en *body-worn cameras* ya permite evaluar su impacto, o la percepción ciudadana sobre

drones o satélite⁶⁷, datos extraídos mediante aplicaciones móviles⁶⁸, entre otros sistemas de vigilancia; datos de cientos de millones de mensajes publicados en Internet relacionados con actos delictivos⁶⁹, ya sea en foros, chats, redes sociales, webs de compraventa, u otros espacios digitales⁷⁰.

Además, para extraer inteligencia de toda esta información, hay que sumar después la adecuada aplicación de una o varias técnicas de análisis matemáticos más o menos complejos. La cuestión es que esto ya se está empezando a generalizar, y el ejemplo paradigmático es lo que ha venido a denominarse “*predictive policing*” o también *PredPol*⁷¹. Aunque el propio

su uso de forma preliminar. En este sentido, véanse los trabajos de ARIEL, B., FARRAR, W. A., y SUTHERLAND, A., “The effect of police body-worn cameras on use of force and citizens’ complaints against the police: A randomized controlled trial”, en *Journal of Quantitative Criminology*, vol. 31, n° 5, 2015, pp. 509-535; ARIEL, B., SUTHERLAND, A., HENSTOCK, F., YOUNG, J., DROVER, P., SYKES, J., MEGICKS, S., y HENDERSON, R., “Report: increases in police use of force in the presence of body-worn cameras are driven by officer discretion a protocol-based subgroup analysis of ten randomized experiments”, en *Journal of Experimental Criminology*, vol. 12, n° 3, 2016, pp. 453-463; JENNINGS, W. G., FRIDELL, L. A., y LYNCH, M. D., “Cops and cameras: Officer perceptions of the use of body-worn cameras in law enforcement”, en *Journal of Criminal Justice*, vol. 42, n° 6, 2014, pp. 549-556.

⁶⁷ Para una revisión de los aspectos éticos y legales derivados del uso de datos recogidos por drones y sus diversas aplicaciones en Big Data, véase FINN, R., y DONOVAN, A., “Big Data, Drone Data: Privacy and Ethical Impacts of the Intersection Between Big Data and Civil Drone Deployments”, en Custers, B. (Ed.), *The Future of Drone Use*, TMC Asser Press, La Haya, 2016, pp. 47-67.

⁶⁸ Para un ejemplo del tipo de datos que pueden revelar las aplicaciones móviles, véase HERN, A., “Fitness tracking app Strava gives away location of secret US army bases”, *The Guardian* [en línea], 28 de enero 2018. Disponible en: <https://www.theguardian.com>

⁶⁹ Véase REAVES, B., *Local Police Departments, 2013: Equipment and technology*, Bureau of Justice Statistics, Washington, DC, 2015.

⁷⁰ Sobre la utilización de datos procedentes de Internet para el análisis delictivo, véase McCUE, C., *Data mining and predictive analysis: intelligence gathering and crime analysis*, 2ª ed., Butterworth-Heinemann, Oxford, UK, 2014.

⁷¹ Véase PERRY, W. L., McINNIS, B., PRICE, C. C., SMITH, S. C., y HOLLYWOOD, J. S., *Predictive Policing. The role of crime forecasting in Law Enforcement*

concepto de “*predictive policing*” nació casi ya en crisis⁷², por la falsa expectativa que podía generar de “anticipar la comisión de delitos”⁷³, el término se ha generalizado en el ámbito académico para referirse a “*the application of analytical techniques – particularly quantitative techniques- to identify likely targets for police intervention and prevent crime or solve past crimes by making statistical predictions*”⁷⁴. Desde las bases de la policía estadística y COMPSTAT⁷⁵, con el apoyo teórico de la crimino-

operations, CA. RAND Corporation, Santa Monica, 2013. Para otras introducciones de interés a este concepto, véase FERGUSON, A. G., “Policing predictive policing”, en *Wash. UL Rev.*, vol. 94, 2016, pp. 1109 y ss.; LUM, K., y ISAAC, W., “To predict and serve?”, en *Significance*, vol. 13, nº 5, 2016, pp. 14-19

⁷² Como han señalado entre otros BOBA, R., “Predictive Policing: Where’s the Evidence?” en WEISBURD, D y BRAGA, A. A., *Police Innovation. Contrasting Perspectives*, 2019, p. 366., se atribuye la primera expresión del término a William Bratton, el que fue comisionado de la policía de Nueva York y creador del sistema COMPSTAT, cuando era jefe de policía de LA e introdujo COMPSTAT plus.

⁷³ Por eso RATCLIFFE, J., “Predictive policing”, en Weisburd, D., y Braga, A. A. (eds.), *Police innovation. Contrasting perspectives*. 2nd edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, prefiere utilizar el término *forecasting* que el de *prediction*, especialmente a partir del argumento de que mientras que la acción de predecir sólo puede dar lugar a una respuesta dicotómica, el *forecasting* asocia una determinada probabilidad estadística variable.

⁷⁴ PERRY, W. L., McINNIS, B., PRICE, C. C., SMITH, S. C., & HOLLYWOOD, J. S., *Predictive Policing The role of crime forecasting in Law Enforcement operations*, Rand Corporation, Santa Monica, 2013, UCHIDA, C., “Predictive Policing”, en Bruinsma, G., Weisburd, D. (eds.), *Encyclopedia of criminology and criminal justice*, Springer, New York, 2014. Una crítica a esta definición, por ser demasiado amplia y problemática, en Ratcliffe, J., “Predictive Policing...”, cit., p. 349. Ratcliffe propone una definición alternativa, como “*the use of historical data to create a forecast of areas of criminality or crime hot spots, or high risk offender characteristic profiles that will be one component of police resource allocation decisions. The resources will be allocated with the expectation that, with targeted deployment, criminal activity can be prevented, reduced or disrupted*”. Véase también la definición del *National Institute of Justice* de Estados Unidos del *predictive policing*, cfr <http://www.predpol.com>.

⁷⁵ Sobre la ligazón entre la innovación estadística que supuso COMPSTAT y la puesta en marcha de este tipo de técnicas, véase BOBA, R., “Predictive Policing...”, cit.

logía ambiental y las técnicas de análisis delictivo centradas en el lugar⁷⁶, y bajo el paraguas inicial de paradigmas del actuar policial como el *problem oriented policing*⁷⁷, primero, y el *hot spot policing*⁷⁸ después, las técnicas de pronóstico delictivo aprovechan los datos históricos referidos a dónde y cuándo se perpetran los delitos de cada tipo o cuáles son las características de quienes los cometen, para identificar objetivos (personales o espaciales) de interés policial con el propósito de prevenir el delito, reducir su riesgo o causar una disrupción sobre la actividad criminal⁷⁹.

A grandes rasgos, podría decirse que existen dos tipos de técnicas de policía predictiva, las que se basan en el lugar, en el riesgo de los entornos en los que se cometen delitos, y las que se basan en las características de las personas que los perpetran. Las implicaciones de unas y otras técnicas son muy distintas, como también lo es su fundamentación. Como ha señalado Ratcliffe recientemente⁸⁰ hay una importante fundamentación teórica que permite el desarrollo de enfoques ambientales predictivos basados en la idea de que el crimen se distribuye formando patrones a lo largo del espacio geográfico⁸¹, y a la luz de los mismos se han desarrollado todo un

⁷⁶ CLARKE, R. V. G., "Situational crime prevention: Theory and practice", en *British Journal of Criminology*, vol. 20, 1980, pp. 136-147.

⁷⁷ GOLDSTEIN, H., "Improving policing: A problem-oriented approach", en *Crime & delinquency*, vol. 25, n° 2, 1979, pp. 236-258.

⁷⁸ BRAGA, A., y WEISBURD, A., "Hot spots policing as a model for police innovation", en *Police innovation. Contrasting perspectives*. 2nd edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

⁷⁹ RATCLIFFE, J., "Predictive policing...", cit.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ Véase por todos FELSON, M., "Routine activities and crime prevention in the developing metropolis", en *Criminology*, vol. 25, n° 4, 1987; BRATINGHAM, P., y BRATINGHAM, P., "Crime pattern theory", en Wortley, R., y Townsley, M. (eds.), *Environmental Criminology and Crime Analysis*. 1st edition. London, Willan, 2013; WEISBURD, D., y ECK, J. E., "What can police do to reduce crime, disorder, and fear?", en *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 593, n° 1, 2004.

⁸² RTM (*Risk Terrain Modeling*) es un método de diagnóstico que permite realizar pronósticos mediante el análisis de los factores ambientales que generan y atraen al delito. Sobre ello, véase entre otros CAPLAN, J. M.,

conjunto de herramientas de software predictivo como RTM⁸² o PredPol⁸³ que, si no de forma generalizada, están comenzando a usarse en distintas ciudades de los EE.UU. como parte de la estrategia policial pese a que, como ha señalado Boba, todavía existe demasiado poca evidencia de que esos métodos sean realmente eficaces⁸⁴. Por otro lado, están las técnicas predictivas centradas en las personas, lo que se denomina el *offender-focused crime forecasting*⁸⁵, menos desarrollado pero que también ha dado lugar a aplicaciones que pretenden pronosticar quién es más probable que cometa un delito, priorizar un sujeto de una larga lista de sospechosos, o incluso asignar uno u otro programa de reinserción a un agresor en función de sus características personales⁸⁶. Estas herramientas son aún más controvertidas que el *place based predictive policing*, no solo porque su capacidad de predicción real parece ínfima⁸⁷, sino por sus enormes implicaciones éticas relacionadas, entre otras consideraciones, con la discriminación en los datos que alimentan los algoritmos y que sesgarían claramente por razón de etnia o género⁸⁸. Por último, habría un último conjunto de técnicas

KENNEDY, L. W., y MILLER, J., "Risk terrain modeling: brokering criminological theory and GIS methods for crime forecasting", en *Justice Quarterly*, vol. 28, n° 2, 2011; o KENNEDY, L. W., CAPLAN, J. M., y PIZA, E., "Risk clusters, hotspots, and spatial intelligence. risk terrain modelling as an algorithm for police resource allocation strategies", en *Journal of Quantitative Criminology*, vol. 27, n° 3, 2011.

⁸³ Véase BRATINGHAM, J. P., VALASIK, M., y O MOHLER, G., "Does Predictive Policing Lead to Biased Arrests? Results from a Randomized Controlled Trial", en *Statistics and Public Policy*, vol. 5, n° 1, 2018; O MOHLER, G., SHORT, M. B., MALINOWSKY, S., JOHNSON, M., TITA, G. E., BERTOZZI, A., y BRANTINGHAM, J., "Randomized controlled field trials of predictive policing", en *Journal of the American Statistical Association*, vol. 110, n° 512, 2015.

⁸⁴ BOBA, R., "Predictive Policing...", cit.

⁸⁵ RATCLIFFE, J., "Predictive policing .", cit.

⁸⁶ Sobre las *heat lists* y otros sistemas similares de cálculo de riesgo de personas individuales como *Beware*, véase DEGELING, M., y BERENDT, B., "What is wrong about Robocops as consultants? A technology-centric critique of predictive policing", en *AI & Society*, vol. 33, n° 3, 2018, pp. 347-356.

⁸⁷ RATCLIFFE, J., "Predictive policing...", cit.

⁸⁸ FERGUSON, A. G., *The Rise of Big Data Policing: Surveillance, Race, and the Future of Law Enforcement*, NYU Press, 2017.

predictivas que estarían basadas en la vigilancia por medio de imágenes y CCTV a partir de técnicas de reconocimiento facial, de movimientos, lectura de matrículas, etc., que se combinarían con algoritmos de machine learning para, supuestamente, identificar a sujetos sospechosos, incluso, predecir la realización de conductas ilícitas⁸⁹.

El uso policial de todas o de algunas (sobre todo de la espaciales) de estas técnicas conforman el *predictive policing*, una técnica que claramente aún está en desarrollo, que esencialmente se está implementando en algunas ciudades de EE.UU., pero que para algunos se ha convertido en la gran esperanza para la reducción de la delincuencia mientras, para otros, constituye el gran peligro para las garantías y los derechos de los ciudadanos.

Por otro lado, y más allá de la prevención e investigación de la delincuencia tradicional o en entornos físicos, los avances de las Tecnologías de la Información y la Comunicación han generado nuevas oportunidades delictivas en el ciberespacio que aprovechan los delincuentes para cometer numerosos delitos⁹⁰. Las agencias de seguridad, que necesitan responder ante las nuevas demandas de seguridad, empiezan a poner cada vez más de relieve sus necesidades en materia de predicción y prevención de la ciberdelincuencia. Es por ello que, aunque tradicionalmente el foco de atención se ha centrado en la detección de vulnerabilidades en infraestructuras digitales que puedan dar lugar a intrusiones y otras ciberamenazas, durante la última década se han venido desarrollando IA cada vez más sofisticadas, flexibles, adaptables y robustas, capaces de detectar y prevenir una amplia variedad de amenazas y tomar decisiones inteligentes en tiempo real⁹¹. Así, frente al interés por la predicción y pre-

⁸⁹ Ibidem.

⁹⁰ MIRÓ LLINARES, F., "La oportunidad criminal en el ciberespacio: Aplicación y desarrollo de la teoría de las actividades cotidianas para la prevención del ciberdelincuencia", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n° 13, 2011. Para una revisión de las diferentes formas de ciberdelincuencia, véase MIRÓ LLINARES, F., *El ciberdelincuencia. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

⁹¹ En especial, son numerosos métodos de computación bioinspirados de IA (como redes neuronales, *Intelligent Agent Application*, *Artificial Immune System Application*, *Genetic Algorithm* y *las Fuzzy Sets Applications*),

vención de la ciberdelincuencia más técnica, existe un interés creciente por el denominado Factor Humano del cibercrimen y la ciberseguridad⁹², que enfatiza el estudio de la motivación de los ciberdelincuentes, las redes de organizaciones criminales, las actividades cotidianas *online* de las potenciales víctimas, o las distintas formas de atajar este tipo de cibercriminalidad más social. En este sentido, también empieza a darse una preocupación policial transfronteriza por el papel que ocupan las redes sociales *online* en los procesos de radicalización y en la difusión de contenidos de esta naturaleza⁹³, y en consecuencia por la necesidad de desarrollar herramientas aptas para realizar análisis automatizado de grandes cantidades de datos procedentes de estas plataformas digitales que sean útiles en la investigación, predicción y prevención de estas otras formas de criminalidad⁹⁴. En ambos casos, estas IA suelen disponer de

los que están jugando un papel cada vez más importante en la detección y prevención de diferentes cibercrimes de naturaleza económica. En esta línea, cabe mencionar la revisión de la literatura que hacen DILEK, S., ÇAKIR, H., y AYDIN, M., "Applications of artificial intelligence techniques to combating cybercrimes: A review", 2015 (disponible en: *arXivpreprint arXiv.1502.03552*), donde presenta los avances logrados hasta la fecha en la aplicación de las técnicas de inteligencia artificial en la lucha contra diferentes formas de cibercriminalidad, y explica cómo estas técnicas pueden ser una herramienta eficaz para la detección y prevención de los ataques a infraestructuras digitales.

⁹² Véase el trabajo coordinado por el *Netherlands Institute for the Study of Crime and Law Enforcement* LEUKFELDT, R., *Research Agenda: The Human Factor in Cybercrime and Cybersecurity*, Eleven International Publishing, The Hague, 2017.

⁹³ En este sentido, véase el extenso trabajo sobre *data science* y ciberseguridad en redes sociales del grupo de investigación de la Universidad de Cardiff liderado por el Prof. Pete Burnap y Matthew L. Williams. Por ejemplo, BURNAP, P., WILLIAMS, M. L., SLOAN, L., RANA, O., HOUSLEY, W., EDWARDS, A., KNIGHT, V., PROCTER, R., y VOSS, A., "Tweeting the terror: modeling the social media reaction to the Woolwich terrorist attack", en *Social Network Analysis and Mining*, vol. 4, n° 1, 2014, pp. 206 y ss.; o BURNAP, P., y WILLIAMS, M. L., "Cyber hate speech on twitter: An application of machine classification and statistical modeling for policy and decision making", en *Policy & Internet*, vol. 7, n° 2, 2015, pp. 223-242.

⁹⁴ Tradicionalmente, los esfuerzos dedicados al análisis de redes sociales para la detección de contenidos considerados ilícitos se han circunscrito a la búsqueda de patrones tanto sintácticos como semánticos y, para

arquitecturas basadas en la inclusión de otras fuentes de datos exclusiva de este nuevo entorno digital: los metadatos. Más concretamente, integran en sus procesos analíticos variables que,

ello, se han empleado distintas técnicas de análisis de contenido que han puesto el acento en las palabras como unidad de análisis, ya sea mediante la búsqueda sistemática de palabras clave (cfr. DÉCARY-HÉTU, D, y MORSELLI, C., "Gang presence in social network sites", en *International Journal of Cyber Criminology*, vol. 5, nº 2, 2011, pp. 876-890), a través de sistemas de análisis de sentimiento (cfr. CHEONG, M., y LEE, V. C., "A microblogging-based approach to terrorism informatics: Exploration and chronicling civilian sentiment and response to terrorism events via Twitter", en *Information Systems Frontiers*, vol. 13, nº 1, 2011, pp. 45-59) o polarización del discurso político (cfr. CONOVER, M., RATKIEWICZ, J., FRANCISCO, M. R., GONÇALVES, B., MENCZER, F., y FLAMMINI, A., "Political polarization on twitter", en *ICWSM*, nº 133, 2011, pp. 89-96), entre otros métodos, para estudiar las actitudes de los emisores a la hora de publicar estos mensajes. En esta línea, ha cobrado especial relevancia el diseño de herramientas informáticas que automaticen los procesos de detección de contenido radical en poco tiempo y con elevados niveles de precisión, como apoyo a las arduas tareas de vigilancia destinadas a la detección temprana de contenido radical en Internet, como los análisis avanzados sobre crimen que provee Wynyard (Wynyard Group), revelando aquella información procesable que se encuentra oculta en los datos; el Observatorio Colaborativo Online de Redes Sociales (COSMOS), que ofrece un servicio integrado y escalable para analizar redes sociales según determinadas demandas (BURNAP, P., RANA, O., WILLIAMS, M., HOUSLEY, W., EDWARDS, A., MORGAN, J., SLOAN, L., y CONEJERO, J., "COSMOS: Towards an integrated and scalable service for analysing social media on demand", en *International Journal of Parallel, Emergent and Distributed Systems*, vol. 30, nº 2, 2015, pp. 80-100); o el *software* para análisis de la delincuencia que proporciona Watson (IBM), que permite explorar la información disponible en las redes sociales con su funcionalidad cognitiva. Con la misma finalidad, cabe señalar el desarrollo de la *Cyberspace Detection Tool* o IA de detección y clasificación de mensajes de radicalización en Internet realizada por CRÍMINA para el proyecto europeo PERICLES. Para el desarrollo de esta herramienta ha sido necesaria la compilación de millones de tuits que fuimos recogiendo tras los atentados terrorista de Charlie Hebdo, Paris Bataclan, Bruselas, Orlando, Barcelona, etc., se ha construido una herramienta para la detección y clasificación de mensajes radicales mediante la combinación de herramientas de análisis de texto y técnicas de árboles de decisión, que aprenden a clasificar contenidos de forma más eficaz conforme analizan muestras nuevas. A día de hoy, estamos alcanzado precisiones que rondan el 80% a la hora de identificar discurso radical en Twitter. Véase en Internet en: <http://project-pericles.eu/>.

como el medio de creación de los datos, finalidad de los datos, hora y fecha de creación, creador o autor de los datos, ubicación en una red informática donde se crearon los datos, normas utilizadas, tamaño de archivo, calidad de los datos, fuente de los datos, proceso utilizado para crear los datos, información externa vinculada con los datos, entre otros muchos, han mostrado una gran capacidad para la predicción de ciberdelitos⁹⁵.

Por su parte, respecto al segundo grupo de IA aplicadas a la justicia penal, desde principios del nuevo milenio empezó a cobrar interés y a tener una especial relevancia las cuestiones sobre cómo se podrían utilizar las tecnologías para la recogida y análisis de grandes cantidades de datos para mejorar el sistema de justicia a todos los niveles, hacerlo más eficiente y ofrecer a los ciudadanos otras formas de acceder a ella. Aunque no son tan conocidas, la utilización de sistemas de IA en distintas fases del proceso judicial penal por los diferentes operadores jurídicos empieza a ser más habitual⁹⁶. Aquí, sin embargo, destacaremos

⁹⁵ Véase ESTEVE, M., MIRÓ LLINARES, F., y RABASA, A., "Classification of tweets with a mixed method based on pragmatic content and meta-information", en *Complex System Studies*, vol 13, nº 1, 2018, pp 60-70; SCHMIDT, A., y WIEGAND, M., "A survey on hate speech detection using natural language processing", en *Proceedings of the Fifth International Workshop on Natural Language Processing for Social Media*, abril 3-7, 2017, pp. 1-10.; WASBEM, Z., y HOVY, D., "Hateful Symbols or Hateful People? Predictive Features for Hate Speech Detection on Twitter", en *Proceedings of NAACL-HLT*, junio 12-17, 2016, pp. 88-93.

⁹⁶ Pese a no estar directamente relacionados con los procesos de enjuiciamiento criminal, sí que es cierto que en esta categoría se podrían añadir además aquellas técnicas de procesamiento y análisis de datos que están sirviendo para agilizar la propia gestión y toma de decisiones judiciales. Entre ellos, cabe destacar *Prometea*, *software* desarrollado en Argentina, que actualmente se está utilizando en el Tribunal Superior de Justicia porteño para predecir la solución de expedientes jurídicos que los creadores califican como "simples", refiriéndose con este calificativo a aquellos casos que van desde recursos de amparo por supuesta violación del derecho a la vivienda, a causas de empleo público o cuestiones meramente procesales, siempre que haya precedentes muy similares y la solución jurídica solo sea una. Esta suerte de asistente judicial no actúa solo, sino que requiere que una persona le dé indicaciones acerca de cierta información relevante sobre el caso, para posteriormente analizar todas las sentencias de primera y segunda instancia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y con ello sugerir un modelo de respuesta,

dos de las principales herramientas de apoyo para la determinación del tipo de sanción penal que aplicar ante casos que cumplan con unas especificaciones determinadas. Hablamos concretamente de sistemas de IA que informan a los tribunales para la toma de decisiones en el ámbito penal, y que han sido diseñadas con el propósito de evaluar automáticamente los factores de riesgo más predictivos de la reincidencia en delincuentes adultos⁹⁷. Así se pretenden facilitar los procesos de toma de decisiones que acarrean importantes consecuencias jurídicas y recaen sobre aquellos individuos que se ven envueltos en el pro-

un dictamen. Obviamente, una vez que *Prometea* emite un dictamen, el documento que genera pasa por una revisión humana sin excepción (cfr. CORVALÁN, J. G., "Artificial Intelligence, Threats, Challenges and Opportunities-Prometea, the First Predictive Artificial Intelligence at the Service of Justice is Argentinian", en *Revue Internationale de droit des données et du numérique*, vol. 4, 2018, pp. 17-36). Con esta misma orientación, pero sin un implante en la praxis judicial, se han creado otras herramientas por investigadores, como la que se creó en Reino Unido por Barot y Carter en 2008, denominada JAES (Judicial Advisory Expert System), para la implementación de un algoritmo Q-learning para optimizar el tiempo de toma de decisiones en el sistema judicial (cfr. BRENNAN, T., y DIETERICH, W., "Correctional Offender Management Profiles for Alternative Sanctions (COMPAS)", en Singh, J. P., Kroner, D. G., Wormith, J. S., Desmarais, S. L., y Hamilton, Z. (eds.), *Handbook of Recidivism Risk/Needs Assessment Tools*, John Wiley & Sons, 2018, pp. 49 y ss.; GIFFORD, R., "Legal technology: Criminal justice algorithms: AI in the court room", en *The Proctor*, vol. 38, n° 1, 2018, pp. 32 y ss).

⁹⁷ Más concretamente, la literatura científica ha establecido que las variables de predicción más fuertes de la reincidencia han sido las necesidades criminógenas, la historia criminal y de comportamientos antisociales, los logros sociales, la edad, el género, la raza y los factores familiares. Otros predictores menos robustos han sido el funcionamiento intelectual, los factores de angustia personal y el estatus socioeconómico en la familia de origen. A día de hoy, las herramientas actuariales para la evaluación del riesgo de reincidencia son instrumentos fundamentales para la toma de decisiones con consecuencias jurídicas. Para un metaanálisis sobre los predictores más importantes de la reincidencia en edad adulta, véase GENDREAU, P., LITTLE, T., y GOGGIN, C., "A meta-analysis of the predictors of adult offender recidivism: What works!", en *Criminology*, vol. 34, n° 4, 1996, pp. 575-607. Para el caso de reincidentes sexuales, véase el siguiente metaanálisis. HANSON, R. K., y BUSSIÈRE, M. T., "Predicting relapse. a meta-analysis of sexual offender recidivism studies", en *Journal of consulting and clinical psychology*, vol. 66, n° 2, 1998, pp. 348-362.

ceso judicial. Tales decisiones incluyen la formulación de políticas penitenciarias, la evaluación de programas de reinserción o reincidencia, la concesión de la libertad provisional y la libertad condicional, la reubicación del reo en uno u otro régimen penitenciario, así como otras cuestiones de especial relevancia de las que depende el grave perjuicio o, por el contrario, el importante beneficio de un sujeto⁹⁸. Del tal modo que, como sucedía con el primer conjunto de herramientas, el funcionamiento de este tipo de IA es el mismo, esto es, a partir de un set de datos se busca el establecimiento de patrones y relaciones entre variables; sin embargo, su principal diferencia estriba en que, en lugar de usar datos georreferenciados o metadatos, estos segundos propios de la investigación de cibercrimitos, las herramientas actuariales automatizadas se constituyen sobre los avances de las herramientas de valoración del riesgo de violencia y reincidencia que se están utilizando desde hace décadas en relación con delitos violentos, y que ya se están comenzando a exportar a otros ámbitos⁹⁹.

⁹⁸ RIZER, A., y WATNEY, C., *Artificial Intelligence Can Make Our Jail System More Efficient, Equitable and Just*, 2018 Disponible en Internet en <https://papers.ssrn.com>.

⁹⁹ Algunas de estas herramientas son: el HCR-20, que permite realizar un juicio profesional estructurado para la valoración y gestión del riesgo de violencia, DOUGLAS, K. S., HART, S. D., WEBSTER, C. D., y BELFRAGE, H., *Assesing risk for violence. Version 3*, Mental Health, Law and Policy Institute, Simon Fraser University, Burnaby, BC, 2013; el SAVRY, un juicio estructurado para la valoración y gestión del riesgo de violencia juvenil, BORUM, R., BARTEL, P., y FORTH, A., "Structured Assessment of Violence Risk in Youth", en Grisso, T., Vincent, G., y Seagrave, D. (eds.), *Mental Health Screening and Assessment in Juvenile Justice*, The Guilford Press, New York, 2005; el PCL-R, una escala revisada para evaluar la psicopatía, HARE, R. D., *The Hare Psychopathy Checklist-Revised*, 2ª Edición, Multi-Health Systems, Toronto, ON, 2003, también en su versión para jóvenes, el PCL: YV, FORTH, A. E., KOSSON, D. S., y HARE, R. D., *Hare psychopathy checklist: Youth versión*, Multi-Health Systems, Toronto, ON, 2003; el SVR-20 para un juicio estructurado del riesgo de violencia de carácter sexual, BOER, D. P., HART, S., KROPP, P. R., y WEBSTER, C. D., *The SVR-20 Guide for assessment of sexual risk violence*, Mental Health, Law and Policy Institute, Simon Fraser University, Vancouver, 1997; o la SARA para el caso concreto de la violencia contra la pareja, KROPP, P. R., HART, S., WEBSTER, C. D., y EAVES, D., *Manual for the Spousal Assault Risk Assesment Guide*, 2ª edición, British Columbia Institute on Family Violence, Vancouver, 1995.

Este es el caso de herramientas como COMPAS (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*), empleada en estados de Estados Unidos para evaluar el riesgo de reincidencia de los delincuentes desde una triple funcionalidad: a) usar principios basados en la evidencia, incluyendo la provisión de programas de rehabilitación para los prisioneros de mayor riesgo de reincidencia y presos en libertad condicional, y proporcionar otros tipos de programas para los prisioneros de bajo riesgo de reincidencia y presos en libertad condicional; b) ayudar al personal correccional a asignar a los reclusos correctos a los programas correctos en el momento adecuado, basándose en evaluaciones individuales de riesgos y necesidades y c) ayudar a reducir la probabilidad de que el recluso reincida cuando regrese a la sociedad¹⁰⁰. Con propósitos similares pero un alcance geográficamente más acotado, el equivalente europeo podría ser HART (*Harm Assessment Risk Tool*), utilizada en Durham para informarse sobre el riesgo de reincidencia del delincuente y, sobre la base de este pronóstico, decidir sobre la puesta en libertad o no del sujeto¹⁰¹. En ambos casos, y aunque de momento su uso es residual y requiere de una posterior supervisión humana, su generalización parece que va a más.

Para una revisión en castellano de los instrumentos disponibles en el campo de la valoración del riesgo de violencia y su aplicación, véase también ANDRÉS-PUEYO, A., y ECHEBURÚA, E., "Valoración del riesgo de violencia: instrumentos disponibles e indicadores de aplicación", en *Psicothema*, vol. 22, n° 3, 2010, pp. 403-409.

¹⁰⁰ BRENNAN, T., y DIETERICH, W., "Correctional Offender...", cit., pp. 49 y ss; GIFFORD, R., "Legal technology: Criminal justice algorithms: AI in the court room", en *The Proctor*, vol. 38, n° 1, 2018, pp. 32 y ss.

¹⁰¹ Según los diseñadores, el sistema ha sido programado para extremar la cautela, y lo más probable es que clasifique a los sospechosos como de riesgo medio o alto para evitar sugerir la liberación de alguien que pueda cometer un delito. Sin embargo, también apuntan a que la herramienta es limitada en el sentido de que sólo funciona con datos de la Policía de Durham, por lo que no puede tomar en cuenta los crímenes que tuvieron lugar fuera del área. Para un análisis más detallado, véase, OSWALD, M., GRACE, J., URWIN, S., y BARNES, G. C., "Algorithmic risk assessment policing models: lessons from the Durham HART model and 'Experimental' proportionality", en *Information & Communications Technology Law*, vol. 27, n° 2, 2018, pp. 223-250

4. RETOS DEL USO DE IA EN LA JUSTICIA CRIMINAL

4.1. *El reto de la criminalización: La respuesta penal ante nuevos riesgos de la IA*

El hecho de que ya se hayan constatado accidentes y otros daños distintos a los personales, como los económicos¹⁰², causados por robots, especialmente en el ámbito laboral, y también en el del tráfico rodado donde la conducción autónoma solo empieza a desarrollar sus primeros pasos, y el que algunas de las tecnologías de IA estén comenzando a basarse en modelos de aprendizaje en los que no es sencillo definir el curso causal de la decisión tomada por la máquina, han llevado a la doctrina a revisar si el modelo de responsabilidad de la teoría del delito es adecuado para tal reto y a proponer soluciones interpretativas respecto a las diferentes situaciones de accidentes causados por máquinas¹⁰³. Aunque la conclusión general a la que se llega es la de que mientras no pueda atribuirse autonomía a las entidades con IA el sistema de la teoría del delito, o mejor, los sistemas, para diferenciar el del Derecho penal anglosajón del continental, siguen siendo ante estos casos totalmente válidos

¹⁰² Lo cual también obviamos en muchas ocasiones. Respecto a la realización de daños económicos y de delitos socioeconómicos graves por medio del uso de algoritmos véase en general, RYDER, N (Ed.), *White Collar Crime and Risk. Financial Crime, Corruption and the Financial Crisis*, Palgrave Studies in Risk, Crime and Society, Palgrave Macmillan, London, 2018, y particularmente en esa obra, BAKER, A., "Market Abuse and the Risk to the Financial Markets", pp. 141 y ss.

¹⁰³ Véase DOUMA, R., y PALODICHUK, S. A., "Criminal Liability Issues Created by Autonomous Vehicles", en *Santa Clara L. Rev.*, vol. 52, 2012, pp. 1157-1169; GLESS, S., SILVERMAN, E., y WEIGEND, T., "If Robots Cause Harm, Who Is to Blame? Self-Driving Cars and Criminal Liability", en *New Criminal Law Review: In International and Interdisciplinary Journal*, vol. 19, n° 3, 2016, pp. 412-436; HALLEVY, G., "The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities-from Science Fiction to Legal Social Control", en *Akron Intellectual Property Journal*, vol. 4, n° 2, 2010, pp. 176-177, MIN-JE, B., "The Study on the Criminal Subject and Liability of AI Robots", en *International Journal of Justice and Law*, vol. 2, n° 2, 2017, pp. 15-21, GURNEY, J. K., "Driving into the unknown. Examining the crossroads of criminal law and autonomous vehicles", en *Wake Forest JL & Pol'y*, n° 393, 2015, y el mismo, en Gurney, J. K., "Crashing into the unknown. An examination of crash-optimization algorithms through the two lanes of ethics and law", en *Alb. L. Rev.*, n° 79, 2015, pp. 183 y ss.

para resolver los diferentes problemas causales y de atribución de responsabilidad, generalmente imprudente¹⁰⁴, resulta esencial monitorizar la evolución de la IA desde una perspectiva de atribución de responsabilidad para evitar llegar a situaciones en las que el aprendizaje de las máquinas no permita decir que nadie haya tomado una decisión negligente pese a que existan daños. Y no solo eso. Muchos de los dilemas que están detrás de lo que se han denominado decisiones éticas críticas aplicables a la conducción autónoma pero, también, a muchas situaciones de riesgo en relación con el actuar de “máquinas inteligentes” que han dado lugar a importantes debates éticos¹⁰⁵, están íntimamente relacionadas con la atribución de responsabilidad penal, como sucede en particular con los dilemas de estado de necesidad que brillantemente ha analizado para la cuestión de la conducción autónoma Coca Vila¹⁰⁶, mostrando que el sistema de la teoría del delito, enraizado en la tradición filosófica y en la eterna pelea entre el consecuencialismo y el utilitarismo, puede ser un aliado para alcanzar las mejores decisiones éticas en la construcción de tales IA.

Sin embargo, el principal reto inmediato del Derecho penal sustantivo en las próximas décadas probablemente no consista tanto en la adecuación de la parte general, del sistema de atribución de responsabilidad penal, a la IA, como en la transformación de la parte especial por medio de la creación de nuevas figuras delictivas que protejan adecuadamente nuevos y viejos intereses que se pueden ver afectados por los algoritmos de IA

¹⁰⁴ Véase por todos, respecto al sistema anglosajón, HALLEVY, G., *When Robots kill* ., cit.; y al continental, HILGENDORF, E., “Können Roboter ..”, cit.

¹⁰⁵ Véase sobre la toma de decisiones éticas, GOODALL, N., “Ethical decision making during automated vehicle crashes”, *Transportation Research Record: Journal of the Transportation Research Board*, vol. 2424, 2014, pp. 58-65; GOODALL, N. J. “Machine Ethics and Automated Vehicles”, en Meyer G., y Beiker, S. A. (eds.), *Road Vehicle Automation*, Springer, Berlin, 2014; y también BOSTROM, N., y YUDKOWSKY, E., “The Ethics of Artificial Intelligence”, en Frankish, K., y Ramsey, W. M. (eds.), *Cambridge Handbook of Artificial Intelligence*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2013.

¹⁰⁶ COCA VILA, I., “Self-driving Cars in Dilemmatic Situations: An Approach Based on the Theory of Justification in Criminal Law”, en *Criminal Law and Philosophy*, vol. 12, nº 1, 2018, pp. 59-82.

que ya existen y los potenciales riesgos que conllevan. Para ello es necesario tratar de identificar las principales características de estos sistemas de IA ya existentes que les pueden convertir tanto en amenazas para intereses, viejos y nuevos, dignos de tutela como, a su vez, en valores necesitados de protección y contrastar tales amenazas con la regulación de los delitos específicos en los distintos códigos penales, para analizar si los mismos responden adecuadamente o si requieren de reformas y adaptaciones tanto en forma de modificaciones puntuales, como por medio de la creación de nuevos delitos que protejan nuevos intereses o que castiguen conductas ahora lesivas o peligrosas, además de determinar el rol del Derecho penal en relación con los otros órdenes jurídicos e, incluso, con otros sistemas de regulación formal o social.

Al ser el objetivo la determinación de si los tipos penales actuales pueden responder adecuadamente a los nuevos intereses y a las nuevas amenazas a los mismos relacionados con el desarrollo de la IA, es importante superar la visión fenoménica y adoptar un enfoque más axiológico en el que se identifiquen las características de riesgo que son distintas en esta tecnología a las del actuar humano o corporativo sin la misma y que serán las que puedan llevarnos a la modificación de nuestro Derecho penal sustantivo¹⁰⁷. La pregunta relevante, por tanto, sería algo así como ¿qué aporta la IA que el actuar humano y el dominio instrumental de las máquinas existente en la actualidad

¹⁰⁷ Es interesante en sentido similar el intento de YAMPOLSKIY, R. V., "Taxonomy of pathways to dangerous artificial intelligence", en *Workshops at the Thirtieth AAAI Conference on Artificial Intelligence*, 2016, de clasificar las posibles amenazas en relación con los delitos que se pueden cometer mediante IA mediante dos ejes. El primero tiene en consideración el estado de desarrollo de la tecnología, diferenciando entre la fase de diseño y la fase de utilización. Es decir, pueden surgir amenazas relativas a la propia creación de la IA, como sería la creación una IA maliciosa y, por otro lado, amenazas posteriores, relacionadas con el uso de esta IA maliciosa o, con un uso inadecuado de una IA aparentemente benigna o. El segundo eje se centra en la intencionalidad y el origen, entendiendo que se pueden realizar modificaciones en la IA de forma deliberada o accidental y que además pueden surgir modificaciones provocadas por el entorno o, incluso automodificaciones realizadas por el propio sistema. En total por lo tanto tendríamos un cuadro de dos ejes (2 x 4) que nos proporciona un total de ocho categorías.

no tienen? Es obvio que las tecnologías de IA suponen, frente al actuar humano actual en el que también se utilizan máquinas o programación informática, cambios significativos en procesos y en resultados (que solo empezamos a intuir) en términos de eficiencia, escalabilidad, automatización¹⁰⁸, y en particular, a mi parecer, hay dos elementos esenciales que pueden tener especial incidencia en la necesidad de modificar el sistema penal: por un lado, la eficiencia y escalabilidad de la IA, que permite mejorar la capacidad de éxito de cada acción, incrementando el volumen de acciones que se pueden realizar e identificando a los objetivos de manera más eficiente y reduciendo los costes económicos y personales de la actividad¹⁰⁹. Es obvio que esto podría afectar significativamente a la lesividad potencial de esta tecnología al acrecentar potencialmente tanto la tasa de éxito como la de daño asociada a la finalidad del que la usa y que puede contrastar con el modo en que los códigos penales tienen en cuenta actualmente la mayor ofensividad a la hora de delimitar el merecimiento punitivo. Por otro lado, la potencial capacidad

¹⁰⁸ Brundage *et al* indican además varias capacidades y cualidades de la IA en comparación con las humanas y que son de interés criminológico, destacando entre ellas el ser más hábiles y eficientes que los humanos, tener un bajo coste, una alta escalabilidad, mayor anonimato y distancia con el objetivo (BRUNDAGE, M., *et al.*, "The malicious use of artificial intelligence. Forecasting, prevention, and mitigation", en *arXiv preprint arXiv:1802.07228*, 2018).

¹⁰⁹ El uso de la IA permite cometer delitos que serían imposibles de realizar por un humano, como por ejemplo replicar el aspecto de una persona mediante los conocidos "deepfakes" (sobre las capacidades de los *Deepfakes*, ver MARAS, M. H., y ALEXANDROU, A., "Determining authenticity of video evidence in the age of artificial intelligence and in the wake of Deepfake videos", en *The International Journal of Evidence & Proof*, vol. 23, nº 3, 2019; y también CHESNEY, R., y CITRON, D., "Deepfakes and the new disinformation war. The coming age of post-truth geopolitics", en *Foreign Aff.*, vol. 98, 2019, p. 147; entre otros. Algo similar ocurre con los *chatbots*: Un sistema puede mantener miles de conversaciones fraudulentas, en distintos idiomas y personalizadas a la vez mediante *chatbots* y con un menor riesgo de identificación gracias a la protección que proporciona el anonimato y eliminando el posible impacto emocional que supone el contacto directo con una víctima. Véase HILL, J., FORD, W. R., y FARRERAS, I. G., "Real conversations with artificial intelligence: A comparison between human-human online conversations and human-chatbot conversations", en *Computers in human behavior*, vol. 49, 2015, pp. 245-250.

de "actuar autónomo", o cuanto menos de control no contingente, de las máquinas de IA, también puede incrementar las posibilidades de realizar crímenes a distancia y sin el temor a "ser cazado" que puede existir en relación con acciones contingentes, pero sobre todo puede dar lugar a la creación de organismos o entidades que hagan acciones sin control contingente humano. En relación con lo que nos interesa, con cómo puede esto contrastar con el sistema penal tradicional, la autonomía se relaciona con la cuestión de la atribución de responsabilidad sobre la base del control y conocimiento sobre los actos y resultados, que puede llevar a tener que replantear la creación de nuevos delitos imprudentes o de peligro cuando se diseñen o desarrollen determinadas máquinas capaces de actuar "por su cuenta" y de causar acciones lesivas que, sin embargo, no pueden haber sido previstas por el diseñador.

Dada la amplitud funcional de la IA esta necesidad de adaptación del sistema penal a los nuevos riesgos de la IA se puede dar en muy distintos ámbitos, pero hay algunos en los que se hace particularmente evidente. En relación con la protección de la vida y la salud de las personas habrá que tener en consideración en particular la necesidad de regular los riesgos derivados de las armas letales autónomas, con capacidad para localizar objetivos y acabar con ellos, que son una realidad en el presente, y que podrían ser usadas por grupos de delincuencia organizadas para realizar ataques a distancia aumentando la seguridad en la ejecución. También habrá que revisar la adecuación del sistema de responsabilidad penal ante los riesgos, tanto en el diseño como por su potencial uso malicioso, de robots industriales y otros con gran capacidad lesiva, y que pueden exigir incluso la tipificación expresa de la creación o desarrollo de ciertas entidades autónomas con gran capacidad de riesgo para bienes de tanto interés como la vida o la salud. También en relación con estos bienes hay que tener en cuenta la conducción autónoma y la necesidad de revisar si nuestro sistema de responsabilidad es el adecuado para todos los problemas, tanto en fase de diseño como de implementación y uso de la IA, derivados de la causación de resultados lesivos contra la salud.

El que el ciberespacio constituya un ámbito digitalizado convierte al cibercrimen en un campo abonado para el uso de IA y para el perfeccionamiento y mejora de ciberdelitos ya exis-

tentes dirigidos a la obtención de un lucro patrimonial. Así, las técnicas de aprendizaje automático para elaborar mensajes personalizados facilitarán la personificación de los mensajes e incrementarán su eficacia y rentabilidad¹¹⁰ además de que los *deepfakes* ayudarán a hacer los típicos mensajes de *scam* mucho más creíbles. Todo ello obligará a replantear la necesidad de incluir nuevos preceptos penales relacionados con la suplantación de identidad o de protección anticipada de la seguridad cibernética en relación con el patrimonio. Y no solo el patrimonio sino también el propio Orden económico puede ser afectado por el uso de esta tecnología. La inteligencia artificial está cada vez más presente en el sector financiero y el comercial, facilitando y mejorando las capacidades predictivas, el servicio de atención al cliente, las tareas de *compliance* o de ciberseguridad. Y junto a estas ventajas aparecen ciertos riesgos en relación con la adquisición, uso, gestión, distribución y acceso a los datos y los resultados no deseados en los mercados. Algunas de las técnicas ya analizadas de IA pueden ser empleadas para la manipulación de mercados, mediante agentes virtuales que realizan operaciones económicas dirigidas a modificar los precios e influir en el mercado. Y si bien estas tecnologías pueden ser empleadas de forma maliciosa, no es descartable que, en el futuro, el diseño de algoritmos y herramientas para la maximizar beneficios tengan comportamientos no contemplados por su creador y que deba replantearse incluso el uso de las mismas bajo algún tipo de responsabilidad penal por negligencia en el caso de resultados lesivos graves.

Los datos personales, configuradores de la privacidad y en algunos casos de la intimidad personal, constituyen la materia prima esencial de los algoritmos de IA y no cabe duda de que habrá que repensar la protección penal de los mismos quizás dentro de muy poco tiempo. Además, existen en la actualidad distintas tecnologías de IA capaces de replicar con gran exactitud parámetros biométricos, reproducir imagen, voces o incluso objetos, con unas capacidades superiores a las humanas y otro

¹¹⁰ SEYMOUR, J., y TULLY, P., "Weaponizing data science for social engineering: Automated E2E spear phishing on Twitter", en *Black Hat USA*, vol. 37, 2016.

tipo de tecnologías. Es por ello por lo que la IA puede convertirse en unta tecnologías de utilidad para realizar falsificaciones de documentos, firmas o parámetros biométricos y quizás haya que revisar el modo en que se tutelan penalmente tales intereses. Por otra parte, en la actualidad no son pocos los casos en los que se difunden imágenes íntimas de una persona sin su consentimiento e incluso se solicitan favores bajo amenaza de publicar dichas imágenes. Con los *deepfakes* ya mencionados anteriormente, estos delitos toman una nueva dimensión, ya que esas imágenes pueden incluso no ser reales y no es necesario por tanto obtener imágenes íntimas previamente. Un autor puede también crear un *bot* social como instrumento de acoso que difunda mensajes de odio contra una persona¹¹¹ o una comunidad, incluso crear una compleja red de perfiles falsos que hostiguen de manera directa e indirecta, mediante retuits, likes, etc.¹¹². Es posible que la regulación penal actual pueda dar respuesta a todas estas conductas, pero quizás sea necesario replantear la lesividad de las conductas que, con la IA, puede ser mucho mayor.

Y hay muchos más intereses, y muchos más ámbitos de intervención penal, como hemos señalado, que pueden ser afectados por la irrupción de la IA. La IA puede ser fundamental para facilitar el tráfico y la venta de sustancias prohibidas¹¹³. En particular los drones y otros vehículos no tripulados son un claro ejemplo de los riesgos que plantea el uso dual de la IA, pues pueden usarse también para actividades ilegales como tráfico de drogas o armas, e incluso puede permitir realizar ataques de forma remota depositando sustancias peligrosas como explosivos, y todo ello garantizando una mayor seguridad para el delincuente y disminuyendo la barrera psicológica que supo-

¹¹¹ McKELVEY, F., y DUBOIS, E., "Computational propaganda in Canada: The use of political bots. Computational propaganda research project", *Working paper* n° 2017.6, 2017.

¹¹² Ídem, p. 16.

¹¹³ KING, T. C. *et al.*, "Artificial intelligence crime: An interdisciplinary analysis of foreseeable threats and solutions", en *Science and engineering ethics*, vol. 26, n° 1, 2020, pp. 89-120; KALOUDI, N., y LI, J., "The AI-Based Cyber Threat Landscape: A Survey", en *ACM Computing Surveys (CSUR)*, vol. 53, n° 1, 2020, pp. 1-34.; BRUNDAGE, M., *et al.*, "The malicious...", cit.

ne la perpetración de delitos como los de terrorismo según la Europol¹¹⁴, los aviones teledirigidos representan una amenaza de alcance mundial en forma de contrabando automatizado de drogas y el uso de submarinos por control remoto ya ha sido detectado por cuerpos de seguridad¹¹⁵. También encontramos un claro uso dual de los bots sociales, que pueden usarse para anunciar y vender productos legales o ilegales.

Y todo esto en relación con delitos tradicionales, o de protección de intereses dignos de tutela ya reconocidos. Pero es que el desarrollo de la IA ha dado lugar además de a nuevos riesgos relacionados con delitos clásicos a otras amenazas a intereses existentes pero que hasta el momento no habían requerido de protección. El ejemplo más evidente es el de la amenaza que el fenómeno de la desinformación, íntimamente relacionado con la tecnología de la IA, ha supuesto para la democracia y que ha llevado a que se plantee la posibilidad de una regulación específica en el ámbito penal. Pero también se plantea la posibilidad de una tutela autónoma de la identidad y seguridad digital, separadas de la protección del patrimonio o la privacidad, ante las posibilidades lesivas que brinda esta tecnología e incluso la de otros intereses nuevos que puedan surgir como una tutela reforzada de la dignidad personal ante formas extremas de discriminación algorítmica.

4.2. El reto de la privacidad: privacidad y proliferación del uso de IA en el sistema penal a penal

Las IA, como se ha tenido la oportunidad de analizar, se alimentan de información, de grandes cantidades de datos de diferente naturaleza correspondientes con la de las variables que son tomadas en consideración en cada caso por el algoritmo predictivo. Y en comparación con tiempos anteriores en los que los datos se cedían de forma más o menos consciente, hoy la recopilación de grandes cantidades de datos referidos a múltiples esferas del actuar cotidiano de los ciudadanos es enormemente

¹¹⁴ Véase EUROPOL, *Serious and organised crime threat assessment*, 2017 Disponible en. <https://www.europol.europa.eu>

¹¹⁵ SHARKEY, N, "Saying 'no!' to lethal autonomous targeting", en *Journal of Military Ethics*, vol. 9, nº 4, 2010.

sencilla, masiva y apenas requiere de ningún tipo de comportamiento activo por parte de quien cede la información. Esto ha llevado a una preocupación creciente, cuanto menos aparente, de las administraciones públicas por la necesidad de proteger, más allá de la propia intimidad, la privacidad; esto es, al reconocimiento a nivel tanto nacional como internacional de la necesidad de la “protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales” como un derecho fundamental¹¹⁶. De hecho, cabría no olvidar cómo, a nivel nacional, esta fundamentalidad e interés protector ya venía incorporado a nuestra Carta Magna en su artículo 18, y en particular en el 18.3 que preserva la intimidad de las comunicaciones y el 18.4¹¹⁷ que protege la intimidad informática o hábeas data¹¹⁸. Este interés protector fue posteriormente desarrollado por la L.O. 5/1992, sustituida por la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter personal, con una regulación más amplia y exhaustiva, que en su Exposición de Motivos daba cuenta de la necesidad de proteger la privacidad como concepto más amplio que la intimidad¹¹⁹ por su vulnerabilidad ante

¹¹⁶ Así lo dice la Directiva (EU) 2016/679 en su primer considerando; el art. 8, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (“la Carta”) y el art. 16, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establecen que toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan.

¹¹⁷ Art. 18.3: “Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”. Art. 18.4: “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”.

¹¹⁸ LÓPEZ BARJA DE QUIROJA, J., “La intimidad después de la Reforma del artículo 197 del Código Penal: La divulgación sin consentimiento de imágenes o grabaciones obtenidas con consentimiento”, en Bacigalupo Saggesse, S., Feijoo Sánchez, B., y Echano Basaldúa, J. I. (coord.), *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, pp. 1024 y ss.

¹¹⁹ De hecho, en la propia Exposición de Motivos el legislador conceptualiza la privacidad como “un 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 este tiene derecho a mantener reservado. Y si la intimidad, en sentido estricto, está suficientemente protegida por las previsiones de los tres pri-

su exposición al “desarrollo progresivo de las técnicas de recolección y almacenamiento de datos y de acceso a los mismos” y que, tal y como afirma Gutiérrez Francés, “abrió una nueva etapa con el reconocimiento y tutela de la privacidad, primero en el orden administrativo, y luego, a partir de 1995, refrendado en el orden penal”¹²⁰. A pesar de que la intimidad, *stricto sensu*, y la privacidad en un sentido más amplio, ha conllevado largas discusiones e interpretaciones dogmáticas¹²¹, hoy en día resulta innegable para la doctrina que la intimidad, como unidad mínima por su conexión con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad¹²², constituye un derecho fundamental del individuo. Y esto porque la misma concede ciertas esferas al individuo indispensables para el correcto desenvolvimiento en sociedad al configurarse como aquella “parcela de la vida que se considera

meros párrafos del artículo 18 de la Constitución y por las leyes que los desarrollan, la privacidad puede resultar menoscabada por la utilización de las tecnologías informáticas de tan reciente desarrollo”.

¹²⁰ GUTIÉRREZ FRANCÉS, M. L., “La privacidad en el espacio virtual (riesgos y cauces de protección)”, en Velásquez Velásquez, F., Vargas Lozano, R., y Jaramillo Restrepo, J. D., *Derecho penal y nuevas tecnologías. A propósito del Título VII Bis del Código Penal*, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, D. C., 2016, p. 125. Así, tal y como explica MORÓN LERMA, E., “Intención del agresor y ataque a la intimidad”, en Quintero Olivares, G., y Morales Prats, F. (coord.), *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Elcano, Navarra, 2001, pp. 1609 y ss, la doctrina apreció positivamente la sistemática de la criminalización de los delitos contra la intimidad en el Código penal en comparación a la anterior regulación, dando respuesta a casos que anteriormente habían quedado sin tutela a pesar de que vulneraban flagrantemente este derecho personalísimo al que la Constitución española le había dado carta de naturaleza de derecho fundamental. Por ejemplo, uno de estos supuestos sería, tal y como lo reseña GUTIÉRREZ FRANCÉS, M. L., “La privacidad...”, cit., el de “Publi Gest”

¹²¹ Véase profusamente RUEDA MARTÍN, M. A., *La nueva protección de la vida privada y de los sistemas de información en el Código Penal*, Atelier, Barcelona, 2018

¹²² Así, la STC nº 17/2013, de 31 de enero, recuerda que “constituye doctrina consolidada de este Tribunal que el derecho a la intimidad personal garantizado por el art 18 CE, estrechamente vinculado con el respeto a la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario,

no solo secreta sino absolutamente privada y reservada para uno mismo”¹²³ y que lleva intrínsecamente consigo la posibilidad de excluir a otros de dicha parcela. Y lo mismo cabría decir del derecho a la privacidad y, por extensión, de privacidad informática, al plantear un concepto que incluye la posibilidad de disponer de aquellos datos que, no siendo propios del núcleo duro de la intimidad, como podrían ser aquellos que desvelan las características más personales del individuo, lo hacen respecto de otras características que, unidas todas ellas de manera coherente, podrían dar lugar a la concreción y perfilación de alguien específico¹²⁴, sobre lo que volveré más adelante dado que sobre ello versará el siguiente punto de este trabajo.

Sin embargo, es ese mismo incremento exponencial de las posibilidades que hoy ofrecen las tecnologías para la recogida y análisis de grandes cantidades de datos y su uso por parte de las administraciones lo lleva a escenarios de posibles afectaciones, e incluso afectaciones “supuestamente legítimas” por parte del Estado, que subvierten el inicial interés limitador que los derechos fundamentales tienen frente a los poderes públicos, y que ahora han acabado socavando los argumentos de seguridad, prevención e investigación del delito¹²⁵. Dicho de otro modo,

según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana. Además el art 18 CE confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros, sean estos poderes públicos o simples particulares (STC 85/2003, de 8 de mayo, F 21), el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido, y de ello se deduce que el derecho fundamental a la intimidad personal otorga cuanto menos una facultad negativa o de exclusión, que impone a terceros el deber de abstención de intromisiones salvo que estén fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada, o que exista un consentimiento eficaz que lo autorice, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno (STC 206/2007, de 24 de septiembre, F 5, por todas)”.¹²³

¹²³ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., “La intimidad...”, cit., p. 1023

¹²⁴ De hecho, tal y como explica LÓPEZ BARJA QUIROGA, J., “La intimidad...”, cit., p. 1024, el derecho a la privacidad que surge como concepto anglosajón y elaborado por el juez americano Cooley, surge como el “derecho a ser dejado en paz”, y que sugiere la posibilidad de controlar por el individuo todo aquello que concierne a todos los aspectos de su intimidad.

¹²⁵ Tal y como afirma GUTIÉRREZ FRANCES, M. L., “La privacidad...”, cit., p. 127, el volumen de información que existe sobre el ciudadano en el ci-

no es algo nuevo ver cómo la seguridad del Estado, la defensa o la seguridad pública han terminado por viciar progresivamente aquella voluntad germinal de proteger la privacidad y la intimidad como aquel derecho fundamental que abre y atraviesa la Directiva 2016/679 con el desarrollo del Reglamento General de Protección de Datos, y que ha dado como resultado numerosas referencias en las que se explicitan excepciones para los que el tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales no tiene por qué estar sujeto estrictamente al reglamento¹²⁶.

Parece, pues, que el tratamiento automatizado, semiautomatizado o manual de datos personales por los sistemas policiales o judiciales europeos vaya a estar más sujeto a una lógica de carta blanca y de afectación a la privacidad indiscriminada bajo el pretexto de una lucha eficaz contra la delincuencia, que a una protección efectiva de los ciudadanos. Directivas europeas como la 2016/680, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo, se han acabado convirtiendo en instrumentos jurídicos vinculantes a todos los Estados miembros que, más allá de ensayar nuevas fórmulas para mejorar y facilitar el trabajo de las

berespacio es cada vez mayor, el contenido de dicha información es cada vez más completo, “comprendiendo ahora datos más sensibles y personalísimos”, y dicha información es vulnerable ante conductas ilegítimas no solo respecto de otros individuales o empresas, sino del propio Estado, que cada vez dispone de más información sobre la ciudadanía

¹²⁶ De acuerdo con el art. 2 2 de la Directiva (EU) 2016/679: El presente Reglamento no se aplica al tratamiento de datos personales: a) en el ejercicio de una actividad no comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión; b) por parte de los Estados miembros cuando lleven a cabo actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del capítulo 2 del título V del TUE; c) efectuado por una persona física en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas; d) *por parte de las autoridades competentes con fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales, o de ejecución de sanciones penales, incluida la de protección frente a amenazas a la seguridad pública y su prevención.* Las cursivas son nuestras.

fuerzas policiales y judiciales en el intercambio de información, han acabado legitimando un tratamiento de datos personales cada vez más diversos, aparentemente indirectos, pero que formando parte de un conjunto de datos mayor y más estructurado incrementa significativamente la capacidad de las agencias de seguridad de identificar a individuos concretos. Y lo mismo cabrá esperar del futuro Reglamento *e-Privacy*¹²⁷ que, pese a su aparente rigidez¹²⁸, ya establece en su propuesta que serán posibles las excepciones conforme a fines legítimos.

En nuestro país, encontramos la excepcionalidad a la protección de la privacidad de los ciudadanos en la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y regulación de las medidas de investigación tecnológica. Bajo el pretexto de que “renovadas formas de delincuencia ligadas al uso de las nuevas tecnologías han puesto de manifiesto la insuficiencia de un cuadro normativo concebido para tiempos bien distintos”, el legislador habilita a nuestras agencias de seguridad para el ejercicio de la intromisión en datos personales con el objetivo de descubrir e investigar la comisión de delitos, proporcionando poderosas herramientas de investigación a los poderes públicos. En este sentido, si bien las nuevas previsiones que configuran lo que, con acierto, Cuerda Arnau ha denominado la “tecnovigilancia”¹²⁹ han sido en parte bien recibidas por la doctrina¹³⁰ puede que por su mera positiviza-

¹²⁷ Véase la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el respeto a la vida privada y la protección de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas y por el que se deroga la Directiva 2002/58/CE (Reglamento sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas). Disponible en Internet en: <https://eur-lex.europa.eu>.

¹²⁸ ORTIZ LÓPEZ, P., “Regulando la privacidad del futuro. Análisis de la Propuesta de Reglamento Europeo de *e-Privacy* y su interconexión con el Reglamento General de Protección de Datos”, en *Diario La Ley*, nº 10, 2017.

¹²⁹ CUERDA ARNAU, M. L., “La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tecnovigilancia. Visión de conjunto”, en Alonso Rimo, A., Cuerda Arnau, M. L., y Fernández Hernández, A. (dirs.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 509 y ss

¹³⁰ *Ibidem*; RIDAURA MARTÍNEZ, M. J., “El legislador ausente del artículo 18.3 de la Constitución (la construcción pretoriana del derecho al secreto de las comunicaciones)”, en *Revista de Derecho Político*, nº 100, 2017, p. 391.

ción¹³¹, no han pasado inadvertidas las previsiones que fácilmente pueden sucumbir a la ausencia de las garantías propias de un Estado Social y Democrático de Derecho en el acceso y tratamiento de los datos personales. Me refiero a como bien advierte Cuerda Arnau a los peligros inherentes “a las vigilancias sistemáticas que, al amparo de labores de investigación, terminan por ser un modo de recopilación de datos de ciudadanos que se limitan a ejercer derechos fundamentales”¹³². Y todo ello en atención a tres extremos habilitantes que establece la Ley: 1) el establecimiento como presupuesto suficiente para legitimar las intromisiones en la intimidad y la privacidad por parte de los poderes del Estado basado en la necesidad de investigación ya no de posibles delitos de terrorismo, sino de cualquier delito cometido a través de instrumentos informáticos o cualquier otra tecnología de la información o la comunicación, de conformidad con el artículo 588 ter a., para el caso de las interceptaciones de las comunicaciones telefónicas y telemáticas o el artículo 588 septies a., para los registros remotos sobre equipos informáticos; 2) los plazos excesivos previstos para este tipo de intromisiones que pueden llegar hasta los dos años¹³³, y 3) por las excepciones bajo la denominación de “urgente”, que permite la intromisión en las comunicaciones sin autorización judicial

¹³¹ Ya que anteriormente no estaba prevista la intromisión en las comunicaciones telemáticas. Dicha ausencia permitía la comisión de determinadas arbitrariedades utilizada por los poderes de investigación para intervenir en todo tipo de comunicaciones sin haber previsión legal que así lo estableciera. Dicho de otro modo, tal y como explica LÓPEZ-BARAJAS PERA, I., “Garantías constitucionales en la investigación tecnológica del delito: previsión legal y calidad de la ley”, en *Revista de Derecho Político*, n° 98, 2017, p. 114, “la comunicación telemática deja de tratarse como accesoria o instrumental de la comunicación telefónica”.

¹³² CUERDA ARNAU, M. L., “La reforma...”, cit., p. 523.

¹³³ El art. 588 ter g LECrim establece que la intervención de las comunicaciones tendrá un plazo inicial de tres meses, pero se podrá prorrogar hasta dos años. Lo mismo sucede con la medida de utilización de dispositivos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización, tal y como advierte BUENO DE MATA, F., “Comentarios y reflexiones sobre la Ley Orgánica 13/2015 de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica”, en *Diario La Ley*, n° 8792, 2016.

previa tensionando así la regla general que más garantías ofrece al ciudadano¹³⁴.

¿Pero qué tipo de datos personales pueden ser recopilados y utilizados con estos fines? Ciertamente, y reitero que con un carácter vinculante a todos los Estados miembros, la Directiva 2016/679 no deja ninguna duda acerca de lo que debemos entender tanto como dato personales a proteger, como a vulnerar en situaciones de excepcionalidad: a saber, “toda información sobre una persona física identificada o identificable; se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona”. Y pese a que esto dota al Reglamento de una mayor seguridad jurídica, a mi parecer, la tendencia se invierte cuando hablamos de los metadatos aplicados a la identificación de sujetos por medio de su huella digital, inspiradoras en gran parte de las arquitecturas de las IA actuales para la investigación criminal *online*, y que la directiva pretende saturar con la expresión de “identificadores en línea”. Bajo esta denominación se pueden incluir numerosas fuentes de nuevos tipos de datos derivados de la actividad de los usuarios con las TIC, y que integran en sus procesos analíticos variables como por ejemplo el medio de creación de los datos, finalidad de los datos, hora y fecha de creación, creador o autor de los datos, ubicación en una red informática donde se crearon los datos, normas utilizadas, tamaño de archivo, calidad de los datos, fuente de los datos, proceso utilizado para crear los datos, entre otros metadatos, que han mostrado una igual o superior capacidad para la identificación de sujetos concretos¹³⁵. Esta miopía técnica del legislador

¹³⁴ GONZÁLEZ NAVARRO, A., “El uso de nuevas tecnologías en la investigación de delitos de terrorismo”, en Alonso Rimo, A., Cuerda Arnau, M. L., y Fernández Hernández, A. (dirs.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 558.

¹³⁵ SEKARA, V., MONES, E., y JONSSON, H., *Temporal Limits of Privacy in Human Behavior*, 2018. Disponible en: [arXiv preprint arXiv:1806.03615](https://arxiv.org/abs/1806.03615)

podría quedar parcialmente justificada ante las enormes dificultades existentes para la cuantificación y calificación de un número de atributos o metadatos altamente fluctuante y que es resultado de las constantes actualizaciones de las plataformas digitales, especialmente de redes sociales¹³⁶, y cuya inobservancia, sea cual sea el fin al que respondan, puede comprometer la correcta aplicabilidad de los principios básicos de protección de datos, esto es, la legalidad, equidad y transparencia, tan relevantes en un ámbito tan sensible como es el de la prevención e investigación del delito.

Es por ello que, ante este escenario caracterizado por un incremento significativo de los datos, los cuales son más y más diversos hoy, se invoca la necesidad de recuperar la máxima teleológica de que la privacidad y la intimidad de las personas merece una especial protección gubernamental. Y esto es algo que en la actualidad ha llevado al desarrollo de algunas herramientas o procedimientos de protección de la privacidad de enorme interés. Entre ellos, como bien analiza Valls¹³⁷, uno de los principales instrumentos para la evaluación del impacto en la protección de la privacidad es el PIA (*Privacy Impact Assessment*)¹³⁸, el cual refiere a la obligación del responsable del tratamiento de datos de efectuar una evaluación de impacto y de documentarla antes de iniciar el tratamiento de datos previsto, muy especialmente en tres supuestos estrechamente relacionados con el uso de IA y que pueden resultar en un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas. Hablamos más concretamente de 1) una evaluación sistemática y extensa de los aspectos personales de un individuo, incluido el

¹³⁶ GHOSH, I., y SINGH, V. K., "Predicting privacy attitudes using phone metadata", en Xu, K., Reitter, D., Lee, D., Osgood, N. (eds.), *Social, Cultural, and Behavioural Modeling*, SBP-BRIMS 2016. Lecture Notes in Computer Science, vol 9708, Springer, Cham, 2016, pp. 51-60.

¹³⁷ Sobre el alcance y fundamento jurídico del *Privacy Impact Assessment*, cfr. VALLS PRIETO, J., *Problemas jurídico penales asociados a las nuevas técnicas de prevención y persecución del crimen mediante inteligencia artificial*, Dykinson, Madrid, 2018, y VALLS PRIETO, J., "El uso de inteligencia artificial para prevenir las amenazas cibernéticas", en *Retos Jurídicos por la sociedad digital*, 2018.

¹³⁸ Véanse arts. 35 y 36 y considerandos (89) a (96) del GDPR.

perfil; 2) procesamiento de datos confidenciales a gran escala y el 3) monitoreo sistemático de áreas públicas¹³⁹.

4.3. El reto de la equidad: La Justicia penal ante los riesgos de la discriminación algorítmica

La introducción y utilización de las IA en el sistema de justicia penal ha llevado a que algunas voces adviertan de otros riesgos relacionados con su uso, distintos a la potencial afectación a la privacidad, que podrían surgir y perturbar la propia eficacia del sistema de justicia y valores fundamentales como la propia igualdad de las personas¹⁴⁰. Lo cierto es que pese a la legitimidad del uso de este tipo de sistemas, ya analizada en líneas generales, y pese a que la implantación de mejoras para la prevención e investigación policial de la delincuencia o para la determinación judicial del delito debe ser vista a priori como algo positivo, la nueva investigación criminal basada en el tratamiento automatizado de grandes cantidades de datos está sufriendo tal profunda transformación que nos obliga a reflexionar y tomar en consideración las múltiples implicaciones éticas que la misma conlleva.

En particular, resulta digna de consideración la potencial afectación al correcto funcionamiento del sistema de justicia en un Estado Social y Democrático de Derecho, particularmente en lo que se refiere al trato equitativo a todas las personas evitando cualquier tipo de discriminación. La aplicación equitativa de la justicia penal podría verse en riesgo por la potencial discriminación algorítmica derivada de la utilización de la IA para la perfilación de individuos, de colectivos, de áreas urbanas; para la búsqueda de mensajes de radicalización o la identificación de mensajes radicales; para la distribución de los recursos policiales y del patrullaje, para la selección de los lugares donde se ubican los radares de velocidad, etc. El riesgo aquí ya no es solo

¹³⁹ Véase, con gran profundidad, el desarrollo y explicación que realiza VALLS, PRIETO, J., *Problemas jurídico penales...*, cit., pp. 85 y ss.

¹⁴⁰ Véase el interesante trabajo de Adam Edwards que distingue las actitudes de los académicos frente a la IA entre la de críticos, entusiastas y escépticos. EDWARDS, A., "Big data, predictive machines and security", en McGuire, M. y Holt, T. (eds.), *The routledge handbook of technology, crime and justice*, Routledge, 2017.

que se acceda a datos sensibles de carácter personal para poder configurar adecuadamente tales algoritmos, sino que al hacerlo sobre datos específicos y, por tanto, sesgados, las herramientas actuariales también respondan a los mismos o creen nuevos sesgos debido a una mala interpretación de la realidad. La cuestión no es sencilla pues, como se verá, una importante parte de los sesgos algorítmicos puede devenir de los propios patrones no aleatorios que, en cuestiones como la edad, el género, o la etnia, en los que se plasma la realidad; mientras que otros pueden producirse por defectos analíticos por la falta de datos que, sin embargo, podrían no ser peores que los que se producen cuando el análisis para la toma de decisión lo llevan a cabo personas sin el uso de sistemas informáticos.

Por ello, y como ya he señalado en otro lugar¹⁴¹, hay que comenzar por reconocer que estamos ante uno de los debates éticos más complejos e importantes a los que se van a enfrentar los sistemas de justicia penal en las próximas décadas¹⁴² conforme, y parece que de manera imparable, se vayan automatizando cada vez más las decisiones en materia de prevención e investigación del delito. Sin ánimo simplificador, pero sí explicativo, podemos comenzar por señalar que habría dos posiciones enfrentadas iniciales. Por un lado, la de quienes defienden que los algoritmos no deben renunciar a determinadas variables como la edad, la etnia, el grupo social y otras demográficas con la excusa de la afectación a los derechos de otros, ya que la exclusión de variables altamente correlacionas, pero a primera vista éticamente cuestionables, afectaría la capacidad predictiva de la herramienta y con ello aumentaría el riesgo de su uso viciado¹⁴³.

¹⁴¹ MIRÓ LLINARES, F., "Apuntes sobre la relación entre Derecho penal e Inteligencia Artificial", en *Libro Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*. En prensa.

¹⁴² Para una introducción a la problemática de la discriminación algorítmica en EE.UU., véase FLORES, A. W., BECHTEL, K., y LOWENKAMP, C. T., "False Positives, False Negatives, and False Analyses: A Rejoinder to Machine Bias: There's Software Used across the Country to Predict Future Criminals. And It's Biased against Blacks", en *Fed. Probation*, vol. 80, 2016, pp. 38 y ss.

¹⁴³ Cfr. SLOBOGIN, C., *Proving the unprovable: The role of law, science, and speculation in adjudicating culpability and dangerousness*, Oxford

Por otro lado nos encontraríamos con quienes defienden que las cargas legales deben siempre tener alguna relación con la responsabilidad individual más que con otros factores que son problemáticos desde una perspectiva ética o legal y que no dependen del individuo mismo, tal y como sucede con las variables sociodemográficas propias de las herramientas actuariales¹⁴⁴, por lo que las mismas nunca debieran ser utilizadas en este tipo de algoritmos usados por la IA para distintos fines relacionados con la justicia penal. En algún lugar entre ellas, o en lo que ambas visiones pueden resultar acertadas, debiéramos encontrar el camino por el que debería transitar un uso ético de los algoritmos informáticos en la IA. Realizaré a continuación algunas reflexiones que, a mi parecer, deben ser tomadas en consideración en relación con el debate respecto al uso de los sistemas de inteligencia artificial en la justicia penal.

En primer lugar, y frente a aquellos que defienden que progresivamente las IA van a ser menos parciales que incluso aquellos profesionales de la justicia con las mejores intenciones, y con ello evitar que las diferentes agencias de seguridad y justicia puedan abusar sin control del poder inherente a su posición, lo que sucede en realidad es que los algoritmos que reflejan con precisión nuestro mundo parecen reflejar también nuestros prejuicios¹⁴⁵. Sobre esto son numerosas las aportaciones que desde las ciencias de la computación ponen en duda la capacidad del aprendizaje automático propio de las arquitecturas de las IA

University Press, 2006; LARKIN, P., "Managing prisons by the numbers: Using the good-time laws and risk-needs assessments to manage the federal prison population", en *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 1, n° 1, 2014, pp. 1-29.

¹⁴⁴ Cfr BERK, R., y BLEICH, J., "Forecasts of violence to inform sentencing decisions", en *Journal of Quantitative Criminology*, vol. 30, n° 1, 2014, pp. 79-96; NETTER, B., "Using groups statistics to sentence individual criminals: An ethical and statistical critique of the Virginia Risk Assessment Program", en *J. Crim. L. & Criminology*, vol. 97, 2006, pp. 699 y ss; ZINGER, I., "Actuarial risk assessment and human rights: A commentary", en *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*, vol. 46, n° 5, 2004, pp. 607-620

¹⁴⁵ Véase ISAAC, W. S., "Hope, Hype, and Fear. The Promise and Potential Pitfalls of Artificial Intelligence in Criminal Justice", en *Ohio St J Crim. L.*, vol. 15, 2017, pp. 543 y ss.

actuales para el desarrollo de tareas clasificatorias o predictivas sin riesgo de discriminación de grupos vulnerables¹⁴⁶. Más bien todo lo contrario, el sesgo humano puede perpetuarse e incrementarse mediante este tipo de técnicas, siendo esto especialmente grave en las IA aplicadas al sistema de justicia penal, ya que estos modelos van a depender, casi en su totalidad, del conjunto de datos de entrenamiento con los que elaboran sus modelos y estiman predicciones¹⁴⁷.

De manera más específica, cabe distinguir, al menos, dos tipos principales de sesgos en los algoritmos propios de las IA: sesgos en los datos de entrenamiento y sesgos por una distribución desigual real de las variables¹⁴⁸. Respecto al primer grupo, las IA actuales se basan en datos de entrenamiento dentro de modelos de aprendizaje automático. Dicho de otro modo, en contraste con aquellos algoritmos basados en reglas precodificadas y completamente especificadas, las IA aprenden con nuevos ejemplos¹⁴⁹. Es por esto por lo que se ha hablado de un triple riesgo de sesgo con los datos de entrenamiento que se perpetúan con el autoaprendizaje del algoritmo: 1) que la máquina haya sido “alimentada” con datos erróneamente calificados por el programador, lo que viciaría el aprendizaje desde el comienzo¹⁵⁰; 2) que el set de datos inicial sea resultado de un muestro

¹⁴⁶ Para una revisión general de la literatura científica, véase OSOBA, O. A., y WELSER IV, W., *An intelligence in our image: The risks of bias and errors in artificial intelligence*, Rand Corporation, 2017.

¹⁴⁷ BERK, R., HEIDARI, H., JABBARI, S., KEARNS, M., y ROTH, A., “Fairness in criminal justice risk assessments: the state of the art”, 2017. Disponible en: [arXivpreprintarXiv:1703.09207](https://arxiv.org/abs/1703.09207).

¹⁴⁸ Para una contextualización de este tipo de sesgos en el marco de la política europea de antidiscriminación, véase el reciente trabajo de HACKER, P., “Teaching Fairness to Artificial Intelligence. Existing and Novel Strategies Against Algorithmic Discrimination Under EU Law”, en *Common Market Law Review*, 2018. Disponible en Internet en: <https://papers.ssrn.com>.

¹⁴⁹ Véase una aproximación divulgativa a la idea de autoaprendizaje de algoritmos en JONES, N., “Computer science: The learning machines”, en *Nature News*, vol. 505, nº 7482, 2014, pp. 146 y ss.

¹⁵⁰ Aplicado específicamente a las IA, BAROCAS, S., y SELBST, A. D., “Big data’s disparate impact”, en *Cal. L. Rev.*, vol. 104, 2016, pp. 671 y ss. Para una perspectiva general sobre sesgos, además, véase GREENWALD, A. G., y KRIEGER, L. H., “Implicit bias: Scientific foundations”, en *California Law Review*, vol. 94, nº 4, 2006, pp. 945-967.

no representativo, reduciendo su validez y aumentando el error de la interpretación de los resultados¹⁵¹ y 3) que los parámetros del aprendizaje se realicen sobre intervalos temporales fuertemente acotados¹⁵². Pero incluso evitando el primer conjunto de sesgos, debemos considerar un segundo grupo que viene marcado por la existencia de variables que verdaderamente se distribuyen de manera desigual en la realidad. Y es que, aunque eliminemos estas variables sensibles de los modelos predictivos o clasificatorios, no podemos garantizar la no discriminación del procesamiento de los datos. Me refiero más concretamente a los denominados *proxy discrimination* o indicadores, para los que la discriminación algorítmica se esconde detrás de factores aparentemente neutrales recogidos por la IA¹⁵³. Con esto quiero poner de relieve que la inobservancia de este tipo de limitaciones acerca de los datos utilizados en estos algoritmos predictivos perpetúa, en efecto, la discriminación algorítmica hacia los grupos infrarrepresentados, pudiendo lesionar o poner en riesgo sus derechos fundamentales¹⁵⁴. Un problema que acaba

¹⁵¹ Véase CALDERS, T., y ŽLIobaITE, I., "Why unbiased computational processes can lead to discriminative decision procedure", en Custers, B., *et al.* (eds.), *Discrimination and privacy in the information society*, Springer, Berlin, 2013, pp. 43-57.

¹⁵² Como ejemplo de este tipo de sesgos, CALISKAN, A., BRYSON, J. J., y NARAYANAN, A., "Semantics derived automatically from Language corpora contain human-like biases", en *Science*, vol. 356, n° 6334, 2017, pp. 183-186.

¹⁵³ Cfr. ROMEL, A., y RUGGIERI, S., "A multidisciplinary survey on discrimination analysis", en *The Knowledge Engineering Review*, vol. 29, n° 5, 2014, pp. 582-638, HACKER, P., y PETKOVA, B., "Reining in the big promise of big data: transparency, inequality, and new regulatory frontiers", en *Nw. J. Tech. & Intell. Prop.*, vol. 15, 2017.

¹⁵⁴ Entre ellas, si los datos de entrenamiento reflejan necesariamente prácticas pasadas, una de las estrategias más recomendadas es que los algorítmicos se actualicen regularmente utilizando los datos de más recientes; para una propuesta véase SILBERMAN, Gabriel M., *et al.*, "Detecting and reducing bias (including discrimination) in an automated decision-making process", U.S. Patent Application No. 15/595,220, 2017. Pero incluso estas medidas de prevención de riesgos éticos incluyen nuevas preguntas no resueltas: ¿Hay un rol para el aprendizaje en línea?, ¿cuántos datos históricos deben descartarse a medida que se revisan los datos de entrenamiento?, ¿se debería dar más peso a los datos de entrenamiento más recientes en el análisis?, etc. Por su parte,

acentuándose cuando el tratamiento de grandes cantidades de deja al margen otras cuestiones fundamentales en los procesos de toma de decisiones basadas en evidencias relativas a los procesos de medición, validez, dependencias entre los elementos de nuestros datos, marco teórico u objetivos a los que pretende responder el procesamiento de datos, entre otros aspectos epistemológicos claves¹⁵⁵.

Una segunda reflexión de interés se referiría a que si bien el alcance predictivo de estos algoritmos es limitado, especialmente en relación con decisiones jurídico-penales complejas, conviene recordar de dónde partimos, pues las herramientas predictivas de las que hablamos no vienen más que a hacer lo que ya se hacía y hace a día de hoy de manera tradicional y manual, añadiendo, en algunos casos, una metodología más sistemática o científica¹⁵⁶. Al fin y al cabo, la decisión de por “dónde patrullamos”, de “dónde ponemos los controles”, e incluso la de si “aplico o no la suspensión de la pena” se van a tener que seguir tomando, y no cabe duda alguna de que todo aquello que aporte información científica para mejorar la toma de decisión debería ser visto como algo positivo. El problema estriba, sin embargo, en la falsa expectativa sobre la fiabilidad de la predicción que da el concepto IA que podría eliminar la realización por parte de los implicados de necesarios juicios de valor desde otras perspectivas de conocimiento y experiencia que pueden haber sido obvia-

Shneidermana, en una línea similar pero con un alcance económico adicional, plantea un propuesta de supervisión de IA aplicadas al sistema de justicia penal desde una triple perspectiva: 1) un modelo de junta de revisión en la que los proveedores o las agencias deben presentar su herramienta o algoritmo antes de cualquier implementación en el mundo real; 2) una monitorización continua que recuerde a las compañías y fundaciones sin fines de lucro lo que deben; y 3) un análisis retrospectivo de escenarios de “desastre” (SHNEIDERMANA, B., “The dangers of faulty, biased, or malicious algorithms requires independent oversight”, en *PNAS*, vol. 113, nº 48, 2016).

¹⁵⁵ LAZER, D, KENNEDY, R., KING, G., y VESPIGNANI, A., “The parable of Google Flu: traps in big data analysis”, en *Science*, vol. 343, nº 6176, 2014, pp. 1203-1205.

¹⁵⁶ Para una revisión crítica, véase BRANDARIZ GARCIA, J. A., *El modelo gerencial-actuarial de penalidad. Eficiencia, riesgo y sistema penal*, Dykinson, Madrid, 2016.

das por la IA¹⁵⁷; así como en que algunos problemas son demasiado complejos para los datos de los que dispone la IA. Esto es lo que sucede, por ejemplo, con la cuestión de la valoración del riesgo de reincidencia, que exige análisis mucho más complejos que los que se pueden realizar con sistemas de IA como los que disponemos ahora a partir únicamente de datos demográficos, o con los algoritmos de detección de sujetos radicalizados a través de Internet, realizados casi en exclusiva por informáticos a partir de patrones matemáticos de palabras o metadatos separados de cualquier marco teórico sobre la conducta delictiva¹⁵⁸. Frente a esto, la principal recomendación sería que todas estas IA deben ser creadas por equipos interdisciplinarios que incluyan científicos sociales y juristas capaces de establecer tanto los criterios jurídicos y criminológicos de clasificación como de interpretación de resultados, y no exclusivamente por *data scientists* cuyo objetivo único sea la simplificación de la herramienta y la fiabilidad matemática de las inferencias¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Y ello pese a que ya hay estudios empíricos recientes que han mostrado ventajas en el uso de IA frente a operadores humanos en materia de prevención de la delincuencia. Sirvanos como ejemplo el trabajo de MOHLER, G. O., SHORT, M. B., MALINOWSKI, S., JOHNSON, M., TITA, G. E., BERTOZZI, A. L., y BRANTINGHAM, P. J., "Randomized controlled field trials of predictive policing", en *Journal of the American Statistical Association*, vol. 110, nº 512, 2015, pp. 1399-1411.

¹⁵⁸ BURNAP, P., WILLIAMS, M. L., "Cyber hate speech on twitter...", cit., pp. 223-242; GAO, L., KUPPERSMITH, A., y HUANG, R., "Recognizing Explicit and Implicit Hate Speech Using a Weakly Supervised Two-path Bootstrapping Approach", 2017. Disponible en: [arXivpreprint arXiv.1710.07394](https://arxiv.org/abs/1710.07394).

¹⁵⁹ Para varios ejemplos de investigaciones interdisciplinarias aplicados a la detección de discurso radical *online*, véase MIRÓ LLINARES, F., "La detección de discurso radical en Internet. Aproximación, encuadre y propuesta de mejora de los análisis de Big Data desde un enfoque de Smart Data criminológico", en Alonso Rimo, A., Cuerda Arnau, M. L., y Fernández Hernández, A. (dirs.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 617-648, MIRÓ LLINARES, F., y RODRÍGUEZ-SALA, J. J., "Cyber hate speech on twitter: Analyzing disruptive events from social media to build a violent communication and hate speech taxonomy", en *International Journal of Design & Nature and Ecodynamics*, vol. 11, nº 3, 2016, pp. 406-415; MIRÓ LLINARES, F., CASTRO-TOLEDO, F. J., y ESTEVE, M., "Dictionary of radicalisation. Developing a bag of word for its implementation into a classifying machine learning", en *American Society of Criminology Annual Meeting 2017*, American Society of Criminology, Philadelphia, 2017.

Como consecuencia de la inobservancia de ambos riesgos es importante valorar la posibilidad de limitar la utilización de tal o cual tipo de IA teniendo en cuenta el muy diferente grado de afectación de derechos que puede derivarse de los diferentes usos. Por expresarlo de otro modo, no es igual la incidencia en los distintos intereses dignos de tutela de una IA usada por la policía para intervenir las comunicaciones de una persona particular por la posible distribución de contenido radical terrorista donde se pueden ver afectados intereses como la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia, o la vida personal y familiar, solo por citar algunos de los más evidentes; que de una IA que decide sobre la distribución de unidades policiales de patrullaje en diferentes áreas urbanas donde, a primera vista, la afectación es significativamente menor, pudiendo incidir, en casos muy específicos, por ejemplo, en la libertad deambulatoria de las personas. Y no es lo mismo, insisto, tanto por el alcance y consecuencias de la perfilación como por las garantías que habría que respetar en uno y otro caso. Así, por ejemplo, el propio Parlamento Europeo en 2017 manifestó respecto a los modelos de actuación policial predictiva que no es lo mismo la realización de predicciones probabilísticas sobre lugares o acontecimientos, que la perfilación individual o predicción realizada sobre personas particulares¹⁶⁰. Es obvio que las garantías para evitar los sesgos en estos casos deben ser mayores y que los riesgos de discriminación por el uso de este tipo de IA es mayor.

Parece, en todo caso, que estas IA han logrado ser incorporadas con cierto éxito a tareas de toma de decisiones policiales o judiciales, y no hay vistas de que su actividad merme en un futuro, sino más bien todo lo contrario. Frente a ello podemos adoptar: una visión conformista, y reconocer que el uso de tales IA nos traerá más ventajas que inconvenientes y no entrar en ellos; una visión negativa que renuncie a las evidentes ventajas que el uso de esta IA puede traer ante las también claras discriminaciones que producirá; y una visión realista que acepte lo que la IA puede traernos de incorporación de evidencias cien-

¹⁶⁰ Más específicamente, el punto 29 de la resolución (2016/2225 (INI)) *on fundamental rights implications of Big data privacy, data protection, non-discrimination, security and law enforcement*.

tíficas para la mejora de la prevención del crimen a la par que reconozca las enormes limitaciones que ello tiene y los enormes riesgos que conlleva. Si adoptamos esta visión reconoceremos que más que potenciar una IA sin control debemos potenciar el binomio persona-máquina para mejorar a la primera gracias a la capacidad de cálculo de la segunda, pero siempre desde la consideración de los aspectos metodológicos y técnicos que se esconden detrás de los algoritmos discriminatorios que deberían ser minimizados en arquitecturas más éticas basadas en estrategias metodológicas y diseños que reduzcan los riesgos aquí planteados.

TERCERA LECTURA

Dupuy, D. (2018). La posesión de pornografía infantil. En Dupuy D. (Dir.). *Ciberdelitos. Aspectos de Derecho penal y procesal penal. Cooperación internacional. Recolección de evidencia digital. Responsabilidad de los proveedores de servicios de internet* (pp. 123-144). Buenos Aires, Argentina. Editorial B de F.

El objetivo de este artículo es presentar los argumentos a favor y en contra de la tipificación del delito de simple tenencia de pornografía infantil, analizados a la luz de los delitos de posesión y de la regulación del tipo penal en la Convención de Budapest, y la legislación comparada, en especial la argentina.

DANIELA DUPUY

Dirección

MARIANA KIEFER

Coordinación

CIBERCRIMEN

*Aspectos de Derecho penal y procesal penal.
Cooperación internacional. Recolección de
evidencia digital. Responsabilidad de los
proveedores de servicios de Internet*

Prólogo de

GERMÁN C. GARAVANO

Presentación de

LUIS J. CEVASCO

editorial
B de f
Montevideo - Buenos Aires

2018

Julio César Fajra - Editor

I.S.B.N.: 978-9974-745-06-3

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 agosto de 2018 por: La
Imprenta Ya, Av. Alférez Hipólito Bouchard 4381 Tel.:
4756-6854 / 6837. Munro, Buenos Aires.
www.laimprentaya.com

LA POSESIÓN DE PORNOGRAFÍA INFANTIL

DANIELA DUPUY

1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, las discusiones tanto a nivel internacional como en los ámbitos académicos respecto del delito de pornografía infantil se centran en una dimensión controvertida y rechazada por la doctrina, en la que no existe una posición unánime en relación con el bien jurídico protegido: la tipificación de la posesión de material pornográfico infantil.

El objetivo de este artículo es presentar los argumentos a favor y en contra de la tipificación del delito de simple tenencia de pornografía infantil, analizados a la luz de los delitos de posesión y de la regulación del tipo penal en la Convención de Budapest, y la legislación comparada, en especial la argentina.

Por último, efectuaré una toma de postura analizando la realidad empírica de nuestras prácticas en el ámbito de la Fiscalía Especializada en Delitos Informáticos de la Ciudad de Buenos Aires.

2. ACERCA DE LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL Y NACIONAL

Cada vez son más abundantes las declaraciones internacionales efectuadas por los Estados pertenecientes a las Naciones Unidas evidenciando su preocupación por la persecución y sanción de la pornografía infantil.

Dentro del marco internacional es posible encontrar la Convención Internacional de los Derechos del Niño, creada por la resolución 44/25, del 20 de noviembre de 1989, de la Asamblea General de las Naciones Unidas; el Protocolo facultativo de dicha Convención relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, creada por la resolución 54/263, del 25 de mayo de 2000, de la Asamblea General de Naciones Unidas. En dicho instrumento internacional se establece, en lo que

se refiere a la pornografía infantil, una definición en el art. 2 c), donde se entiende por tal: "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". Junto a ello, el párrafo 3º, apartado 1º c), expresa que todo Estado parte deberá tipificar en su legislación penal "la producción, distribución, divulgación, exportación, oferta, venta o posesión, con los fines antes señalados de pornografía en el sentido en que se define en el art. 2º".

a) La pornografía infantil en la Convención de Budapest: art. 9

1. Las partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo que se estimen necesarias para prever como infracción penal, conforme a su derecho interno, las siguientes conductas cuando éstas sean cometidas dolosamente y sin autorización:

- a) la producción de pornografía infantil con la intención de difundirla a través de un sistema informático;
- b) el ofrecimiento o la puesta a disposición de pornografía infantil a través de un sistema informático;
- c) la difusión o la transmisión de pornografía infantil a través de un sistema informático;
- d) el hecho de procurarse o de procurar a otro pornografía infantil a través de un sistema informático;
- e) *la posesión de pornografía infantil en un sistema informático o en un medio de almacenamiento de datos informáticos.*

A los efectos del párrafo 1º arriba descrito, la "pornografía infantil" comprende cualquier material pornográfico que represente de manera visual:

- a) un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito;
- b) una persona que aparece como un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito;
- c) unas imágenes realistas que representen a un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito.

2. A los efectos del párrafo 2º arriba descrito, el término "menor" designa a cualquier persona menor de 18 años. Las partes podrán exigir un límite de edad inferior, que debe ser como mínimo de 16 años.

3. Los Estados podrán reservarse el derecho de no aplicar, en todo o en parte, los párrafos 1 (d) y 1 (e) y 2 (b) y 2 (c).

En consecuencia, y en relación al tercer párrafo, existen tres elementos polémicos en la Convención de Budapest, que los Estados podrán reservarse el derecho de aplicarlos a sus legislaciones internas. Ellos son:

1. El límite de la mayoría de edad.
2. *La penalización de la mera tenencia de pornografía infantil.*
3. Creación de imágenes ficticias.

b) *Pornografía infantil en el Código Penal argentino. Art. 128*

Art. 128: "Será reprimido con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgare o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho (18) años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, al igual que el que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores.

"Será reprimido con prisión de cuatro (4) meses a dos (2) años el que tuviere en su poder representaciones de las descritas en el párrafo anterior con fines inequívocos de distribución o comercialización.

"Será reprimido con prisión de un (1) mes a tres (3) años el que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de catorce (14) años".

3. DELITOS DE POSESIÓN

En las últimas décadas las legislaciones penales han incluido cantidad de tipos penales que exigen para su consumación la tenencia de objetos prohibidos¹.

El Derecho Penal alemán contiene más de cien tipos penales de tenencia y su número aumenta constantemente.

La posesión de cosas se la puede prohibir bajo amenaza de pena si se la asocia a un determinado fin delictivo por parte del poseedor que permita afirmar su carácter peligroso para algún bien jurídico.

La punibilidad de la mera posesión de los objetos prohibidos representa un adelantamiento de las barreras de protección mediante el castigo estatal de una etapa preparatoria cuyo riesgo para el bien jurídico puede concretarse si se ejecutare un delito utilizando alguna de aquellas cosas no permitidas.

El creciente auge de esta categoría dogmática de delito se debe a la búsqueda de una mayor eficiencia del derecho penal de riesgo,

¹ El Código Penal de Estados Unidos tiene más de doscientos tipos de tenencia, entre ellos encontramos los relativos a la posesión de a) armas de distinta naturaleza y peligrosidad; b) propiedad y herramientas robadas; c) droga y sus relacionadas; d) material obsceno; etc.

siendo los delitos de posesión una herramienta útil para luchar contra la delincuencia.

La comunidad ha optado por mayores cuotas de seguridad en desmedro de las libertades. Y en ese sentido se expide Cox Leixelard², al expresar que no es posible inferir que la pretensión de eficiencia penal implica el abandono de un modelo de garantías. Por lo contrario, la expansión del derecho penal a través del aumento de las incriminaciones de las figuras de posesión, se desarrolló tomando como base principios tradicionalmente considerados garantísticos. De hecho, los principios del daño y de exclusiva protección de bienes jurídicos frente al poder del Estado sirven hoy para aumentar el castigo y relajar las garantías.

En consecuencia, nos encontramos ante una importante disyuntiva, de gran peso: la racionalidad de las demandas de la sociedad de mayor seguridad, frente a la posible tensión de los delitos de tenencia con los principios constitucionales del derecho penal sustantivo –derecho a la privacidad e intimidad, entre otros–.

Para Fletcher³, existe una diferencia de tratamiento en el delito de posesión de herramientas destinadas a cometer los delitos de robo o hurto frente a los cuestionamientos que se presentan al momento de decidir los casos vinculados a la posesión de material pornográfico. Expone que existen dos razones que justifican la diferencia de tratamiento, sobre la base de diferenciar entre “criminalidad manifiesta” (*manifest criminality*) en contraste con la “criminalidad subjetiva” (*subjective criminality*). En tal sentido, continúa, habría que distinguir, entre los delitos de posesión en donde sólo el hecho de detentar la tenencia material de un objeto puede dar lugar a graves consecuencias materiales (*sinister implications*), por el riesgo o peligro que representa ese hecho *per se*, como se desprende concretamente de la tenencia de material pornográfico infantil, en el que la experiencia enseña que generalmente son mantenidos con fines ilícitos. En esta línea, tal criminalización resulta plenamente aceptable, incluso en la ausencia de prueba de un intento ulterior de realizar un delito (ej. tenencia con fines de

² COX LEIXELARD, J. P., *Delitos de posesión. Base para una dogmática*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2012, pp. 13 y ss.

³ FLETCHER, G., *Rethinking Criminal Law*, 2ª ed., Oxford University Press, New York, 2000, p. 200, nota 52, cit. OXMAN, N., en “Aspectos políticos-criminales y criminológicos de la posesión de pornografía infantil en EE.UU.”, *Pol. Crim.*, vol. 6, n° 12, 2011, art. 2, pp. 253-295.

distribución o comercialización), toda vez que la posesión se refiere a elementos que provienen de un delito.

Sin embargo, continúa el autor, es diferente en el caso de la tenencia de herramientas para la realización de los delitos de hurto o robo, en donde es exigible la acreditación del conocimiento de la prohibición del porte y la existencia de un fin diverso, pues precisamente la posesión de tales objetos no entraña inequívocamente un riesgo, porque no es dable pensar que se trata de elementos peligrosos para quienes tomen contacto con ellos.

Entonces, se dice que el riesgo vinculado al hecho de que las herramientas puedan caer en manos equivocadas no es comparable con el riesgo asociado al peligro latente que se desprende de la posesión de material pornográfico, que puede afectar a terceros que entran en contacto con ese material.

Sobre esta base, se entiende que esta categoría de delitos de posesión se encuentra plenamente justificada, "debido a que el acto de posesión se manifiesta como un peligro para la sociedad, incluso si el poseedor no tiene fines delictivos".

En igual sentido, Pastor Muñoz señala que "aunque estos tipos renuncian a que el comportamiento del autor sea objetivamente peligroso para bienes jurídicos individuales, respetan la exigencia de que el comportamiento tipificado constituya una perturbación social"⁴.

Fletcher denomina a esta forma de abordar el problema *Teoría del riesgo general para la comunidad*, señalando que los delitos de tenencia son formas de control discrecional de la sociedad.

En contra de esta postura, se sostiene que la criminalización de la posesión de la pornografía infantil requiere de la comprobación científica de la existencia del peligro de que los objetos caigan en manos equivocadas, o bien que se estén usando sin propósitos inocentes. De otro modo, existiría un uso irracional del Derecho Penal como medio de control formalizado, suponiendo una intromisión intolerable en la esfera individual, que, además de no servir para la protección de ningún bien jurídico, vulnera el ejercicio de la libertad individual.

En este sentido se expide Diez Ripollés⁵, al sostener que la punición del consumo privado de la pornografía infantil supone la

⁴ PASTOR MUÑOZ, N., *Los delitos de posesión y los delitos de status: una aproximación político-criminal y dogmática*, Atelier, Barcelona, 2005, p. 63.

⁵ DIEZ RIPOLLÉS, J. L., *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras*, Bosch, Barcelona, 1982, p. 147.

prueba de la afirmación de que el contacto con ese tipo de material crea un peligro de realización efectiva de acciones de abusos sexuales en contra de menores. En esa línea, para el autor no sería un delito de peligro concreto ni abstracto, en tanto no se pruebe la efectividad de la existencia de un riesgo para un bien jurídico; solamente está instituido sobre la base de la mera posibilidad de crear un peligro no probado.

4. ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA PENALIZACIÓN

El eje central de la discusión entre pornografía y obscenidad consiste en determinar si existe un daño suficiente que amerite la intervención punitiva estatal, es decir, si quien consume material pornográfico infantil afecta al menor de edad y causa un daño a bien jurídico alguno.

Algunos de los argumentos que descartan la penalización de la tenencia de material pornográfico infantil son los siguientes:

a) Vulneración de los principios de mínima intervención

El principio de la mínima intervención plantea que en razón de las consecuencias que genera la aplicación del Derecho Penal, en cuanto a las restricciones de las libertades y el ejercicio de los derechos fundamentales, sólo sea utilizado en los casos de agresiones severas a los bienes jurídicos más importantes. Es decir que el poder punitivo del Estado, a través del Derecho Penal, sólo debe intervenir como último recurso cuando ya han sido agotadas todas las instancias e instrumentos de los que dispone el Estado para la protección de los bienes jurídicos.

Como contrapartida, la expansión del Derecho Penal en los últimos años se ha expresado en la creación de nuevos delitos y la imposición de penas cada vez más severas.

La tipificación de la tenencia de material pornográfico infantil es un ejemplo de la vulneración del principio de la mínima intervención.

La mera posesión no supone necesariamente la previa comisión de un delito sexual grave contra menores, por lo que tal criminalización es contraria al principio de la mínima intervención.

En ese sentido, Muñoz Conde⁶ señala que el Derecho Penal no debe intervenir para reprimir hechos que no lesionan derechos de terceros

⁶ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 248.

o que carecen de nocividad social; debiendo abstenerse de intervenir en esta materia cuando el acto sexual en cuestión no lesione o ponga en peligro gravemente la indemnidad sexual de los menores.

La tipificación de la posesión es consecuencia de la presión de determinados sectores sociales que defienden una pretendida moral sexual.

Es un costo alto poner en marcha todo el sistema penal para sancionar la posesión cuando no contribuye a la protección del menor y no impacta en la prevención de la conducta.

b) Adelantamiento de las barreras del derecho penal. Delitos de peligro abstracto

Morillas Fernández admite la preocupación de fondo, y sostiene que la única opción posible es que se trata de un delito de peligro que se advierte como una amenaza para los problemas de formación y socialización de los menores, sin requerir ningún tipo de lesión. Algo que parece lógico pero que se corresponde con una errónea medida de política criminal, en virtud de la cual se criminaliza una conducta carente de lesividad⁷.

Orts Berenguer considera que la mera posesión puede ser catalogada entre los delitos de peligro abstracto remoto, pues si se castiga la posesión de material pornográfico, en cuya elaboración se utilizó a menores de edad, es porque se presume que se disuade al usuario de adquirirlo, los que lo producen dejarán de hacerlo, con lo cual se conjugará el eventual riesgo que, para los procesos de formación y socialización de unos y otros, entraña su intervención en la realización de los repetidos productos⁸.

c) La intromisión en la vida privada de los adultos

Lo que aquí entra en juego es la intimidad del menor objeto de la pornografía vs. la privacidad del adulto.

Castigar la adquisición de pornografía infantil para el propio consumo no solo infringe el principio de la mínima intervención, sino también la libertad de las personas para gobernar su vida privada y la intimidad domiciliaria cuando se procede al allanamiento.

⁷ MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., "Cuestiones conflictivas en la actual regulación de los delitos de pornografía infantil", en García González, Javier, *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

⁸ ORTS BERENGUER, E., "Delitos contra la indemnidad sexual", en AA.VV., *Derecho Penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 294.

Así, Muñoz Conde plantea la cuestión de si la sola sospecha de quien tiene este tipo de material en su casa para uso privado es suficiente para justificar un allanamiento; o bien qué cantidad se considera que excede del simple uso y constituye ya posesión para la distribución⁹.

Por su parte, Esquinas Valverde sostiene que la limitada efectividad práctica que eventualmente pueda desplegar dicho tipo penal es insuficiente para justificar su impacto, sumamente profundo e invasivo en la esfera individual de libertad y privacidad, sobrepasando este efecto perjudicial a las posibles consecuencias beneficiosas¹⁰.

d) Moral social colectiva

La percepción generalizada de la población en general sobre los riesgos que representa la red como escenario donde se desarrolla la delincuencia organizada ha generado una tendencia expansiva de uso del Derecho penal para invadir ámbitos que hacen a la privacidad de las personas.

Diez Ripollés refiere que cuando se tipifica la pornografía infantil se está protegiendo situaciones sociales que encajan dentro de una cierta idea de lo bueno y lo malo, representaciones sociales de lo que debe ser; se legislan intereses sociales¹¹.

El legislador pretende satisfacer el sentimiento de rechazo social a la pederastia que predomina en la sociedad, pues se castiga *ex post* a sujetos que no han participado *ex ante* en la elaboración de material pornográfico. Se trata de un derecho penal de autor que busca la personalidad enemiga para neutralizarla.

Quienes sostienen esta postura entienden que tienen supremacía los derechos personales, en este caso la intimidad de quien consume, sobre los intereses supraindividuales relativos a una moral sexual pública.

En este sentido, Esquinas Valverde considera que "...tomando conciencia de la inocuidad y la ausencia de ofensividad que objetivamente presenta la actitud de contemplación privada de pornografía, sería posible sostener que, en una ponderación entre los derechos fundamentales del consumidor, por un lado, y los intereses

⁹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

¹⁰ ESQUINAS VALVERDE, *El tipo de la mera posesión*, p. 194.

¹¹ DIEZ RIPOLLÉS, J. L., "El bien jurídico protegido en un derecho penal garantista", en *Jueces para la Democracia*, n° 30, 1997, p. 17.

de la mayoría social, por el otro, aquéllos merecen primacía sobre éstos, una vez descartado que sigan en juego bienes jurídicos individuales de los propios menores, pudiéndose priorizar la libertad de conciencia y de expresión de los ciudadanos –materializada en la actitud del pedófilo que busca su satisfacción sexual individual en la contemplación de fotografías–, aun debiendo sacrificar para ello el bienestar que una mayoría de personas hallaría en la represión de tales tendencias¹².

5. ARGUMENTOS A FAVOR DE LA TIPIFICACIÓN DE LA POSESIÓN

Uno de los fundamentos que justifica que la sola tenencia de material pornográfico infantil sea delito se basa en el argumento del que la pornografía infantil se produce porque hay consumidores de esos materiales...

Veamos las diferentes posiciones detalladamente.

a) Controlar la demanda para anular la oferta

El fundamento para castigar a la persona que consume material pornográfico con menores de edad se basa en que la demanda incide directamente en el aumento de oferta, y para ello será necesario producir aún más cantidad de material pornográfico con la intervención de menores.

Así lo explica Fernández Teruelo cuando expresa que dicho criterio se fundamenta en que “tanto los actos de difusión de pornografía infantil como los relacionados con la misma pueden determinar –con base en la experiencia general– un aumento de la oferta. De este modo, la puesta en el mercado de estos materiales generaría nuevas necesidades estimulando la demanda. Si aumenta la demanda aumentará también la oferta, y la oferta sólo puede satisfacerse utilizando a menores de carne y hueso en prácticas de naturaleza sexual para tomar las imágenes o realizar grabaciones en otros soportes”¹³.

Entonces, ésta es la razón que justifica la intervención penal, y no el hecho de obtener satisfacción sexual con la contemplación de imágenes de menores, lo que en realidad queda dentro de la moral sexual de cada uno.

¹² ESQUINAS VALVERDE, P., “El tipo de posesión de pornografía infantil en el Código Penal español. Razones para su destipificación”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, nº 18, 2006.

¹³ FERNÁNDEZ TERUELO, *Cibercrimen*, cit., p. 63.

En este sentido se expresó De la Rosa Cortina, al considerar que la intervención penal está justificada, pues la circulación del material pornográfico a gran escala en la red estimula la demanda, que tiene sus efectos sobre la oferta, que en última instancia habrá de utilizar a menores en prácticas de naturaleza sexual para tomar las imágenes¹⁴.

Por su parte, Gimbernat Ordeig está de acuerdo con la criminalización de la mera posesión para debilitar el mercado de pornografía infantil. Y refiere: "...el adquirente de pornografía infantil cada vez que pasa en video las imágenes reproducidas -a veces de menores de cinco o seis años de edad, e incluso de bebés-, perpetúa el ataque a la libertad y a la dignidad de los niños que han sido grabados previamente"¹⁵.

En la legislación alemana no sólo está tipificada la tenencia sino también el procurarse la posesión para sí o para otro. Entonces, la hipótesis acerca del estímulo del mercado tiene su fundamento en que el objetivo del autor tendría como fin facilitar el material a un tercero, sobre quien despierte interés por consumir aún más, lo que generaría producir nuevos y aún mayor cantidad de material.

Hay quienes no comparten que penalizar la simple tenencia vaya a erradicar la explotación sexual de menores, equiparándola con la postura que pretende penalizar al consumidor de drogas para acabar con el tráfico.

Sin embargo, dicha postura es refutada por Gimbernat Ordeig, quien plantea que no puede establecerse una analogía entre la adquisición de droga para consumo y la posesión de pornografía infantil. Y sostiene: "El bien jurídico protegido en los delitos de tráfico de drogas es la salud, y el titular de ese bien jurídico es el adquirente... y no se puede castigar la adquisición para el propio consumo de una sustancia que sólo potencialmente puede menoscabar la vida o la salud de quien legítima y libremente puede disponer de ellas. En cambio, el bien jurídico protegido en un eventual delito de adquisición de pornografía infantil no pertenece al comprador, sino a un tercero (por ejemplo, al bebé cuya libertad e indemnidad sexual son brutalmente atropelladas por el productor pornográfico); por lo que al contrario de lo que sucede con quien se procura

¹⁴ DE LA ROSA CORTINA, J. M., *Los delitos de pornografía infantil. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 261 y ss.

¹⁵ GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estado de Derecho y Ley Penal*, La Ley, Madrid, 2009, pp. 206 y ss.

droga, el adquirente no tiene ninguna legitimación para disponer de los intereses de un tercero”.

En igual sentido, el fundamento político-criminal que originó la aprobación de la criminalización de la posesión de material pornográfico infantil en Estados Unidos fue que dicha tenencia facilita la reproducción permanente e infinita de una situación concreta de abuso o agresión sexual, toda vez que lo que se observa en las imágenes es la vulneración de los derechos de uno o más niños, y por ende, el poseedor participa o contribuye con ese hecho al tomar parte de la cadena de mercado, ya que la demanda por más material incentiva a los productores a cometer abusos¹⁶.

b) Peligro de acciones imitadoras por los usuarios

Otro de los fundamentos para penalizar la posesión de material pornográfico infantil es evitar estimular el consumo para ejercer una acción efectiva que evite el abuso contra los niños.

En esta línea, quien consume el material pornográfico infantil y se excita contemplando dichas actividades sexuales practicadas con niños podría sentirse alentado a cometer una acción efectiva de un abuso sexual o maltrato sobre los menores de edad.

De esta manera, se pretende actuar contra los efectos de estímulo y de eventual imitación producto una difusión pública.

c) Empatía con las víctimas de la pornografía infantil

Gimbernat Ordeig sostiene que quienes tienen una posición contraria a la tipificación de la simple tenencia carecen de empatía con los niños víctimas de la pornografía infantil, y señala que “...por si fuera poco el trauma sufrido por haber sido objeto de brutales agresiones sexuales filmadas o fotografiadas, que probablemente van a influir determinante y negativamente en el desarrollo adulto de su vida sexual y sentimental, encima se les quiere hacer soportar que los bienes jurídicos de su dignidad y de su intimidad puedan seguir siendo pisoteados continuamente, sin consecuencia jurídica penal alguna, cada vez que un pedófilo decida contemplar las imágenes del atropello del que aquéllos fueron objeto en la infancia”¹⁷.

¹⁶ SCHMIDT-SANDWICK, R., “Constitutional law-freedom of speech: Supreme Court strikes down two provisions of the child pornography prevention act, leaving virtual child pornography virtually unregulated. *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 122 S. CT.1389 2002”, *North Dakota Law Review*, t. 79, 2003, p. 186.

¹⁷ GIMBERNAT ORDEIG, *La teoría del bien jurídico*, pp. 11 y ss.

Claramente, lo que remarca el autor es que por encima del respeto a la orientación sexual del pedófilo se encuentra la dignidad, intimidad y libre desarrollo de la sexualidad del menor de edad.

d) Riesgo social y vinculación entre quienes consumen pornografía infantil y los abusos sexuales posteriores

Una de las posturas que avalan la criminalización de la mera tenencia es la que sostiene que existe un preponderante rechazo mayoritario social hacia la posesión de pornografía infantil, existiendo un elevado riesgo que la sociedad no está dispuesta a tolerar, consistente en la posible vinculación directa de quien posee material de pornografía infantil con ulteriores ataques sexuales a menores. En este sentido, se sostiene que quienes poseen este material pueden utilizarlo para seducir a los menores de edad, bajo engaño, y para involucrarlos en actividades sexuales; de modo que sin tener en su poder ese material la coacción a niños se hace más difícil.

La postura contraria a la expresada sostiene la necesidad de comprobar efectivamente, y desde el punto de vista criminológico el peligro que subyace en la mera tenencia a fin de acreditar fehacientemente la real amenaza a la salud física y mental de los niños.

Sin embargo, es muy interesante detenernos a analizar el *Ciclo de la pornografía infantil*, desarrollada por el Dr. O'Brien en 1983, según Akdeniz¹⁸, la cual consiste en los siguientes pasos: a) la pornografía infantil se muestra a los niños con fines educativos; b) se intenta convencer a los niños de que el sexo explícito es aceptable, incluso deseable; c) el niño está convencido de que otros niños tienen una vida sexual activa y que tal conducta es correcta; d) la pornografía infantil desensibiliza al niño, reduce sus inhibiciones; e) algunas de estas sesiones progresarán con actividades sexuales que involucran al niño; f) se toman fotografías o videos de la actividad sexual; g) este nuevo material se utiliza para atraer, seducir y obtener más víctimas menores.

A ese ciclo tan ilustrativo que hace Akdeniz le agregaría la distribución y puesta en circulación de ese material en las redes de pornografía infantil, provocado por el intercambio a nivel internacional y la relación oferta-demanda.

¹⁸ AKDENIZ, Y., *Internet Child Pornography and the Law: National and International Responses*, Padstow, Cornwall, TJ International Ltd., 2008.

6. LEGISLACIÓN COMPARADA

La Corte Suprema de Estados Unidos aplica el argumento del interés superior de la infancia en oposición a valores de naturaleza individual en el caso *Osborne v. Ohio*¹⁹.

En esta sentencia se establece a nivel jurisprudencial la imposibilidad de tutelar la libertad de expresión individual en relación a la posesión de la pornografía infantil; en contra del precedente *Stanley v. Georgia*, que sostuvo que ningún estado podía prohibir la posesión de material obsceno en la intimidad del propio hogar.

Aquel fallo focalizó en la protección de la infancia frente a la explotación y al daño que provocan quienes elaboran material pornográfico utilizando como objetos a menores de edad y, en consecuencia, sostiene acertada la persecución penal de esta conducta, ya que con ello se facilita la eliminación de la oferta asociada a la producción y distribución.

En efecto, el fallo señala que acá no se trata de estatuir el castigo de un hecho perteneciente a la esfera de lo privado, sino de tipificar un delito de peligro que, sobre la base de la producción infinita de un abuso sexual, puede conllevar que los menores que observan tales imágenes sean compelidos o acosados por adultos, quienes mediante la exhibición de tales representaciones sexuales los alientan a que realicen y participen en actos sexuales, bajo la argumentación engañosa de que tales prácticas son "comunes", "novedosas" o "adecuadas" para el descubrimiento de la sexualidad.

No debemos olvidar que los niños que se encuentran en la etapa de desarrollo de su sexualidad, hoy inmersos en las redes sociales, pueden sentir curiosidad sobre su descubrimiento y, muchas veces, al sentir vergüenza de interrogar a sus padres, tienden a confiar en personas desconocidas que se esconden en el anonimato, para informarse sobre prácticas sexuales. Entonces, el hecho de observar esas imágenes en que aparecen otros niños pueden influir en su creencia de que lo que ven es lo normal, es lo que ocurre cotidianamente.

Asimismo, entendió el juez White que el castigo penal de la posesión de la pornografía infantil puede servir como motivación disuasiva para que los pedófilos destruyan el material.

¹⁹ Este caso trataba sobre un sujeto que había sido descubierto con cuatro imágenes fotográficas de menores desnudos dentro de su hogar.

En este sentido, el estado de Ohio esgrimió como argumentos para justificar la prohibición de la posesión de la pornografía infantil los siguientes:

a) que existe un deseo estatal de destruir el material que sustenta la existencia de este mercado, concluyendo que, al decrecer la demanda, la producción sería consecuentemente menor;

b) que las víctimas de pornografía infantil sufren la existencia de un daño que se mantiene indefinidamente mientras circule el material.

De esta manera, se apunta a la idea político-criminal de forzar la destrucción del material de pornografía infantil, para así limitar al máximo todo posible aumento de material disponible para los pedófilos, quienes lo utilizan para seducir a otros niños a que participen en actividades sexuales.

En España se produce la tipificación de la posesión de pornografía infantil a través de la reforma por la LO 15/2003, tal como lo han promovido la decisión marco 2004/68/JAI, la directiva de 2011 y los Convenios de Budapest y Lanzarote.

En su redacción anterior a la reforma 1/2015, el art. 189.2 CPE tipificaba la conducta de quien para su propio uso posea material pornográfico en cuya elaboración se hubieran utilizado menores de edad e incapaces.

Pero tras la reforma aludida, el art. 189.5 CPE castiga *a quien para su propio uso adquiriera o posea pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección.*

Es decir que no solamente encuentra adecuación típica la *simple tenencia* de material, sino también la *mera adquisición* para uso propio de la pornografía infantil.

En este sentido, tal como lo establece la STS nº 105/2009 del 30/1/09, el tipo penal de posesión requiere: a) una tenencia de material pornográfico en cuya elaboración se hubieran utilizado menores o incapaces en un escenario sexual; b) que este material se tenga en su poder para uso personal de quien lo almacene, excluyéndose toda modalidad de producir, vender, distribuir, exhibir o facilitar estas actividades por cualquier medio, o la mera posesión para esos fines; c) un elemento subjetivo, constituido por el dolo del agente, siendo suficiente la conciencia de que tal material que se posee en su sistema informático constituye pornografía infantil.

Para motivar la pena a imponer será materia de valoración el número de imágenes, la edad de los menores, el tipo del acto sexual, el tiempo durante el que se ha poseído el material, la manera en

que dicho material se encontraba organizado en sus ordenadores, entre otros.

La reforma 1/2015 amplía las conductas típicas castigando en el art. 189, 2º párrafo 5) con la misma pena prevista para la posesión “a quien *acceda* a sabiendas a pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación”.

En Chile, se castiga a quien maliciosamente adquiera o almacene material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años²⁰.

Brasil también sanciona a quien adquiere, posee o almacene, por cualquier medio, fotografía, video u otra forma de registro que contiene escenas de sexo explícito o pornografía que afectan a niños o adolescentes²¹.

Argentina prevé la tenencia de material pornográfico infantil pero el legislador le agregó un elemento subjetivo de difícil comprobación: *la finalidad inequívoca de distribución o comercialización*²².

¿Cuándo existe *finalidad inequívoca* de distribución o comercialización?

Ello es muy complicado poder establecerlo. Palazzi explica, y así lo corroboramos en las investigaciones, que en entornos digitales es muy sencillo poseer un archivo y realizar copias en forma instantánea. Por ello, la cantidad de imágenes no será prueba que permita aseverar inequívocamente la intención que obliga la norma. Pues bien, puede ocurrir que el sujeto tenga gran cantidad de imágenes de pornografía infantil exclusivamente para uso personal, pero no las distribuye ni las vende. Por el contrario, un sujeto podría tener unas pocas imágenes y distribuir las ampliamente²³.

El hecho de que la mera tenencia esté penada sólo cuando pueda comprobarse inequívocamente su finalidad de distribución o comercialización marca una diferencia importante con otros países, donde la simple tenencia es delito; pues podría generar dificultades respecto de la cooperación internacional dada la exigencia de do-

²⁰ Art. 374 bis, ley 19.927. Art. 1, n° 21. D.O. 14/1/04, mod. ley 20.685. Art. 3 b, D.O. 20/8/13.

²¹ Art. 241-B, incluido por la ley 11.829 de 2008.

²² Art. 128, último párrafo, de la ley 26.388.

²³ PALAZZI, Pablo, *Los delitos informáticos en el Código Penal. Análisis de la ley 26.388*, Abeledo-Perrot, 2ª ed., 2012, p. 44.

ble criminalización para brindar información en el marco de una investigación penal.

El tema de la sanción penal de la mera tenencia de pornografía infantil fue objeto de discusión expresa al momento de la sanción de la ley de delitos informáticos 26.388. La posibilidad de incluirla fue rechazada por entender que se violaba el principio de reserva que establece el art. 19 de la Constitución Nacional.

A la misma conclusión se arribó al momento de discutir la posibilidad de adherir a la Convención de Budapest. Ello quedó reflejado en el documento de análisis de la Convención redactado por una comisión integrada por expertos argentinos de diversas instituciones gubernamentales y del sector académico. Se adoptó el criterio de proponer al Estado argentino reservar el párrafo del art. 9 de la Convención de Budapest referido a la mera tenencia.

Lo cierto es que hoy los investigadores enfrentan problemas en la persecución de casos en los cuales los sujetos tienen en su poder el material pornográfico infantil, pero resulta dificultoso acreditar de manera adecuada la *finalidad inequívoca* de distribución o comercialización.

7. TOMA DE POSTURA

El crecimiento exponencial de los materiales pornográficos infantiles en internet supone que aumenta considerablemente el número de personas que lo posean, y ello estimula la demanda, lo que genera aumento de la oferta. El problema es que, para satisfacer la oferta —que demandan quienes poseen el material y eventualmente lo intercambian—, deberá, en el último eslabón de la cadena, utilizarse directamente a menores de carne y hueso en prácticas de naturaleza sexual; lo que me lleva a concluir que puede justificarse la intervención penal como mecanismo para tratar de evitar en última instancia la utilización de los menores. No se trata de que el Derecho Penal vaya a criminalizar el hecho de obtener satisfacción sexual a través de la contemplación de imágenes de menores abusados sexualmente, ni de vulnerar la libertad sexual de quienes lo consumen, pues la moral sexual no puede erigirse en el bien jurídico protegido.

El ciclo de la pornografía infantil incluye a quienes producen material a través de filmaciones y fotografías, utilizando a niños y bebés para la consumación de actividades sexuales entre ellos o con adultos. Luego de ello, los productores comercializan o distribuyen o facilitan dicho material que, en algunos casos, queda en poder de quienes satisfacen sus necesidades sexuales contemplándolos, pero, en otros, son redistribuidos en redes mundiales de

pornografía infantil. Ya sea el mero poseedor o quien se transforma en entregador del material pornográfico infantil, quieren cada vez más material. Esta demanda provoca que haya más oferta, la cual se consolida a través de producir más y de abusar a más niños.

Entonces, considero ante semejante cuadro que la problemática de la pornografía infantil debe orientarse con intensidad a un mismo objetivo de política criminal: atacar estos comportamientos en todas sus fases, dentro de una política de tolerancia cero.

El poseedor de pornografía infantil perpetúa el ataque a la dignidad de los niños que han sido previamente filmados y/o fotografiados y, además, puede contribuir al mantenimiento y expansión de futuras actividades criminales contra menores, para generar nuevo material con el fin de satisfacer la demanda.

El bien jurídico protegido, en las conductas de simple posesión, es la indemnidad sexual de los menores en general, como tipo de peligro. La punición de estas conductas se basaría en su peligrosidad en tanto favorecedoras de posibles futuras agresiones o abusos de menores a través del fomento de la pedofilia. Sería reaccionar penalmente contra el potencial de estímulo de explotación sexual infantil. Con ello, se intenta proteger la indemnidad sexual de los menores anticipando las barreras de protección penal. Es que el simple consumidor contribuye con su conducta a promover y mantener la explotación sexual de los niños.

Entonces, tipificando estas conductas, se acuñan tipos de peligro abstracto con los que se trata de combatir la demanda de la pornografía infantil para atacar la oferta y, en definitiva, evitar ataques sobre concretos menores.

En consecuencia, la posesión del material pornográfico infantil no protegería, de tipificarse, bienes personalísimos, sino la seguridad de la infancia en abstracto y su dignidad; pues el sujeto activo actuaría sobre un material ya elaborado.

Es de destacar que la representación que se observa es siempre la manifestación directa y latente de un abuso sexual; es una conexión evidente con éste, como así también conlleva la reproducción infinita de un daño físico y psicológico cometido de un modo real en contra de los niños que participaron en la elaboración de dicho material²⁴.

²⁴ WATANABE, Jacqueline, "Real problems, virtual solutions: the (still) uncertain future of virtual child pornography legislation", *Journal of Technology Law & Policy*, t. 10, 2005.

Así, la utilización de la ley penal como método de contención de la producción de la pornografía infantil es elevada a la categoría de *prima ratio* por la Corte Suprema de los Estados Unidos, señalando el juez white que la criminalización es el método más rápido, práctico y eficaz para “secar el mercado” mediante la imposición de duras sanciones penales para las conductas de venta, publicidad o de cualquier forma que se promocióne la pornografía infantil²⁵.

Uno de los objetivos del trabajo efectuado por Oxman²⁶ consistía en determinar a través de estudios científicos si los poseedores de pornografía infantil son propensos a cometer un delito sexual que involucre contacto con niños. Sólo la efectiva corroboración, sostiene, daría lugar a sancionar la posesión de pornografía infantil; cuando ella se vincula con un abuso sexual realmente cometido.

En esta línea, Oxman hace referencia a estudios empíricos que, a partir de estadísticas y el seguimiento a personas sujetas a medidas de control extrapenitenciario, señalan ciertos resultados en torno a la incidencia precisa de la tenencia de pornografía infantil en la realización de delitos sexuales futuros.

De los estudios a los que este autor refiere²⁷, no existen datos concretos y específicos sobre la eficiencia de los métodos actuariales –estáticos o dinámicos– para comprobar el riesgo que una persona condenada por posesión de material pornográfico infantil cometa un delito sexual.

Actualmente me encuentro a cargo de la Fiscalía Especializada en Delitos Informáticos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, donde se investigan casos que se cometen en entornos digitales, de los cuales el ochenta y siete por ciento de ellos consisten en la distribución, facilitación o tenencia de pornografía infantil con fines inequívocos de distribución.

Este dato inquietante me llevó a efectuar un análisis sobre el universo de casos de pornografía infantil que tramitan en la fis-

²⁵ United States Supreme Court, *New York v. Ferber*, 458 U.S 747, 1982.

²⁶ OXMAN, N., “Aspectos políticos-criminales y criminológicos...” cit., pp. 253-295. (www.politicacriminal.cl).

²⁷ SETO, M.; EKE, A., “The Criminal histories and later offending of child pornography offenders. Sexual abuse”, *A Journal of Research and Treatment*, t. 17, n° 2, 2005, p. 201.

MALENSKY, A.; ENNIS, L.; GRESS, C., *Child pornography and the Internet*, New York, Oxford University Press, 2009. Ambos citados en OXMAN, N., “Aspectos políticos-criminales y criminológicos...” cit.

calía y, lejos de utilizar un método científicamente comprobado, y valiéndome de mi experiencia en la investigación criminal y de los datos fácticos que surgen de los expedientes, he llegado a las siguientes conclusiones:

- En la mayoría de los casos que se inician por distribución, facilitación o producción de material pornográfico infantil, sus autores poseen, además, cantidad de material que aún no ha sido distribuido o facilitado, simplemente lo tienen en su poder.

- Son muchos los casos en que encontramos en poder de los sospechosos enormes cantidades de material de pornografía infantil –que no han compartido o distribuido– y, al no poder comprobar *inequívocamente* –como lo requiere nuestra legislación– que esa tenencia es para distribuir, debemos cerrar los casos por atipicidad.

- Conforman un número considerable de casos los que comienzan por la distribución y, al profundizar la investigación, se sospecha –y se investiga– que se abusó sexualmente a algunos de los niños convivientes del entorno familiar.

- De otro número de casos que comienza con la investigación de la mera tenencia o distribución de pornografía infantil, se desprenden proposiciones sexuales y eróticas del pedófilo al niño a través de comunicaciones vía chat, o webcam.

- En todos y cada uno de estos casos señalados, los sospechosos *siempre tienen en su poder material pornográfico infantil*.

Lo expuesto me permite concluir que quien posee, quien tan sólo tiene, conforma inexorablemente parte de la cadena que termina –también inexorablemente– con el abuso sexual a los niños. Porque está comprobado que el que tiene es porque bajó ese material, pero subió otro. La lógica de quienes se dedican a esta actividad delictiva es intercambiar para tener cada vez más y diferente material. De hecho, cuando se analizan los dispositivos de almacenamiento informático secuestrados durante allanamientos, podemos observar cómo los pedófilos “coleccionan” y archivan el material infantil, seleccionando carpetas por edad y sexo de los niños y bebés y tipo de actividad sexual a la que fueron sometidos los menores de edad. El deseo de tener cada vez más –demanda–, para coleccionar y para satisfacer sus necesidades libidinosas, no hace otra cosa que generar oferta. Pero el que colecciona quiere cosas diferentes a las que ya tiene, y esto provoca aberrantes opciones: que quien suele producir y/o comercializar los videos y fotografías utilice otros o los mismos niños para filmarlos o fotografiarlos mientras realicen actividades sexuales con otros niños o con adultos, y en consecuencia, generar mayor cantidad de material; o que quien consume ese ma-

terial se vea alentado para producir/abusar a los niños que tiene a su alcance –muchas veces pertenecen al mismo entorno familiar–; o bien que utilice ese material que *posee* para demostrarles a los niños mediante su exhibición, que es “normal” que los menores de edad lleven a cabo ese tipo de actividades sexuales.

Entonces, no se trata de que el Estado deba injerir en la libertad de expresión y en la vida privada de quienes consumen este material pornográfico infantil; por el contrario, es el Estado el que debe intervenir castigando conductas que, indefectiblemente, llevan directa o indirectamente a concretar un abuso sexual a terceras personas: ni más ni menos que a los niños, niñas y bebés.

Nada de lo que he escrito en esta última sección me lo contaron o lo leí. Simplemente lo viví; en el análisis diario de los casos, en el resultado de las investigaciones, en el trato diario con los menores víctimas, con sus padres, con los imputados... Y ese daño ocasionado a ellos es irreversible, permanente, no se olvida jamás.

En esa línea de razonamiento, no hay dudas de que existe un deber superior del Estado en la protección de la infancia, fundamento de la criminalización de la distribución, comercialización, facilitación y producción de la pornografía infantil, sobre la base de que el material requiere para su elaboración de la práctica de un abuso sexual sobre el menor de edad lesionando su intimidad, su indemnidad sexual y su libre desarrollo en la sexualidad, cuestión que se superpone, sin dudas, a la libertad de expresión y sexual del autor del delito.

Concretamente, el fundamento para la criminalización de la tenencia de pornografía infantil se basa en el interés superior de la infancia, pues es la reproducción constante y la difusión de un abuso o agresión sexual cometida en contra de un niño que carece de la capacidad de autodeterminación en el ámbito sexual. En ese sentido, el daño ya provocado a ese niño derivado del abuso sexual practicado durante la producción, lo ha sido porque el poseedor tiene una responsabilidad en el comportamiento de quienes producen. Su conducta –tener– incentiva la producción y realización de otros abusos sexuales.

En este orden de ideas, entiendo que quienes almacenan en sus dispositivos informáticos imágenes de pornografía infantil para satisfacer sus deseos personales tienen probabilidad de agredir o abusar sexualmente de los niños; entonces, su tipificación operaría como una forma de control discrecional de la sociedad, entendiéndose como una manifestación de criminalidad objetiva, por cuanto la tenencia de material pornográfico infantil puede provocar graves riesgos y peligros.

No obstante, se podría pensar en algunos límites; como comprobar que la tenencia era con fines inocentes, o que se desconocía la posesión de tal material, circunstancia que será analizada en el contexto del plexo probatorio en cada caso concreto.

En consecuencia, y en razón de lo analizado, considero que la legislación argentina, en su art. 128, podría contemplar la tenencia simple de material pornográfico infantil, teniendo especialmente en cuenta el texto del 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, incorporada a nuestra Constitución Nacional en su art. 75, inc. 22.

BIBLIOGRAFÍA

- AKDENIZ, Y., *Internet Child Pornography and the Law: National and International Responses*, Padstow, Cornwall, TJ International Ltd., 2008.
- DE LA ROSA CORTINA, J. M., *Los delitos de pornografía infantil. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- DIEZ RIPOLLÉS, J. L., "El bien jurídico protegido en un derecho penal garantista", en *Jueces para la Democracia*, n° 30, 1997.
- *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras*, Bosch, Barcelona, 1982.
- ESQUINAS VALVERDE, P., "El tipo de posesión de pornografía infantil en el Código Penal español. Razones para su destipificación", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, n° 18, 2006.
- FLETCHER, G., *Rethinking Criminal Law*, 2ª ed., Oxford University Press, New York, 2000.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estado de Derecho y Ley-Penal*, La Ley, Madrid, 2009.
- MALENSKY, A.; ENNIS, L.; GRESS, C., *Child pornography and the Internet*, New York, Oxford University Press, 2009.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., "Cuestiones conflictivas en la actual regulación de los delitos de pornografía infantil", en García González, Javier, *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

- ORTS BERENGUER, E., "Delitos contra la indemnidad sexual", en AA.VV., *Derecho Penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- OXMAN, N., "Aspectos políticos-criminales y criminológicos de la posesión de pornografía infantil en EE.UU.", *Pol.Crim.*, vol. 6, nº 12, 2011.
- PALAZZI, Pablo, *Los delitos informáticos en el Código Penal. Análisis de la ley 26.388*, Abeledo-Perrot, 2ª ed., 2012.
- PASTOR MUÑOZ, N., *Los delitos de posesión y los delitos de status: una aproximación político-criminal y dogmática*, Atelier, Barcelona, 2005.
- SCHMIDT-SANDWICK, R., "Constitutional law-freedom of speech: Supreme Court strikes down two provisions of the child pornography prevention act, leaving virtual child pornography virtually unregulated. *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 122 S. CT.1389 2002", *North Dakota Law Review*, t. 79, 2003.
- SETO, M.; EKE, A., "The Criminal histories and later offending of child pornography offenders. Sexual abuse", *A Journal of Research and Treatment*, t. 17, nº 2, 2005.
- WATANABE, Jacqueline, "Real problems, virtual solutions: the (still) uncertain future of virtual child pornography legislation", *Journal of Technology Law & Policy*, t. 10, 2005.

UNIDAD 13

**DERECHO PENAL
INTERNACIONAL**

Competencias

- Analizar y reconocer las principales características de los crímenes de lesa humanidad en el Derecho Penal Internacional y el discurso del odio en la doctrina jurídico penal.

PRIMERA LECTURA

Barrenechea Abarca, H. (2023). CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD. Consideraciones de política-criminal y análisis de la estructura del tipo del injusto. En Alvarez Yrala, E. (Dir.). Derecho Penal y dignidad humana. Libro homenaje al profesor Felipe Villavicencio Terreros. Vol. 2. (pp. 681-715). Lima, Perú. Grijley.

La creación de los crímenes de lesa humanidad es el resultado de la jurisprudencia del derecho internacional penal concebido sobre la base de casos judiciales; y en referencia a su génesis jurídica, aparecieron vinculados a los crímenes de guerra del cual se han ido independizando progresivamente hasta alcanzar, contemporáneamente su autonomía típica. Asimismo, guardan un carácter subsidiario frente a las otras figuras internacionales delictivas.

Director

Edwar Omar Alvarez Yrala

DERECHO PENAL

y dignidad humana

- Libro homenaje al profesor
FELIPE VILLAVICENCIO
TERREROS



Coordinadores

Juan E. Carrión Díaz

Magaly Lopez Arenas

Volumen 2



Director
Edwar Omar Alvarez Yrala

DERECHO PENAL

y dignidad humana

Libro homenaje al profesor
FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS

Volumen 2

Coordinadores:
Juan E. Carrión Díaz
Magaly Lopez Arenas

GRILEY

Primera edición: enero de 2023

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca
Nacional del Perú N.º 2022-12373

Registro del Proyecto Editorial: 31501012200655

ISBN obra completa: 978-9972-04-753-4

ISBN volumen 2: 978-9972-04-756-5

© 2023, **Derecho Penal y dignidad humana
Parte general, especial y proceso
penal**

© 2023, **Juan E. Carrión Díaz
Magaly Lopez Arenas**
Coordinadores

© 2023, **Editora y Librería Jurídica Grijley E. I. R. L.**
Jr. Azángaro 1077, Lima - Perú
Tífs.: 01-3210258 / 923054974
ventas@libreriasgrijley.com

Diseño y diagramación

Libia Huamali Sánchez

Composición e impresión

Editora y Librería Jurídica Grijley E. I. R. L.
Av. Tingo María 1330 - Lima - Perú
Tífs.: 01-3375252 / 955474204
ediciongrijley@gmail.com

Tiraje: 1 000 ejemplares

DERECHOS RESERVADOS: Decreto Legislativo N.º 822

Prohibida la reproducción de este libro por
cualquier medio, total o parcialmente, sin
permiso expreso de la editorial.

CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

Consideraciones de política-criminal y análisis de la estructura del tipo del injusto^(*)



Hernán Barrenechea Abarca^(**)

Perú

SUMARIO: I. Una aproximación: Los CLH en el derecho internacional penal. II. Consideraciones de política-criminal internacional de los CLH. III. Estructura del injusto típico de los CLH. 3.1. Imputación al tipo objetivo (*actus reus*) de los CLH. 3.1.1. Elementos materiales (acto-típico base). 3.2. Elementos contextuales (art. 7.1 y 2 del ECPI) 3.3. Imputación subjetiva o intencional (*mens rea*).

- ^(*) De esta manera contribuyo al honorable homenaje póstumo que se rinde a nuestro admirado, querido y venerado maestro Dr. Dr. h. c. Felipe Villavicencio Terreros. El tema elegido es alusivo a los crímenes internacionales contra el derecho internacional de los derechos humanos porque a esta área de las ciencias jurídicas el homenajeado ha dedicado sus esfuerzos intelectuales y profesionales, pues no solo fue un eximio penalista y criminólogo, sino también un convencido defensor y promotor de los derechos humanos en el Perú. En agradecimiento por sus enseñanzas, amistad, apoyo y al inmenso afecto que se le profesa, se dedica lo que a continuación se escribe.
- ^(**) Abogado en litigios penales. Exasistente de investigación y de cátedra del Prof. Dr. Dr. h. c. Felipe Villavicencio Terreros.

Resumen: De los cuatro crímenes internacionales tipificados por el Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI)⁽¹⁾, a pesar de constituirse como su figura nuclear, los Crímenes de Lesa Humanidad (CLH) —o denominados también «crímenes contra la humanidad»⁽²⁾— han sido ignorados durante años. Actualmente, quedan cuestiones a ser debatidas y aclaradas, con relación a la comprensión y el alcance jurídico-conceptual de los elementos que configuran la estructura típica del injusto⁽³⁾ y acerca del campo de acción de los mecanismos implementados en la lucha eficaz contra su impunidad. Sobre ambos aspectos (el primero, de corte jurídico-penal dogmático y, el segundo, de política-criminal internacional) nos ocuparemos en las siguientes líneas.

I. UNA APROXIMACIÓN: LOS CLH EN EL DERECHO INTERNACIONAL PENAL

La necesidad de la comunidad de las naciones de emplear el *ius internacional puniendi* radica en prevenir y sancionar los crímenes internacionales⁽⁴⁾. El derecho internacional penal es vinculante a todas las

(1) Los cuatro crímenes internacionales, de acuerdo al art. 5.1 del ECPI, son los siguientes: a) el crimen de genocidio; b) los crímenes de lesa humanidad; c) los crímenes de guerra, y d) el crimen de agresión. Una definición ampliamente difundida de los CLH sería: «aquellos actos inhumanos graves (asesinato, violaciones, persecución de grupos o colectivo, etc.) cometidos por el Estado o una organización no-estatal en un contexto de ataque generalizado o sistemático dirigido en contra de la población civil, con el conocimiento de dicho ataque».

(2) Nos referimos en su estatus de crimen internacional y no como está catalogado en el Código Penal peruano (Título XIV-A, Delitos contra la humanidad). Para Meini: «En sus artículos 319° a 324° el Código penal de 1991, regula, bajo el *nomen* de “delitos contra la humanidad”, los tipos penales de genocidio —art. 319°—, desaparición forzada —art. 320°—, tortura —art. 321°—, discriminación —art. 323°—, y manipulación genética —art. 324°—. Estos cinco comportamientos delictivos no son los únicos que deberían formar parte de la respuesta estatal a la violación de derechos humanos, ni todos los contemplados habrían de permanecer como delito de lesa humanidad» (MEINI. «Los delitos contra la humanidad en el ordenamiento legal peruano». En MACEDO, F. (Coord.). *Los caminos de la justicia penal y los derechos humanos*. Idehpupc, 2007, p. 111).

(3) GIL GIL, A. «Prólogo» a Liñan Lafuente. *El crimen contra la humanidad*. Madrid: Dykinson, 2015. Anteriormente mencionado, en GIL GIL, A. Crímenes contra la humanidad. En *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, N.º 10, 2016, p. 202.

(4) En el ámbito doctrinario, por un lado, se sostiene: «El objeto de las prescripciones normativas del derecho penal internacional consiste, por tanto, en delimitar las conductas

personas⁽⁵⁾ (*carácter imperativo del derecho*) y, como ordenamiento jurídico supranacional de *última ratio*, solo sanciona a aquellas transgresiones a las leyes más elementales de la humanidad⁽⁶⁾ y cuando la protección de los bienes jurídicos no pueda ser garantizada por el ordenamiento penal interno⁽⁷⁾.

específicas que se consideran atentatorias de un interés social de transcendencia mundial dado, para cuya protección parece necesaria la aplicación a sus autores de sanciones penales» (BASSIOUNI, Cherif. *El Derecho penal internacional: historia, objeto y contenido*. En *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. 35, fasc.1, 1982, p. 6). También que el derecho penal internacional protege la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad, no se puede separar ni distinguir estos tres valores entre sí (WERLE, GERHARD. *Tratado de derecho penal internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 82). «La finalidad del derecho penal internacional, al tratarse de los crímenes más graves, es la preservación del orden jurídico internacional, de la paz internacional» (BURNEO LABRIN, J. A. *Derecho penal internacional. Genealogía de los crímenes internacionales más graves*. Fondo Editorial de la Universidad Católica del Perú, 2017, p. 18). «El crimen internacional es el injusto que vulnera la norma de carácter universal cuya víctima no solo es la persona particular objeto de la acción sino la comunidad en general» (CANCHO ESPINAL, C. *El crimen de lesa humanidad. Análisis dogmático y jurisprudencial*. Editores del Centro, 2015, p. 76); por otro lado, quien consideran: «La función verdadera del derecho penal internacional es la de proteger bienes jurídicos individuales o concretos, como la vida, integridad o la libertad de las personas afectadas a través de un ataque sistemático o generalizado; por tanto, el derecho penal internacional protege a los bienes jurídicos vitales que constituyen el orden internacional, aquellos que son más importantes frente a la forma de agresión más grave. El derecho penal internacional debería castigar la lesión de estos bienes jurídicos vitales sin que deban ser confundidos con la paz y la seguridad de la humanidad, los cuales representan el objeto genérico de protección de derechos penal internacional, integrado por bienes jurídicos concretos protegidos en cada uno de los tipos de los delitos internacionales» (GIL GIL, Alicia. *Derecho penal internacional*. Madrid: Tecnos, 1999, p. 35; AMBOS, Kai. *Crímenes de lesa humanidad y la Corte Penal Internacional*. En *Revista General de Derecho Penal*, N.º 17, 2012, pp. 5 y 6 y LIÑAN LAFUENTE. *Op. cit.*, pp. 175 y ss.).

- (5) «La fundamentación teórica del Derecho penal internacional ha de basarse en un contrato social ampliado. Este es un nuevo término cuya fuente de inspiración reside en el mismo racionamiento del clásico contrato social, pero con alcance "universal". El contrato social ampliado viene a ser la fase final del individuo en su socialización normativa. El contrato social ampliado es el pacto entre los ciudadanos de los distintos Estados, por imperativo de la razón de ponerse de acuerdo en la creación de un Leviatán Universal, y ponga orden en la comunidad internacional». CANCHO ESPINAL. *Op. cit.*, pp. 45 y 46.
- (6) AMBOS, K. *Op. cit.*, p. 6.
- (7) GIL GIL, A. «Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional». En AMBOS, K. (Coord.). *La nueva justicia penal supranacional: desarrollos post-Roma*. 2002, pp. 65-104: «La intervención del derecho penal internacional

El derecho internacional penal está centrado en el principio de *responsabilidad penal-individual*⁽⁸⁾ y se instaura bajo un conjunto de reglas jurídicas para una eficaz persecución y sanción de los crímenes internacionales (*reglas del derecho internacional penal*), siendo las más renombradas: *la imprescriptibilidad de la acción penal y de la pena*⁽⁹⁾, *el principio de justicia universal* y *la proscripción de «concesiones política de impunidad»*⁽¹⁰⁾. A las concesiones políticas de impunidad, en el Sistema de Protección Inter-

se producirá cuando la protección de los bienes jurídicos no pueda ser garantizada por los ordenamientos internos, bien porque son atacados en una situación especial, como la guerra que exige la intervención del derecho internacional y así encontramos los crímenes de guerra, o bien porque los delitos son cometidos con la participación o tolerancia del poder público de *iusuris* o *de facto*».

- (8) Tribunal Militar Internacional de Nuremberg: «Los crímenes contra los derechos internacionales son cometidos por individuos y no por entidades abstractas». También, CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier. «Responsabilidad internacional del individuo y responsabilidad internacional del Estado. Encuentros y desencuentros en torno a la figura de los crímenes de derecho internacional». En GONZÁLEZ IBÁÑEZ, J. (Dir.). *Protección internacional de derechos humanos y Estado de Derecho*. Bogotá: Ibáñez, 2009, pp. 551 y ss. Para MONTOYA VIVANCO, Yván: «El Estado seguirá siendo internacionalmente responsable, sin que pueda eximirse de su responsabilidad invocando el procesamiento o el castigo a autores del crimen». En COMISEDHH. *Comentarios sobre aspectos relevantes para la propuesta normativa. Delitos contra el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario*. Comisedh, 2008, p. 27. «Dada la importancia de los derechos que están en juego puede considerarse que los Estados tiene un interés jurídico en que esos derechos sean protegidos; las obligaciones de que se trata son obligaciones *erga omnes*. Esto significa, que estas obligaciones son exigibles a todos los Estados y por todos los Estados»: ANDREU-GUZMÁN, Federico. *Derecho internacional y lucha contra la impunidad*. Ginebra: Comisión Interamericana de Juristas, 2014, p. 60.
- (9) Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Asimismo, «La invocación de la imprescriptibilidad de los delitos contra el DIDH y el DIH resulta ser una excepción frente al resto de la imprescriptibilidad en los delitos del catálogo penal, la misma que impide, por un lado, computar un marco de tiempo, tomado en cuenta el límite máximo de la conminación penal (no se cuenta ni la prescripción ordinaria ni la extraordinaria) y, por otro lado, invocar el sobreseimiento de una investigación judicial o el juzgamiento del mismo, alcanzando con ello la condena, tanto como la ejecución de la pena»: VILLAVICENCIO TERREROS. En COMISEDHH. *Comentarios sobre aspectos relevantes para la propuesta normativa. Delitos contra el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario*. Comisedh, 2008, p. 32.
- (10) ÁMBOS, Kai. *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*. Bogotá: Temis, 2004, p. 59.

nacional de los Derechos Humanos, se les conoce como «mecanismo de impunidad», compuestas por el *indulto*, *amnistía*, *derecho de gracia*, *cosa juzgada fraudulenta* y *non bis in ídem*. Los mecanismos de impunidad tienden a proteger o coberturar legal o jurídicamente a los perpetradores de los crímenes atroces para eximirles de responsabilidad penal⁽¹¹⁾; por esta razón, su aplicación en los crímenes internacionales, y concretamente, en los casos de CLH carecen de validez jurídica y de legitimidad internacional.

El CLH es un crimen internacional y como tal está contemplado en el art. 7 del ECPI; estableciéndose determinados elementos contextuales o generales (*hecho típico-completo*) que deberá reunir un delito individual o tipo penal subyacente (*hecho típico-base*) para alcanzar la connotación jurídica de un crimen de esta clase. La creación de los CLH es el resultado de la jurisprudencia del derecho internacional penal concebido sobre la base de casos judiciales; y en referencia a su génesis jurídica⁽¹²⁾, aparecieron vinculados a los crímenes de guerra (*su comisión dependía de la existía o no de un conflicto armado interno o internacional*) del cual se han ido independizando progresivamente hasta alcanzar, contemporáneamente, su autonomía típica. Asimismo, guardan un carácter *subsidiario* frente a las otras figuras internacionales delictivas, pues ante los vacíos o defectos de criminalización de estos últimos, y en especial de los crímenes de guerra⁽¹³⁾, se podrá recurrir a la aplicación de los primeros.

El ECPI, como cuerpo legal internacional, en materia penal, representa por excelencia la etapa de «codificación» de los CLH y de los demás

(11) La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido una línea jurisprudencial en el sentido de no considerar admisible las disposiciones de amnistía, indulto y derecho de gracia, prescripción o cualquier mecanismo que excluya responsabilidad o impida que se investigue, juzgue o sancione a los culpables de graves violaciones de derechos humanos: Véase Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (Sentencia de 29 de julio de 1988); Caso Barrios Alto vs. Perú (Sentencia del 14 de mayo de 2001); Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile (Sentencia de 26 de setiembre de 2006) y Caso La Cantuta vs. Perú (Sentencia de 29 de setiembre de 2006).

(12) Véase al respecto y de forma profunda: ESTEVES, L. *Crímenes de lesa humanidad. Genealogía de un concepto jurídico filosófico contemporáneo*. Madrid: Reus, 2021, pp. 165 y ss.

(13) AMBOS, K. Crímenes de lesa humanidad y la Corte Penal Internacional. En *Revista General de Derecho Penal*, N.º 17, 2012, p. 12.

crímenes internacionales y, en general, el gran avance jurídico-formal del derecho internacional penal⁽¹⁴⁾; pero, el sustento para la represión de los CLH está vinculado al derecho internacional consuetudinario⁽¹⁵⁾. En efecto, los CLH constituyen una trasgresión a las normas de *ius cogens*, esto es, a las «normas jurídicas internacionales preexistentes»⁽¹⁶⁾ (del derecho internacional consuetudinario). La interacción en el derecho internacional penal entre tratado y costumbre internacional produce efectos de cristalización o surgimiento de normas internacionales penales de carácter general en los supuestos en que aún no se ha consolidado su vigencia en un instrumento internacional⁽¹⁷⁾. Por tanto, entender a los CLH como violación de normas de *ius cogens* comporta: i) reafirmar la coexistencia en el derecho internacional penal de normas de *ius cogens* y normas internacionales de naturaleza convencional, en donde las segundas no deben colisionar con las primeras⁽¹⁸⁾; ii) reconocer la plena validez jurídica de las investigaciones, juzgamientos y sanciones por CLH de aquellos hechos atroces cometidos con anterioridad a la entrada en vigor del ECPI⁽¹⁹⁾, sin que esto suponga un desacatamiento al principio de legalidad penal⁽²⁰⁾,

(14) *Ibidem*, p. 3; CANCHO ESPINAL, C. *El crimen de lesa humanidad. Análisis dogmático y jurisprudencial*. Editorial Lima: Editores del Centro, 2015, p. 9.

(15) Ello se evidencia por lo menos en tres instrumentos internacionales: la «Cláusula Martens» de los Convenios de la Haya de 1899 y 1907, en referencia a las leyes de humanidad, la Declaración Conjunta del 28 de mayo de 1915 que censura los crímenes contra la humanidad y la civilización, así como el Informe de 1919 de la comisión sobre la responsabilidad de los autores de la guerra que sostiene la responsabilidad penal individual por «violaciones a las leyes de humanidad». Véase AMBOS, *Op. cit.*, p. 3.

(16) BURNEO LABRIN, José Antonio. *Derecho penal internacional. Genealogía de los crímenes internacionales más graves*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Católica del Perú, 2017, p. 26.

(17) ACOSTA ESTÉVEZ, José. La tipificación del delito internacional en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. En *A.E.D.I.*, vol. 25, p. 181.

(18) BURNEO LABRIN. *Op. cit.*, p. 26.

(19) El ECPI fue adoptado el 17 de julio de 1998 y entró en vigencia el 1 de julio de 2002.

(20) La creación de figuras delictivas como el CLH pueden aplicarse retroactivamente a los hechos sucedidos anteriormente a la vigencia del ECPI. Para Cancho Espinal: «el fundamento es que estas normas ya existieron y lo que ha faltado es solo reconocerlas formalmente» (*Op. cit.*, p. 136).

y iii) la obligación para el Estado, en los que se han cometido o se están ejecutando los crímenes, de investigar, juzgar y sancionar a los responsables, a fin de que no queden impunes⁽²¹⁾.

La finalidad de criminalizar los CLH, a través del derecho internacional penal, es tutelar bienes jurídicos de trascendencia internacional, que no es más que la protección de los derechos humanos mínimos e indispensables para garantizar el respeto de la dignidad del ser humano como valor universal. Los derechos humanos desempeñan una función de «protección del ciudadano en contra del poder del Estado, obligándolo a actuar dentro del marco del Estado de derecho y otorgando al ciudadano el uso de sus derechos humanos y protegiendo su dignidad humana»⁽²²⁾.

Con todo, la mayor gravedad que representan los CLH, en comparación con los delitos comunes, está reflejada en la *inversión moral del Estado*⁽²³⁾, cuando este es el perpetrador de los derechos humanos y cuando es una «organizaciones no-estatales», en el ejercicio abusivo, horrendo y atroz del poder *de facto* que detenta para cometerlos⁽²⁴⁾.

II. CONSIDERACIONES DE POLÍTICA-CRIMINAL INTERNACIONAL DE LOS CLH

Generalmente, identificar el bien jurídico que merece protección del derecho internacional penal (*criminalización primaria*) y la de implementar mecanismos eficaces, y de alcance universal, para determinar cuándo y

(21) ANDREU-GUZMÁN, F. *Derecho internacional y lucha contra la impunidad*. Ginebra: Comisión Interamericana de Juristas, 2014, p. 62: «La obligación internacional de un Estado de juzgar y castigar a los responsables de crímenes de lesa humanidad es una norma imperativa de derecho internacional que pertenece a *ius cogens*».

(22) VERVAELE, John. *Internacionalización del derecho penal y proceso penal. Necesidad y desafíos*. Jurista, 2015, p. 374. También WOLTER, Jürgen. «Derechos humanos y protección de bienes jurídicos en un sistema europeo del derecho penal». En *Fundamento de un sistema europeo de derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1995, p. 49.

(23) Esto implica una inversión sistemática de los recursos jurisdiccionales del Estado. Vernon, citado por AMBOS. *Op. cit.*, 2012, p. 3.

(24) En este sentido, Luban: «los crímenes contra la humanidad» son la expresión de que «la política ha ido horriblemente mal», citado por AMBOS. *Op. cit.*, 2012, p. 4.

cómo prevenir y sancionar las afectaciones a los bienes jurídicos protegidos (*criminalización secundaria*), forman parte de los temas de política-criminal internacional⁽²⁵⁾.

Respecto a la criminalización primaria de los CLH, esto es, la de identificar y determinar el bien jurídico protegido, la literatura jurídica especializada en este tema, da cuenta de la existencia de las siguientes teorías:

- a) **Teoría de la protección colectiva:** Considera que el bien jurídico que se cautela con la sanción de los CLH se relaciona con la exigencia de la multiplicidad de las víctimas, porque el ECPI exige que el ataque sea dirigido a la población civil. El bien jurídico protegido será deducido de las cualidades comunes por las víctimas; siendo estos: *la raza, la nacionalidad o la pertenencia a un grupo o la comunidad internacional o la humanidad*⁽²⁶⁾. El sujeto pasivo es la población civil, entendida como ente colectivo.

(25) VERVAELE, John. *Op. cit.*, p. 369.

(26) «La gravedad de la cláusula umbral en función de la generalidad, masividad o sistematicidad de los actos» (). Para VILLAVICENCIO TERREROS, el ataque dirigido «contra una población civil, y de ahí se desprende el objeto de tutela penal que no es más que la protección de los derechos humanos de la población víctima» (*Op. cit.*, p. 62 y también en VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho penal. Parte Especial*. Vol. I. Lima: Grijley, 2014, p. 71). Para Meini: «solo una definición de lesa humanidad orientada en función del bien jurídico permite apreciar que, en tales casos, no se lesiona únicamente a la víctima individual en sus derechos básicos, sino a la humanidad en su conjunto» (MEINI. *Op. cit.*, pp. 113 y 114). Para Caro John: El sujeto pasivo de este delito no es el individuo que sufre las consecuencias de la acción criminal, pues si bien él ve menoscabado o destruido un derecho del cual es titular, no por ello es sujeto pasivo del delito. La norma no protege directamente a los individuos que conforman la población civil, sino que busca proteger a la población civil, como colectivo, de los ataques que violentan un sector específico de los derechos humanos de sus integrantes [...] el ataque debe recaer sobre una población civil se entiende como el acto que atenta contra los derechos humanos de los integrantes de esa población (CARO JOHN, J. A. *El delito de lesa humanidad. Respuesta a algunos problemas interpretativo*. Lima: Ideas, 2014, pp. 40 y 41). Para CANCHO ESPINAL: el interés protegido de manera general en los crímenes de lesa humanidad es la preservación y respecto de la humanidad misma, así como la paz y la seguridad internacional. La humanidad es la categoría que asigna exigencias mínimas para ser tratados como ser humano. Su vulneración no solo afecta a la víctima, a su comunidad o el Estado donde vive, sino también a todos los Estados y sociedades del mundo» (*Op. cit.*, p. 121).

- b) **Teoría de la protección individual:** Sostiene que el bien jurídico protegido en los CLH es la vida, la libertad o la integridad del individuo que es lesionada a través del ataque generalizado o sistémico a la población civil; mientras que el sujeto pasivo del delito es el portador de los derechos (el individuo)⁽²⁷⁾.
- c) **Teoría de la protección colectiva-individual:** Posición doctrinal dominante que refiere que los ataques producidos con los CLH afectan a todo el género humano; y por ello, son considerados crímenes internacionales. Con los CLH se lesiona a un bien jurídico supraindividual, pero contemplado desde el daño al interés protegido individualmente (derecho a la vida, la libertad, etc.)⁽²⁸⁾. El bien jurídico lesionado en los CLH es el *valor elemental de la comunidad internacional, el bienestar de la humanidad (dimensión colectiva) y la dignidad del ser humano (dimensión individual)*. No obstante, esta propuesta teórica no responde a la pregunta *¿quién es el sujeto pasivo de los CLH?* Desde el plano lógico, según el principio del tercero excluido, lo protegible no puede ser la dimensión individual y la colectiva a la vez.

Por nuestra parte, consideramos que sería adecuado asumir una posición del bien jurídico protegido con base en la norma internacional que sanciona a los CLH, centrada en términos de protección de los derechos

(27) GIL GIL. *Op. cit.*, 1999, p. 123. «El sujeto pasivo del crimen contra la humanidad es la persona individual [...] la exigencia de un sujeto pasivo colectivo no es sino el fruto de la confusión entre el objeto genérico del ataque y una motivación específica no requerida» (LIÑAN LAFUENTE. *Op. cit.*, p. 180). Se busca proteger denominados bienes jurídicos de una persona humana, los cuales se refieren a cuatro derechos (derecho a la vida, derecho a la integridad personal física o mental, el derecho a la libertad personal y el derecho a la dignidad e igualdad) (BURNEO LABRIN. *Op. cit.*, p. 87).

(28) Véase WERLE. *Op. cit.*, pp. 468 y 469: «Los crímenes contra la humanidad representan una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad de constituir un ataque generalizado o sistemático contra los derechos humanos de la población civil [...] el hecho no afecta exclusivamente a la víctima individual, sino a la comunidad internacional en su totalidad. Junto al interés supraindividual el tipo también protege intereses individuales». También, GARCÍA SÁNCHEZ, Beatriz. «Los crímenes de lesa humanidad: una nueva modalidad delictiva en el código penal de 1995». En CUERDA RIEZU (Coord.). *La respuesta del derecho penal ante los nuevos retos*. Dykinson, 2006.

humanos, al constituir la dignidad de la persona el valor supremo de toda la humanidad; esto en el entendido de que toda persona debe recibir un «trato mínimo humanitario de respeto a sus derechos» (Meseke). En este sentido, y a manera de aproximación, se podría sostener que el bien jurídico protegido en los CLH es el derecho de toda persona a «recibir un trato humano»; en tanto que el sujeto pasivo es la persona humana, el titular del derecho lesionado. Defender aquella concepción que sostiene que la comunidad internacional o la humanidad es el bien jurídico protegido en los CLH es amparar la idea de que el derecho a la dignidad, a la vida o a la integridad de la persona afectada es un «medio para la protección de un fin, el de salvaguardar de un grupo»⁽²⁹⁾ o de la humanidad.

La comisión de los CLH trasciende la esfera individual a lo colectivo, esto es, por el carácter universal de los derechos mínimos conculcados; aspecto que permite extender la legitimidad pasiva de la comunidad internacional a que —en nombre o representación del ofendido— demande y reclame el castigo de los responsables de los crímenes (*legitimidad pasiva ampliada*). Asimismo, justificaría la «internacionalización» de los CLH, al considerarse a estos últimos como un crimen del derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, también legitimaría una eventual incursión de la justicia internacional penal en el revestido *principio de soberanía del Estado*⁽³⁰⁾, cuando este es el responsable de graves violaciones de derechos humanos que configuran CLH; pues la justicia internacional penal queda habilitada para intervenir en la soberanía del Estado-agresor con el objetivo de hacer cesar o castigar la comisión de los crímenes.

Por otro lado, en cuanto a la labor de criminalización secundaria de la política-criminal internacional, la adopción de mecanismos eficaces para la prevención y la sanción de los crímenes internacionales —información de

(29) GIL GIL, Alicia. *Los crímenes contra la humanidad y el genocidio... Op. cit.*

(30) Existen excepciones al principio de no intervención a la soberanía del Estado. Cuando exista riesgo de una violación a los derechos humanos está justificada dicha intervención (intervención por derechos humanos): SALMÓN, Elizabeth. *Nociones básicas de derecho internacional público*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017, pp. 38 y ss.

esta índole— recién se podría encontrar en el periodo de «entre guerras». En el ámbito internacional, el primer modelo político-criminal implantado fue uno de corte retributivo (surgido apenas concluyó la Segunda Guerra Mundial), materializado con los juzgamientos y las sanciones a los responsables de crímenes internacionales cometidos durante la Segunda Guerra Mundial. Esta política-criminal internacional estuvo diseñada a la medida de los vencedores, puesto que introdujo a escena un derecho internacional penal *ad hoc*, como mera respuesta punitiva a las circunstancias sociales y políticas que demandaba el momento y que configuraba a la finalidad de la pena en clave retributiva, en la pura sanción por el crimen cometido (*punitur, quia peccatum est*)⁽³¹⁾, —alusivo a esta ideología punitiva— fue pues la aplicación de la pena de muerte a los responsables de dichos crímenes.

Frente a esa política-criminal retributiva, alternativamente germinó un modelo de política-criminal internacional de prevención y sanción elaborado en el marco de la lucha universal contra la impunidad de los crímenes internacionales. Este modelo se caracteriza por impulsar la aplicación de reglas especiales para investigar, juzgar y sancionar a los responsables (*reglas del derecho internacional penal*), sin importar la condición, el estatus o el cargo que detentare el culpable. Por «impunidad» se entiende a la *inexistencia de responsabilidad penal por parte de los autores de los crímenes internacionales, que escapan de toda investigación, juzgamiento o sanción*⁽³²⁾.

No siempre ha existido una política criminal destinada frontalmente a la lucha contra la impunidad de los crímenes internacionales, más aún la historia de la humanidad también ha experimentado un proceso de impunidad como un mal necesario:

(31) Véase BARRENECHEA ABARCA, Hernán. «El significado y fin de la pena desde una perspectiva normativa». En *Cuestiones actuales del sistema penal. Crisis y desafíos*. XX Congreso Latinoamericano, XII Iberoamericano y V Nacional de Derecho Penal y Criminología. Lima: ARA Editores, 2008, p. 117.

(32) Conjunto de principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

la impunidad de las graves violaciones de los derechos humanos aunque muchas veces condenadas, fue por mucho tiempo asumida como necesario por distintas instancias de las Naciones Unidas, dominaba la idea que la impunidad era el precio a pagar para asegurar la transiciones a la democracia, el retorno de los «militares a sus cuarteles» o la superación de los conflictos armados internos⁽³³⁾.

En la actualidad, en las ciencias del derecho internacional penal se ha terminado por imponer una política criminal internacional enmarcada en la idea de la lucha universal contra la impunidad, y sus retos actuales son la implementación y el perfeccionamiento de técnicas, estrategias y destrezas eficaces para la prevención y la represión de los crímenes internacionales cometidos por el Estado o por los particulares con la aquiescencia de este. Fue las Naciones Unidas quien adoptó un enfoque de lucha frontal y de carácter universal en contra de la impunidad de crímenes internacionales, disponiendo obligaciones internacionales a los Estados para el respeto de los derechos humanos y la incoación de investigación, juzgamiento y sanción de estos crímenes⁽³⁴⁾. La línea política-criminal que sigue el ECPI es la de poner fin a la impunidad de los autores de los crímenes (*lucha contra la impunidad universal*) y de contribuir así a la prevención de nuevos crímenes (*fin preventivo de la pena*)⁽³⁵⁾.

A la variedad de acciones, técnicas, programas y mecanismos de prevención y sanción de los crímenes internacionales, que son formulados, implementados y ejecutados por el modelo político-criminal internacional de lucha contra la impunidad, se les podría agrupar en tres campos temáticos: i) la implementación de salvaguardas para la protección del bien jurídico (función preventiva *ex ante*); ii) la investigación, juzgamiento y sanción de los crímenes internacionales ya cometidos (función represiva) y iii) las acciones de «no repetición» de hechos atroces (función preventiva *ex post factum*).

(33) ANDREU-GUZMÁN. *Op. cit.*, p. 7.

(34) *Ibidem*, pp. 10 y 13.

(35) Preámbulo del ECPI, párrafo 5.

La función político-criminal de prevención de los crímenes internacionales se habría implementado a mitad del siglo XX, a través de acciones a nivel de políticas-sociales internacionales. En el campo diplomático supranacional rindieron frutos significativos las acciones de prevención en razón de que las organizaciones internacionales de los Estados requirieron decididamente a los Estados-perpetradores el cese de actos perversos y de violaciones de derechos humanos, como respuesta a demandas formuladas por las sociedades civiles, asociaciones de víctimas y familiares y de organizaciones civiles no gubernamentales⁽³⁶⁾. Esto permitió que en la comunidad internacional irrumpa la toma de conciencia internacional por la humanidad y la defensa del ser humano contra la barbarie de los Estados⁽³⁷⁾; y, de esta manera, sobre la base de las experiencias vividas por la humanidad por hechos criminales pasados, pero con la esperanza de que no se repitan, se eviten futuras comisiones de crímenes internacionales.

Asimismo, a efectos de prevenir político-criminalmente la comisión de crímenes internacionales, fue trascendental la instauración en el derecho internacional de los Tribunales Militares Internacionales (Nuremberg y Extremo Oriente [Tokio]), de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* (ex Yugoslavia, Ruanda y Sierra Leona) y del Tribunal Penal Internacional de carácter permanente (Corte Penal Internacional), con jurisdicción sobre los crímenes más graves para la comunidad internacional, quienes afirmaron, a través de sus jurisprudencias, la responsabilidad penal individual de los agresores y la obligación de todos los Estados de no cometer crímenes internacionales o de impedirlos o de no fomentar su impunidad⁽³⁸⁾.

La política-criminal internacional, en su *función represiva* de investigar, juzgar y sancionar a los responsables por la comisión de crímenes internacionales, ha diseñado un sistema amplio o de «tres modalidades o vías para la sanción penal»⁽³⁹⁾; es decir, una justicia internacional penal

(36) ANDREU-GUZMÁN. *Op. cit.*, p. 10.

(37) *Ibidem*, pp. 7 y ss.

(38) *Ibidem*, p. 29.

(39) Expresamente BURNEO LABRIN. *Op. cit.*, p. 33

con un triple acceso a la tutela judicial efectiva internacional⁽⁴⁰⁾. Esto con el único afán de evitar la impunidad de los crímenes internacionales:

- i) El primer acceso para la investigación y el juzgamiento son los llamados tribunales penales nacionales en donde se cometieron los crímenes, «en ejercicio de la potestad jurisdiccional territorial»⁽⁴¹⁾, pero con vocación de justicia internacional penal⁽⁴²⁾.
- ii) El segundo acceso para la investigación y el juzgamiento son los llamados tribunales nacionales, distintos al territorio en donde ocurrieron los crímenes, que ejercen en determinados casos jurisdicción universal⁽⁴³⁾ y/o en cumplimiento a la obligación «extraditar o juzgar» (*aut dedere, aut iudicare*)⁽⁴⁴⁾.
- iii) El tercer acceso para la investigación y el juzgamiento es el Tribunal internacional penal con base en la jurisdicción internacional penal, de acuerdo al principio de complementariedad que recoge el ECPI. La Corte Penal Internacional cumple un rol *subsidiario* en la judicialización de los casos, porque *solo cabe acudir a esta cuando falte*

(40) No necesariamente existe un orden de prelación entre el segundo y tercer acceso judicial.

(41) BURNEO LABRIN. *Op. cit.*, p. 33.

(42) Véase Párrafo 4 del ECPI: «Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional [...]».

(43) BURNEO LABRIN. *Op. cit.*, p. 33. «La jurisdicción universal es un principio jurídico que permite o exige a un Estado enjuiciar penalmente ciertos crímenes, independientemente del lugar donde se haya cometido el crimen y de la nacionalidad del autor o de la víctima»: PHILIPPE, Xavier. Los principios de jurisdicción universal y complementariedad: su interconexión. En *International Review of the Red Cross*, N.º 862, 2006, p 3.

(44) «La obligación de extraditar o juzgar es una cláusula procesal en virtud de la cual el Estado que halla en su territorio a un presunto delincuente, tiene la obligación de elegir entre una de las siguientes opciones: o lo extradita a un Estado que, habiéndolo reclamado, tenga jurisdicción para conocer del delito de que se trate o abre un procedimiento para que sus tribunales investiguen y enjuicien directamente los hechos»: SOSA NAVARRO, M. *Aut dedere aut iudicare*. En *Revista en Cultura de la Legalidad*, N.º 8, 2015, pp. 172.

la protección debida por el ordenamiento jurídico estatal⁽⁴⁵⁾. Es decir, cuando el Estado en los que se cometieron los crímenes no tiene la capacidad o la voluntad para investigar y juzgar a los responsable (o *en apariencia los lleva acabo*) o cuando de los hechos se evidencia tal situación; en estos supuestos, la Corte Penal Internacional asumirá jurisdicción internacional⁽⁴⁶⁾.

La función preventiva *ex post factum* de carácter político-criminal está vinculada al moderno mecanismo de «no repetición» de los hechos horrendos cometidos por los Estados. Las acciones de «no repetición» de la barbarie se manifiestan a través de diversos esquemas socio-políticos con impacto colectivo, y que se vienen implementado a través de instituciones jurídicas y/o sociales: *justicia transicional*, las *comisiones de la verdad y reconciliación*, las *medidas de restitución y satisfacción a las víctimas, sus familiares o a las comunidades afectadas*. En el ámbito de no repetición, también aflora la discusión político-criminal, si se debe o no criminalizar el *delito de negacionismo*.

No se debe soslayar del análisis político-criminal internacional el reciente fenómeno expansivo en el ámbito de aplicación de los CLH. Originariamente en el Perú, y en Latinoamérica, los CLH aparecieron sobre la base de la comisión de delitos individuales o tipos penales subyacentes vinculados a graves violaciones de derechos humanos (*delito de ejecución extrajudicial, desaparición forzada de personas, tortura*). Ahora, se encuentra en debate la aplicación de los CLH a los responsables de delitos cometidos por organizaciones terroristas y a los de corrupción pública realizada en un contexto de sistematicidad.

(45) GIL GIL, Alicia. *Los crímenes contra la humanidad y el genocidio... Op. cit.*

(46) WOLFFHUGEL GUTIÉRREZ, Christian. El principio de complementariedad en el Estatuto de la CPI: una primera aproximación. En *Cuaderno de Derecho Penal*, N.º 4, 2010, p. 17; quien agrega: «la primera opción para investigar los crímenes nucleares está en cabeza de las jurisdicciones nacionales; sin embargo, esta primacía no es absoluta porque un Estado pierde su preponderancia cuando se manifiesta la falta de voluntad o la incapacidad de ejercer su jurisdicción sobre un determinado caso» (*Ibidem*, p. 17).

Un último acápite tiene que ver con la política-criminal internacional contra crímenes internacionales relacionada a la política criminal nacional en esta materia; básicamente, con la necesidad de implementar un proceso de reforma legal de adecuación de la legislación penal nacional a los lineamientos jurídicos establecidos por el ECPI⁽⁴⁷⁾. El Estado peruano está obligado a incorporar a su legislación penal nacional el contenido normativo referido a los crímenes internacionales recogidos en los instrumentos internacionales. Esta obligación emerge del conjunto de normas internacionales consuetudinarias (*normas de ius cogens*) y convencionales internacionales (*principio de complementariedad del ECPI*)⁽⁴⁸⁾. En tal sentido, adecuar nuestra legislación penal interna al marco legal del ECPI significa fortalecer el sistema de prevención y sanción de los crímenes internacionales⁽⁴⁹⁾. La omisión de adecuación de la legislación penal generará márgenes de impunidad atribuibles, bien a la ausencia de tipificación penal, o bien a la deficiente técnica legislativa que se utiliza para la tipificación de los mismos; aspectos que *no pueden ser suplidos por ningún instrumentos internacional del derecho internacional penal, dado que estos no serían auto-aplicables en nuestro ordenamiento, al no contener definiciones precisas ni prever las penas correspondientes*⁽⁵⁰⁾. Por su parte, la justicia penal peruana y latinoamericana, con el objeto de evitar una absoluta impunidad de los CLH cometidos con anterior a la entrada en vigor del ECPI, ha recurrido a utilizar la **técnica de la doble subsunción jurídica**, para con ello reprimir estos crímenes referidos a graves violaciones de derechos humanos. Así, por ejemplo, los delitos de ejecución extrajudicial, desaparición forzada

(47) Los antecedentes para incorporar los crímenes tipificados en el ECPI a la legislación penal peruana se pueden encontrar en la Ley N.º 27837, publicado el 4 de octubre del 2002, que conforma la Comisión Especial Revisora del CP, presentando su propuesta legislativa de adecuación de la legislación penal al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, el 10 de diciembre de 2003; en el Proyecto de Ley N.º 14659/2005-CR y en el Proyecto de Ley N.º 1707/2007 CR.

(48) Véase MONTROYA VIVANCO. *Comentarios...* Op. cit., 2008, pp. 19 y ss.

(49) Véase HUERTA BARRÓN, Miguel. En COMISEDH. *Comentarios sobre aspectos relevantes para la propuesta normativa. Delitos contra el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario*. Comisedh, 2008, pp. 152 y ss.

(50) MONTROYA VIVANCO. *Comentarios...* Op. cit., p. 22.

de personas y tortura, si bien no estaban tipificados por ley penal interna al momento de su comisión delictiva, se les subsumen jurídicamente en *tipos penales alternativos o subyacentes* (delito de asesinato, secuestro o lesiones corporales, respectivamente), ello a efectos de dotar de contenido al *hecho-típico base* (*primera subsunción jurídica*) y, luego de verificado, en el caso concreto, la concurrencia de los elementos contextuales, estos son catalogados como CLH (*segunda subsunción jurídica*). El recurso de la subsunción jurídica de los hechos a tipos penales subyacente es respetuoso del principio de legalidad penal porque, al momento de su comisión, sí se encontraban tipificados por la ley penal nacional y, a la vez, porque las sanciones que se les impone a los responsables son aquellas previstas en el marco punitivo de estos tipos penales alternativos o subyacentes. También es verdad que, desde una perspectiva político-criminal, los tipos penales alternativos no recogen todo el desvalor de la conducta, ni representan el verdadero merecimiento de pena, en comparación con los delitos de grave violaciones de los derechos humanos que configuran CLH.

IV. ESTRUCTURA DEL TIPO DEL INJUSTO DE LOS CLH

El art. 7.1 y 2 del ECPI, al tipificar los CLH, indica un conjunto de elementos legales: elementos *materiales* (*hecho-típico base*), de *contexto* y de *intención*. El tipo del injusto de los CLH está co-fundamentado por un *desvalor de acción* (el modo de comisión delictiva) y en un *desvalor de resultado* (*afectación del derecho a recibir un trato humano*)⁽⁵¹⁾. La *antijuricidad formal* de estos crímenes no se reduce a la comprobación de si la conducta imputada es contraria o no al ordenamiento jurídico nacional, sino en relación al ordenamiento jurídico internacional (*a la jurisdicción internacional*); por tanto, se desestima toda aplicación de aquellas causas de justificación formales, amparadas en leyes temporales o excepcionales que son promulgadas por los

(51). Ampliamente: BERNAL, Camilo. «Elementos para la investigación de crímenes de sistema en el sistema penal peruano». En *Judicialización de violaciones de derechos humanos. Aportes sustantivos y procesales*. Idehpucp, 2010, pp. 128 y ss. MONTÓYA, Yván. «La imputación de responsabilidad individual en comportamientos macrocriminales». En *Judicialización de violaciones de derechos humanos. Aportes sustantivos y procesales*. Lima: Idehpucp, 2010, pp. 79 y ss.

propios Estados-perpetradores con el único objeto de justificar el injusto cometido o de promoverlos o para encubrir o proteger a los culpables, pues «la ley positiva nacional pierde su naturaleza de derecho cuando ni siquiera persigue la justicia» (fórmula de Radbruch)⁽⁵²⁾.

La estructura del tipo del injusto de los CLH está conformada de la siguiente manera: un *hecho base-individual* y un *hecho completo del crimen*⁽⁵³⁾. Los elementos que constituyen la estructura del injusto de los CLH

(52) Véase PASTOR MUÑOZ, Nuria. «¿Qué queda del principio de legalidad en derecho penal internacional?». En CARNEVALI, Raúl. (Coord.). *Derecho, sanción y justicia penal*. Buenos Aires: BdeF, 2017, p 310. En especial, una reflexión sobre la necesidad de recuperar el rigor en la construcción de normas penales internacionales, los límites materiales al derecho positivo y la capacidad de rendimiento de la fórmula de Radbruch.

(53) Para AMBOS. O: «una doble estructura: contexto (chapau) y el hecho individual [...]». Los elementos contextuales o en otras palabras, el encabezado o preámbulo (chapau) establece las condiciones bajo las cuales la comisión de algún acto por parte de una persona constituye un crimen contra la humanidad». Gil Gil. (*Los crímenes contra la humanidad y el genocidio... Op. cit.*) se refiere a los elementos contextuales como los elementos comunes a todas las modalidades. Para Werle, son cuatro los requisitos fundamentales, estos son i) *la prueba disyuntiva o test sistemático*; ii) *el elemento «población civil» como objeto del ataque*; iii) *un requisito mental especial y* iii) *la existencia de actos individuales que se cometan en el marco del ataque* (WERLE. *Tratado de derecho penal internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 468). Para Darryl Robinson: El chapeau del artículo 7, párrafo 1 del ECPI tiene las siguientes características: i) ausencia del requisito de nexa a un conflicto armado, ii) ausencia de un requisito a un motivo discriminatorio, iii) criterio de ataque generalizado o sistemático y iii) el elemento *mens rea* (, N.º). Para LIÑAN LAFUENTE, los presupuestos materiales de los crímenes contra la humanidad se pueden agrupar en dos elementos estructurales: en primer lugar, se encuentran los elementos materiales del crimen (*actus reus*), que describen la conducta típica, las consecuencias resultantes y las circunstancias externas que deben producirse. En el crimen contra la humanidad además de la conducta típica, debe producirse un ataque generalizado o sistemático, características alternativas, dirigidos contra la población civil. Esto representa las circunstancias materiales esenciales de la figura criminal. En segundo lugar, los elementos subjetivos (*mens rea*), que exige, según el art. 30 del Estatuto que el crimen se lleve a cabo con conocimientos e intención (*op. cit.*, pp. 176 y 177). Para Cancho Espinal: los crímenes de lesa humanidad tienen una estructura de imputación, tomando en cuenta dos niveles: el primero, referido a la constatación de un delito con potencialidad de convertirse en crimen de lesa humanidad; y, el segundo nivel, la evaluación de los mismos de acuerdo a los elementos típicos exigibles para la configuración de crímenes de lesa humanidad (*op. cit.*, p. 26); FORER, Andreas y LÓPEZ

son los siguientes: a) imputación al tipo objetivo (*actus reus*), integrado por i) elementos materiales (acto típico-base o delito individual o subyacente) y ii) por los elementos contextuales o generales (ataque, sistemático o generalizado, elemento político y población civil), y b) imputación subjetiva o intención (*mens rea*).

3.1. Imputación al tipo objetivo (*actus reus*) de los CLH

3.1.1. Elementos materiales (acto-típico base)

a. Sujetos de la imputación penal

El agente perpetrador o sujeto activo de los CLH es la persona natural. En el derecho internacional penal rige el *principio de responsabilidad penal individual*, y no es admisible una imputación penal al Estado-perpetrador o a una organización no-estatal (*status/societas delinquere non potest*). El sujeto activo no se circunscribe únicamente a personas vinculadas a un Estado, sino también a las organizaciones no-estatales, siempre que ejerzan una política de destrucción a la población civil (art. 7.2. a) del ECPI).

El agente penal, para responder por los CLH, deberá accionar u omitir los hechos en nombre, representación o con el consentimiento o aquiescencia del Estado o de la organización no-estatal. Los actos ejecutados por el sujeto activo, aquellos señalados como delitos individuales por los distintos literales del art. 7.1 del ECPI, deben tener la capacidad de generar acciones colectivas⁽⁵⁴⁾. Necesariamente, el agente-perpetrador tiene que estar vinculado o relacionado a la práctica de la política del Estado (*puede ser un funcionario estatal, un militar o un particular que actúa con la aquiescencia del Estado*) o de la organización no-estatal. La pertenencia a una organización estatal o no-estatal⁽⁵⁵⁾, regentándola, comandándola,

DÍAZ, Claudia. *Acerca de los crímenes de lesa humanidad y su aplicación en Colombia*. GIZ y Embajada de la República Federal de Alemania, 2010, p. 17.

(54) POSADA MAYA, Ricardo. Los delitos de lesa humanidad. En *Cuaderno de Derecho Penal*, N.º 4, 2010, p. 137; VILLAVICENCIO TERREROS. *Op. cit.*, p. 73.

(55) Resalta la pertenencia a la organización CANCHO ESPINAL. *Op. cit.*, pp. 155 y 156.

ordenando o ejecutado los hechos o estando bajo disposición, constituye una característica de la actuación del sujeto activo en los CLH.

El círculo de autores de los CLH dependerá de las exigencias legales que reclaman los delitos individuales o subyacentes a efectos de su configuración típica. De tal manera que, si el delito individual exige cierta cualificación en el autor —como sucede, por ejemplo, con los delitos de ejecución extrajudicial, desaparición forzada de personas o tortura, en donde el sujeto imputado tiene que ser un agente público o estatal (*delito de infracción del deber*), y en caso que no cumplierse con esta condición—, entonces no habrá sujeto activo idóneo. Cuando el delito individual no demanda una cualificación legal en el autor, estaremos frente a un *delito de dominio*, como acontece, por ejemplo, con el delito de asesinato (art. 7.1 a) del ECPI).

El **sujeto pasivo** de los CLH es la persona individual, el titular del bien jurídico. No debe confundirse entre sujeto pasivo del delito y el objeto del ataque, que en esta clase de crimen es la población civil. Por población civil, desde un punto de vista de los derechos universales, ha de entenderse a todas las personas humanas (*carácter universal de los derechos humanos*); es decir, todo aquel afectado en sus derechos mínimos.

b) El acto típico (hecho-base)

El acto típico, o también denominado «hecho-base» o «tipo-base»⁽⁵⁶⁾, es un elemento objetivo del tipo de los CLH. Según la descripción legal del art. 7.1 de ECPI, este elemento se ve representado con la expresión: «cualquiera de los actos». El acto típico es el delito individual o tipo penal subyacente, aquella figura delictiva que tiene potencialidad de convertirse en CLH⁽⁵⁷⁾. No debe confundirse acto típico y ataque a la población civil.

(56) CARO JOHN. *Op. cit.*, pp. 27 y 28: «el tipo base dentro del ordenamiento nacional sobre el cual puede recaer la calificación jurídica de lesa humanidad [...] para considerar un delito como lesa humanidad, es obligatorio que exista, en primer lugar, una norma interna (tipo penal) base, sobre la cual luego deben recaer el añadido calificador de lesa humanidad».

(57) CANCHO ESPINAL. *Op. cit.*, p. 111: «Se dice tipos penales que tiene potencialidad de convertirse en crímenes de lesa humanidad, porque siendo delitos comunes seña-

Este último es un elemento contextual, mientras que el primero solo se toma como parte de un ataque o tiene lugar en el marco de este⁽⁵⁸⁾.

El acto-típico se presenta con la realización de uno o más de los diversos delitos individuales dispuestos en el listado enunciativo del art. 7.1. del ECPI:

asesinato, exterminio, esclavitud, deportación o traslado forzoso de población, encarcelación u otra privación grave de la libertad física, tortura, violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad; persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género; desaparición forzada de personas; el crimen de apartheid u otros actos inhumanos de carácter similar.

El Estatuto, al momento de enunciar los delitos individuales, ha empleado la técnica legislativa del *sistema de numerus apertus* (u otros actos inhumanos: literal k) del art. 7.1). El acto inhumano constituye un elemento normativo del tipo, entendido como aquel acto de «gravedad que va más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional»⁽⁵⁹⁾. Entre los delitos expresamente señalados y la cláusula abierta «cualquier otro acto humano» del Estatuto tiene que existir una semejanza o similitud jurídica (*analogía intra-típica*)⁽⁶⁰⁾ concerniente a la gravedad del delito y a la afectación de los derechos humanos mínimos que causan graves sufrimientos a la integridad física o a la salud mental del sujeto pasivo.

lados en el CP y el ECPI bajo determinados presupuestos se podrían convertir en crímenes de lesa humanidad».

(58) AMBOS, Kai. *Op. cit.*, p. 16.

(59) Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Prosecutor V. Erdemovic, citado por BURNEO LABRIN. *Op. cit.*, p. 181.

(60) YACOBUCHI, Guillermo. *El sentido de los principios penales*. Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 1998, p 276: «El legislador se vale de la analogía intratípica para permitir la actividad complementaria del juez». 276

El acto-típico, como hecho-base, está compuesto por la acción típica, el resultado (tratándose de delito de resultado) y por las circunstancias (elemento típico específico del delito-concreto)⁽⁶¹⁾. Los presupuestos del acto-típico se determinarán de acuerdo con las exigencias legales del delito individual o del tipo penal subyacente, ello en atención a lo dispuesto por el principio de legalidad penal. El delito individual/subyacente deberá ser analizado bajo los parámetros conceptuales de la teoría de la imputación objetiva, es decir, que la acción imputada cree un riesgo prohibido para el bien jurídico y que dicho riesgo sea el que produce el resultado.

El ECPI cuando menciona al elemento «acto» alcanza a los realizados mediante comisión u omisión. El delito individual/subyacente establecerá, de acuerdo con su descripción típica, si requiere de un autor cualificado (*delito de infracción del deber*) o de un autor común (*delito de dominio*).

Desde la óptica de la imputación subjetiva, todos los delitos individuales/subyacentes que están tipificados en el ECPI son de comisión dolosa. Su ejecución puede darse mediante dolo eventual; pero está excluida la imprudencia. Algunos delitos individual/subyacente instan la presencia de un elemento subjetivo adicional al dolo, como es el caso del delito de persecución d^e un grupo o colectivo (art. 7.1 h) del ECPI) o del crimen de apartheid (art. 7.1 j) del ECPI).

Finalmente, el delito individual/subyacente puede alcanzar el grado de consumación delictiva (realización de todos los elementos del tipo objetivo) o haberse quedado en el grado de tentativa (se inició la ejecución del hecho, sin consumarse); asimismo, el sujeto imputado penalmente puede responder a título de autor, por autoría mediata, coautoría o como partícipe (instigador o cómplice primario o secundario) o en otra de las figuras de título de imputación que indica el ECPI.

3.2. Elementos contextuales (art. 7. 1 y 2 del ECPI)

Los elementos contextuales o generales de los CLH están conformados por el ataque, la comisión generalizada o sistemática, el elemento

(61) Así: LIÑAN LAFUENTE. *Op. cit.*, p 176.

político, la población civil. Estos elementos deberán complementarse con el hecho individual (*delito individual/subyacente*) a efectos de configurar el *tipo objetivo* de los CLH.

a. Ataque

El elemento contextual «ataque» de los CLH comprende a la comisión de actos típicos que de forma generalizada o sistemática se dirigen en contra de la población civil. Es importante reafirmar la diferencia entre «acto típico-base» y «ataque»: *el acto o delito individual es parte integrante del ataque que se desarrolla en contra de la población civil*⁽⁶²⁾. En efecto, un acto o un conjunto de actos conforman el ataque generalizado o sistemático en contra de las víctimas. Existe conexión o relación entre el acto (delito individual/subyacente) y el ataque generalizado o sistemático. Esta conexión no requiere

una relación orgánica ni de otro tipo entre el sujeto perpetrador del acto y la organización o el Estado promotor del ataque, sería suficiente que aprovechando el contexto determinado, el sujeto cometiera algún injusto contemplado en el tipo específico, sin exigir que el fin propuesto deba coincidir con el que persigue la entidad organizadora del ataque, esto implica que un acto aislado —aquellos que por estar tan alejado del ataque en fondo y forma no se pueda estimar que formen parte del mismo—; nunca podrá perfeccionar la figura criminal⁽⁶³⁾.

El ataque contra la población civil no está referido solo a actos violentos, sino también a *actos inhumanos no violentos*⁽⁶⁴⁾. Un único ataque podrá producir diversos delitos individuales (asesinato, violación sexual o desapariciones forzadas de personas); *pero también existe la posibilidad*

(62) En igual sentido LIÑAN LAFUENTE. *Op. cit.*, p. 186; AMBOS. *Op. cit.*, 2012, p. 16.

(63) LIÑAN LAFUENTE. *Op. cit.*, p. 188.

(64) En este sentido, VILLAVICENCIO TERREROS. *Op. cit.*, p. 75. Para FORER y LÓPEZ DÍAZ. O: «el ataque denota actos que implican violencia».

de que todos los actos y el ataque coincidan, como sucedería con los actos de asesinatos y la matanza cometida en una población⁽⁶⁵⁾.

Ataque no es exclusivamente la ofensiva de naturaleza militar, de combate o aquellos producidos en un ambiente bélico, sino todo curso de conducta en el que se desarrollan actos delictivos específicos. En este sentido, en el fallo del caso Jean Pierre Bemba Gombo, la Corte Penal Internacional ha mencionado que el ataque no alude necesariamente a uno de tipo militar, sino a cualquiera, una «compañía u operación en contra de la población civil»⁽⁶⁶⁾. Del art. 7.1 del ECPI, no se desprende que el ataque tiene que estar necesariamente en conexión con la existencia de un conflicto armado de carácter interno o internacional; pues el ataque contra la población civil puede darse en tiempo de paz o en ausencia de guerra o combate y así, configura un CLH.

Un último punto está relacionado con el *alcance del ataque*, el cual puede presentarse por comisión u omisión. La responsabilidad penal de las autoridades civiles y los jefes militares podrá ser de *comisión delictiva* cuando estos ordenan la ejecución de los actos delictivos individuales o acuerdan su perpetración o las realizan conjuntamente con los demás; en cambio, podrá ser de *omisión delictiva* cuando, teniendo la posición de garante de evitar los crímenes, se abstiene de emplear medidas para prevenirlo, no implementan *contra-acciones* para repelerlos o no los neutralizan conociendo que es un foco de peligro para los bienes jurídicos. La responsabilidad por omisión de actuar, no debe significar la impunidad para los perpetradores de los crímenes. En el derecho internacional penal no se acepta la doctrina de la responsabilidad negativa del derecho estadounidense, en virtud del cual, el simple hecho de permitir que concurren violaciones de las leyes, sin haber tomado parte de las conductas criminales, no es suficiente para responder penalmente⁽⁶⁷⁾.

(65) Véase LIÑAN LAFUENTE. *Op. cit.*, pp. 185 y 186: «Un acto único podría ser constitutivo de un crimen contra la humanidad, siempre que esté conectado con el ataque generalizado o sistemático típico»; ANDREU-GUZMÁN. *Op. cit.*, p. 64.

(66) Citado por FORER, Andreas y LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *Op. cit.*, p. 18.

(67) LIÑAN LAFUENTE. *Op. cit.*, p. 35: Informa que este principio del derecho estadounidense se plasmó en el *memorandum* estadounidense contra el informe de la comisión de los Quince.

b. Generalizado o sistemático (test del umbral)

El ataque contra la población civil por comisión u omisión se caracteriza por ser generalizado o sistemático. La forma de ataque es de índole «alternativa»⁽⁶⁸⁾ y no acumulativa. Afirmar el carácter alternativo del ataque descarta que la *multiplicidad de los actos* constituya una condición *sine qua non* para la existencia del ataque contra la población civil⁽⁶⁹⁾. Es decir, una interpretación contraria al carácter alternativo de las formas del ataque haría inviable que un único ataque o uno no repetitivo sea considerado como un ataque generalizado o sistemático contra la población civil.

Lo generalizado o sistemático del ataque como *comisión múltiple de actos*

no aporta más que confusión a la interpretación del contexto en el que el crimen debe ser llevado a cabo, pues la sistematicidad por sí misma exige la comisión de varios actos; mientras que la generalidad solo estará presente cuando la magnitud del ataque afecte a una esfera de la sociedad debido a los medios empleados o al resultado causado, que es donde reside el peligro de este tipo de actuación. El término «múltiples actos» debería interpretarse como un concepto plástico que ejemplifica lo que normalmente significa una línea de conducta —repeticiones—, pero en ningún caso como una restricción del concepto de ataque en el sentido del crimen contra la humanidad⁽⁷⁰⁾.

(68) AMBOS, KAI. O se refiere a un *test sistemático-generalizado*. Este aspecto se centra en un test de naturaleza disyuntiva o alternativa, esto es, no se requiere la exigencia de las dos condiciones. Para LIÑAN LAFUENTE. O: en la doctrina sostiene que al analizar el carácter que debe tener el ataque se ha de tener en cuenta dos variables. La primera, es que el art. 7.2. a) del ER considera al ataque como una línea de conducta que implica la comisión múltiple de acto mencionados en el párrafo 1. La segunda, será la determinación del carácter generalizado o sistemático del ataque como elementos autónomos y cualificantes al concepto de ataque. Para CANCHO ESPINAL. O: la tendencia en la interpretación es la de considerar dichos elementos como cumulativo, pues el elemento política imprescindible pertenece al concepto sistemático, pero no al generalizado.

(69) Véase LIÑAN LAFUENTE. *Op. cit.*, p. 193.

(70) *Ibidem*, pp. 190 y 191.

Sí, el ataque generalizado, idiomáticamente, ya implica la multiplicidad de actos o pluralidad de víctimas; entonces, sería redundante volver a exigir la «multiplicidad de los actos» como un requisito independiente del ataque en los CLH.

La forma de ataque *generalizado* contra la población civil supone un conjunto de actos que conforman un ataque masivo o a gran escala. Con la acepción ataque «masivo», se alude a un número indeterminado de víctimas (delito masa); mientras que con la acepción ataque a «gran escala», al empleo de métodos, herramientas o armas que contienen gran capacidad de destrucción, de alcance territorial, envergadura o expansión. Ambas acepciones de ataque destacan su carácter cuantitativo. El ataque generalizado *se podría alcanzar por el efecto acumulativo resultado de la repetición de los actos o por el gran poder destructivo de una actuación*⁽⁷¹⁾. También se podrá presentar como una línea de conducta más amplia en el tiempo y en el espacio (*amplitud territorial*) que comporta la comisión de múltiples afectaciones homogéneas (*idem genus criminis*)⁽⁷²⁾ o heterogéneas.

La forma de ataque *sistemático* contra la población civil entraña un carácter *cualitativo*, porque depende de la calidad o idoneidad de los actos para ser considerados como tal. Son dos las ideas que giran alrededor del concepto de ataque sistemático, uno de aspecto positivo, que el ataque se presente como expresión de un patrón de actuación organizado o de «planificación metódica»⁽⁷³⁾, siempre y cuando fuera

(71) AMBOS, Kai. O: el «término “generalizado” implica, en un sentido más bien cuantitativo, que un acto se llevará a cabo a gran escala, involucrando a un gran número de víctimas». LIÑAN LAFUENTE. O entiende que el «concepto generalidad tiene que ver con los métodos empleados en la comisión del crimen —magnitud de los actos llevados a cabo— a las víctimas producidos». El resultado generalizado mediante ataque puede ser el resultado de múltiples actos o de un acto único de extraordinaria magnitud (VILLAVICENCIO TERREROS. *Op. cit.*, p. 74); «Un acto o una cantidad relativamente limitada de actos puede recibir la calificación de crímenes contra la humanidad» (BURNEO LABRIN. *Op. cit.*, p. 190).

(72) POSADA MAYA. *Op. cit.*, p. 139.

(73) Véase AMBOS. *Op. cit.*, p. 7: «un plan criminal cuidadosamente orquestado». POSADA MAYA. *Op. cit.*, p. 139; FORER, Andreas y LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *Op. cit.*, p. 21: «que los actos delictivos se lleven a cabo de una forma organizada».

desarrollado, controlado o ejecutado por el Estado o por la organización no-estatal; y otro de aspecto negativo, que descarta a los actos cometidos de manera aislada, por el azar, el albur o estén alejados del concreto plan orquestado. El ataque sistemático se «ejerce conforme a una política o un plan preconcebido, comprende, primero, que se elabore el plan y, luego, se ejecute el mismo»⁽⁷⁴⁾. El carácter sistemático del ataque se puede desprender de acciones repetitivas o de comportamientos criminales similares⁽⁷⁵⁾ o de aquellos que sigan un *modus operandi* regular o uno *en serie* (*ataques serial*).

- c. **Elemento político: ataque de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política**

El haberse configurado como alternativa la forma del ataque (*generalizado o sistemático*) contra la población civil acarreó la inclusión, en el art. 7.2. a) del ECPI, del elemento «político» en los CLH; es decir, el ataque deberá presentarse «de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política»⁽⁷⁶⁾. La doctrina del derecho internacional penal identifica a este elemento político con aquel «vínculo del ataque a una autoridad o poder, ya sea, de un Estado o de una organización no-estatal»⁽⁷⁷⁾. Esta política ha tenido que

(74) COMISEDH. *Op. cit.*, p. 62.

(75) BURNEO LABRIN. *Op. cit.*, p. 190.

(76) Según LIÑAN LAFUENTE: «el caballo de batalla se debate en considerar como concepto diferentes o similares la política y la sistematicidad del ataque. Quienes sostiene la similitud, parten de que el art. 7.2 de Estatuto refiere que el acto sistemático exige que los actos se lleven a cabo de conformidad de una política de un Estado u una organización, pues entre sistematicidad, política y plan son términos que han sido utilizado como sinónimo (BOOT); y para quienes encuentran distinción, señalan que el término política no necesitan ser tan específicas para determinar el acto —violación, por ejemplo—, sino que debería ser un instrumento de naturaleza general (ROBINSON) (*op. cit.*, p. 196); ROBINSON. *Op. cit.*, p. 19: «el elemento político implica un elemento de planeación o dirección».

(77) AMBOS. *Op. cit.*, p. 6.

ser aceptada, consentida, aprobada, planificada, ejecutada o promovida por el Estado o por la organización no-estatal y haberse implementado de manera expofesa para la comisión o ejecución de delitos individuales. Con todo, los CLH no pueden realizarse al margen de «una política de terror, de persecución o de represión»⁽⁷⁸⁾. La política de terror a menudo viene acompañada de la renuncia o de la incapacidad de los sistemas nacionales de justicia penal para investigar, juzgar o sancionar los delitos cometidos en el Estado concernido⁽⁷⁹⁾. En el elemento política reside la especial gravedad y el desvalor de acción de los CLH; de tal manera que su ausencia no puede quedar compensada, por ejemplo, con el número elevado de actos o de víctimas⁽⁸⁰⁾ o con la gran crueldad del daño con que se comete el delito. La política es la característica esencial de los CLH, porque les otorga a estos crímenes, que de otra forma son domésticos, el requisito de elemento internacional (Bassiouni)⁽⁸¹⁾.

En cuanto a la expresión «política», no se emplea en el sentido formal del término, es decir, como un programa ideológico o partidario a ser seguido o cumplido obstinadamente⁽⁸²⁾, sino, en un sentido amplio⁽⁸³⁾, como la acción de plantear, dirigir u organizar un ataque como contraposición a los actos de violencia espontánea. Al exigirse este elemento, lo que se persigue es evitar que los CLH puedan ser cometidos por personas individuales que actúen por su propia iniciativa y voluntad, y no en la de limitar el ámbito de intervención a ciertas organizaciones⁽⁸⁴⁾. La política de Estado u organización no-estatal puede ser de naturaleza

(78) MIENI. *Op. cit.*, p. 113.

(79) AMBOS. *Op. cit.*, p. 7.

(80) *Ibidem*, p. 9.

(81) Así lo señala expresamente ROBINSON. *Op. cit.*, p. 20.

(82) LIÑAN LAFUENTE. *Op. cit.*, p. 194. Para POSADA MAYA: «por sujeción a cierta política es necesario que el crimen de lesa humanidad obedezca a una política o plan general del Estado o de la organización no gubernamental de *facto* dirigida a destruir, perseguir o debilitar una comunidad o desprotegerle deliberadamente» (*op. cit.*, p. 141).

(83) ROBINSON. *Op. cit.*, pp. 20 y ss: «El concepto política es flexible».

(84) LIÑAN LAFUENTE. *Op. cit.*, p. 194.

pública u oficial del Estado, pero también de carácter privado o no-estatal. Cuando la política es de

naturaleza privada o con fines criminales, lo importante no es la naturaleza misma sino una necesaria estructura organizada. Esto no significa que se desprenda del crimen contra la humanidad un tipo de responsabilidad por asociación ilícita, sino que la responsabilidad individual del sujeto dependerá de su acto criminal que pueda ser relacionada con una determinada línea de actuación —ataque promovido por un Estado o por una organización—⁽⁸⁵⁾.

Esta política de terror no necesariamente debe ser expresa o estar plasmada o consignada en un documento oficial del Estado o de la organización, o haberse dispuesta formalmente o promulgada por ley, sino que bastará con la informalidad del acto por el cual se da a conocer o se implementa, e incluso puede haber sido proclamada o difundida de manera genérica o implícitamente. Es suficiente con que esta se derive del conjunto de circunstancias que la rodean o que el objeto o la dirección del ataque obedezcan claramente a ella. La Corte Penal Internacional, en la sentencia del caso Katanga, indica que la política puede ser inferida de las acciones expedidas de acuerdo con una concreta secuencia de actos o la existencia de una preparación o movilización orquestada o coordinada por la organización o el Estado. La demostración de la existencia de la política sería necesaria para acreditar a la vez que el Estado o la organización tenía la intención de cometer un ataque, así como la sistematicidad de los actos realizados⁽⁸⁶⁾.

La política de Estado o de la organización no-estatal manifestada a través del ataque contra la población civil puede presentarse por comisión u omisión. Será por *comisión* cuando intervienen «los miembros en la ejecución de los actos criminales, alentándolos o promoviendo dicho plan»⁽⁸⁷⁾; y será por omisión cuando exista *tolerancia del Estado u organización en su territorio o cuando se lleva a cabo un determinado ataque sin poner*

(85) *Idem*.

(86) Citado por LINAN LAFUENTE. *Op. cit.*, p. 195.

(87) *Ibidem*, p. 203.

un mínimo de resistencia o manifestarse, en último caso, en su contra⁽⁸⁸⁾. Entonces, la tolerancia o la aquiescencia del Estado o de la organización no-estatal en los CLH deberán considerarse idóneas para imputar responsabilidad por omisión a los responsables de estos crímenes⁽⁸⁹⁾. Una *política en relación con un ataque masivo que no sea a la vez sistemático solo es imaginable si existiera la denegación deliberada de protección contra dichas acciones masivas*⁽⁹⁰⁾. La negligencia no puede equipararse a la tolerancia o aquiescencia del Estado o de la organización no-estatal.

El *titular de la política* de ataque contra la población civil puede ser el Estado o una organización no-estatal. Por «Estado» se entiende «no solo a los países que se reconocen a nivel mundial, sino también las fuerzas —paramilitares o no— que ejercen el gobierno y control de facto de una parte del territorio»⁽⁹¹⁾. Todo el Estado o parte de este puede ser quien emplee la política de ataque. Solo es necesario con comprobar que uno de los poderes que justifica la existencia del Estado la promueve o incentiva. En tal sentido, la organización no es

un grupo de personas que dirigen un sector —económico, social, político, etc.— de un determinado territorio, sino que al no estar especificado en el Estatuto ni en los Elementos de los Crímenes, el tipo de organización requerida se podría entender como tal a un grupo de personas que cuentan con el potencial suficiente, material y personal, para llevar a cabo un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, como organizaciones paramilitares o terrorista⁽⁹²⁾.

(88) *Ibidem*, p. 195.

(89) AMBOS, Kai. *Op. cit.*, p. 11.

(90) GIL GIL. *Los crímenes contra la humanidad y el genocidio... Op. cit.*

(91) LIÑAN LAFUENTE. *Op. cit.*, p. 194.

(92) *Ibidem*, p. 195. Organización es «aquella que adquiere un poder de iuris o de facto en un territorio, pero también aquellas que actúan con la connivencia Estatal, o la que posea un entramado organizativo que le dota de un poder de actuación coordinado en varios ámbitos o territorios, o aquella que actúa desde Estados lejanos con quienes cuentan para actuar a distancia y permanecer impune, o las que cuentan con una gran influencia política, social o económica que les protege por la comisión de

La organización puede ser parte de un Estado, una de carácter Para-Estatal o No-Estatal. El ECPI no ha establecido que la organización no-estatal debe actuar siempre con la aquiescencia, apoyo o tolerancia del Estado, tampoco que la organización ejerza un determinado control territorial, como sí lo dispone, por ejemplo, el Protocolo II, Adicional a los Convenios de Ginebra⁽⁹³⁾ para los crímenes de guerra.

Finalmente, la política empleada por el Estado o por la organización no-estatal tiene que dirigirse contra la población civil (*destinatario de la política*), esto en tanto que todo ataque generalizado o sistemático deberá conectarse a una política de terror.

d. Población civil

No ha de confundirse entre sujeto pasivo del delito y el objeto del ataque. Sujeto pasivo de los CLH es la persona humana, como titular del bien jurídico protegido; mientras que el objeto del ataque es la población civil, que implica a los *grupos o poblaciones vulnerable*. En la doctrina es ampliamente discutido el significado jurídico del elemento contextual «población civil»⁽⁹⁴⁾.

hechos criminales o aquellos que actuaran en situaciones de crisis como en estados de excepción o desmoronamiento institucional y aprovechan las circunstancias para salir impune tras cometer los crímenes» (LIÑAN LAFUENTE. *Op. cit.*, p. 210).

(93) BURNEO LABRIN. *Op. cit.*, pp. 197 y 198.

(94) En la doctrina, existen esfuerzos para delimitar el contenido conceptual o definir el elemento contextual «población civil»: «no es necesario exigir la condición de civil en la víctima, basta con que el ataque originario esté dirigido contra un grupo en el que exista una población civil» (LIÑAN LAFUENTE. *Op. cit.*, p. 180). Lo determinante es la «específica situación fáctica de la víctima al momento de la comisión de los crímenes lo que determina su condición, más allá de su estatus, esto implica que la presencia de algún elemento ajeno a tal condición en un grupo civil no altera su naturaleza» (FORER, Andreas y LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *Op. cit.*, pp. 22, 23 y 25). Desde una perspectiva de necesidad de protección de la población civil, se señala que «por población civil debe entenderse al grupo humano, independientemente de la existencia o no de un conflicto armado, cuyos integrantes requieren de protección frente a la posibilidad de sufrir una violación de sus derechos humanos, que debe de provenir de una organización sea esta estatal o no estatal, legal o ilegal» (CARO JOHN. *Op. cit.*, pp. 60 y 61).

Este elemento procede de la fuente normativa del derecho internacional humanitario, que concibe a la población civil como un concepto opuesto a los miembros de las fuerzas armadas o a los de combatiente (*método de la exclusión*)⁽⁹⁵⁾; sin embargo, la remisión a normas del derecho internacional humanitario para captar el sentido conceptual de *población civil* en los CLH no sería plausible porque el concepto de población civil del derecho internacional humanitario está condicionado a la existencia de un contexto de conflicto armado nacional o internacional. Asimismo, los CLH también pueden ser cometidos en tiempo de paz o en ausencia de conflicto armado; en virtud del cual, el método de la exclusión, en tiempo de paz, no es clara ni útil. Entonces, el art. 7.1 del ECPI, al referirse a la población civil, pretende reafirmar la idea de que el ataque generalizado o sistemático tenga un *impacto múltiple* y que se excluya a los *actos aislados*.

Serán consideradas víctimas de los CLH aquellas personas que pertenecen a otros países distintos al Estado o a la organización perpetradora (*extraneus*) y también los nacionales del Estado en el que se cometen los crímenes (*intraneus*). Es suficiente que exista un grupo o subgrupo de víctimas para estimar a estas como «población civil», sin que reúnan características de pertenencia a una etnia, religión o política, la discriminación no es un presupuesto contextual de los CLH y *un número relevante de víctimas de distintos actos supera la interpretación de un acto meramente producido por causa del azar*⁽⁹⁶⁾.

Además, quienes postulan una concepción normativa de población civil, indicando que «lo determinante para la configuración del elemento normativo «población civil» es que se dé cohesión social, por un lado, un requisito cuantitativo, esto es, la existencia de una cantidad de personas que puedan formar mínimamente una comunidad; de lo contrario no se hablaría de población. Y, por otro lado, se dé el requisito cualitativo, es decir, que a dichas personas les una características comunes de cohesión social duradera, ya sea por el trabajo, actividad científica, económica o cultural» (CANCHO ESPINAL. *Op. cit.*, p. 166).

(95) Véase ampliamente: FORER, Andreas y LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *Op. cit.*, pp. 21 y 22.

(96) LIÑAN LAFUENTE. *Op. cit.*, pp. 203, 204 y 206 y ROBINSON. *Op. cit.*, p. 12.

3.3. Imputación subjetiva o intencional (*mens rea*)

Como bien se ha mencionado, uno de los elementos del tipo de los CLH lo conforma lo subjetivo o «intención» (*mens rea*), reconocible con la expresión «y con conocimiento de dicho ataque» del art. 7.1 del ECPI. La imputación subjetiva de los CLH es compleja⁽⁹⁷⁾ debido a que para la comprensión de este ámbito de la tipicidad se acude a normas internacionales penales de carácter general, las contenidas en el art. 30. 1, 2 y 3 (*conocer y querer los elementos materiales*), y las normas de carácter específico, el art. 7.1 del ECPI (*conocimiento del ataque*). Esto significa que el sujeto activo debe conocer y querer que está realizando un delito individual/subyacente, y además debe conocer que su acto individual forma parte de un ataque generalizado o sistemático en contra de la población civil (*dolo complejo o de dos niveles*)⁽⁹⁸⁾.

En el marco interpretativo del art. 30.1, 2 y 3 del ECPI, los crímenes internacionales son cometidos mediante dolo. El dolo está compuesto, según la fórmula del Estatuto, por la intención y el conocimiento de realizar una acción típica y el resultado (*en casos de delitos de resultados*). No existe reparo en aceptar la aplicación del dolo directo de primer o segundo grado; pero sí respecto al dolo eventual. Liñan Lafuente considera que «sería precipitado negar toda posibilidad de que respecto a los elementos típicos concretos y en función de sus circunstancias específicas y en aplicación de la cláusula “salvo disposición en contrario” (art. 30.1 de Estatuto), pu-

(97) «Requisito del art. 7.1 del Estatuto señala (“y con conocimiento de dicho ataque”) ha de interpretarse junto al art. 30 de Estatuto, regulador del elemento de intencionalidad y teniendo presente los puntos 2, 3 y 4 de la introducción general de los Elementos los Crimines» (LIÑAN LAFUENTE. *Op. cit.*, p. 207). La palabra «intención» del Estatuto, debe ser interpretada como sinónimo de voluntad y no limitada al dolo directo de primer grado, sino que, por el contrario, cabe en principio cualquier tipo de dolo (GIL GIL, Alicia. *Los crímenes contra la humanidad y el genocidio... Op. cit.*).

(98) Para BURNEO LABRIN: «Debe haber tenido la intención de realizar el acto que se le imputa y al mismo tiempo haber estado en conocimiento que dicho acto era parte de ataque (dolo especial)» (*op. cit.*, p. 188).

diera aparecer una responsabilidad penal con fundamento en un tipo de conocimiento e intención que se correspondería con el dolo eventual»⁽⁹⁹⁾.

El art. 7.1 del ECPI exige el «conocimiento del ataque». Un problema central es determinar el «objeto» de conocimiento, esto es, si el agente tiene que conocer efectivamente los elementos contextuales de los CLH referido al ataque⁽¹⁰⁰⁾ o bastaría con conocer el riesgo del ataque de modo general y su conexión de este con el acto, aun de modo eventual⁽¹⁰¹⁾. Según esta última postura doctrinaria, sería suficiente con que el sujeto activo sea consciente del riesgo de actuar en el contexto de un ataque. Y como siempre el ataque implica un elemento político; el autor o partícipe debe representarse por lo menos el riesgo de actuar de conformidad con esta política, pero sin conocer necesariamente todos los detalles de la misma⁽¹⁰²⁾. Bastará con que el sujeto activo conozca que su concreta conducta o acto individual doloso se enmarca dentro de una acción conjunta más amplia⁽¹⁰³⁾. En cuanto al grado de conocimiento del ataque —de la comisión generalizada o sistemática—, quedaría satisfecho con el dolo eventual; por ende, cabría fundamentar la *mens rea* en la *representación*

(99) LIÑAN LAFUENTE. *Op. cit.*, p. 216.

(100) Parece inclinarse en este sentido POSADA MAYA, O: «debe realizarse con conocimiento contextual de dicho ataque y las condiciones en que estas se ejecutan».

(101) LIÑAN LAFUENTE. *Op. cit.*, p. 220. Además, agrega: «Respecto al conocimiento del ataque, no se requiere conocer las características sino basta con conocer el ataque, pues la conciencia de que el acto se conecte al ataque sería suficiente para fundamentar la responsabilidad criminal del art. 7° del Estatuto» (*op. cit.*, p. 220). AMBOS. *Op. cit.*, p. 13; FORER, Andreas y LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *Op. cit.*, pp. 22, 23 y 25. Para CANCHO ESPINAL: «este conocimiento especial del sujeto de imputación exige que el dolo eventual no sea suficiente para la configuración del tipo, sino el dolo directo» (*op. cit.*, p. 178). Para CARO JOHN: «el conocimiento se halla "contextualizando a la circunstancias" de las peculiaridades que determinan la semántica normativa de lesa humanidad que se trate de un ataque generalizado o sistemático» (*op. cit.*, p. 46).

(102) AMBOS. *Op. cit.*, p. 16. «Exige que el dolo del autor se extienda al contexto, aunque no tuviese conocimientos de todas las características del ataque ni de los detalles preciso del plan o la política del Estado u organización» (GIL GIL, Alicia. *Los crímenes contra la humanidad y el genocidio... Op. cit.*).

(103) GIL GIL, Alicia. *Los crímenes contra la humanidad y el genocidio... Op. cit.*

Crímenes de lesa humanidad

del riesgo probable de que los actos llevados a cabo pudieran estar conectado a un ataque contra la población civil y seguir adelante con el hecho⁽¹⁰⁴⁾.

Finalmente, y aún en el ámbito de imputación subjetiva de los CLH, no se necesita de la concurrencia de un elemento subjetivo del tipo distinto al dolo. Algunos delitos específicos/subyacentes (*acto-típico base*), sí lo exigen para su configuración típica, como ocurre con los delitos de persecución de grupos o colectivos o con el crimen de apartheid.

(104) LIÑAN LAFUENTE. *Op. cit.*, p. 222.

SEGUNDA LECTURA

Alcácer Guirao, R. (2020). El castigo del odio. En Alcácer Guirao, R. (2020). La libertad del odio. Discurso intolerante y protección penal de minorías (pp. 213-262). Madrid, España. Editorial Marcial Pons.

El discurso del odio no admite soluciones de blancos y negros: ni todo lo que calificamos como discurso del odio merece ser objeto de sanción penal, ni todo su espectro de conductas expresivas queda excluido del derecho fundamental a la libre expresión. Entre el ámbito protegido por la libertad de expresión y la ilicitud penal de la conducta no cabe trazar una frontera nítida, sino que pueden existir también formas de discurso de odio que deben quedar exentas de relevancia penal en atención a su reducido grado de lesividad.

La libertad del odio
Discurso intolerante
y protección penal de minorías

Rafael Alcácer Guirao

Derecho penal & Criminología



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 V

EL CASTIGO DEL ODIO

1. EL ODIO PUNIBLE

1.1. Blancos, negros, grises

Recapitulando algunas de las ideas expuestas, podemos concluir afirmando que el discurso del odio no admite soluciones de blancos y negros: ni todo lo que calificamos como discurso del odio merece ser objeto de sanción penal, ni todo su espectro de conductas expresivas queda excluido del derecho fundamental a la libre expresión. Frente a la jurisprudencia mayoritaria sobre el discurso hostil —tanto la del Tribunal Supremo como la del Tribunal Constitucional—, entre el ámbito protegido por la libertad de expresión y la ilicitud penal de la conducta no cabe trazar una frontera nítida, sino que pueden existir también formas de discurso de odio que, sin estar amparadas por el ejercicio legítimo del derecho, deban quedar exentas de relevancia penal en atención a su reducido grado de lesividad.

Como lúcida excepción jurisprudencial al uso y abuso del citado «test del discurso del odio», la STS 4/2017, de 18 de enero, acoge ese planteamiento cuando, en relación con el delito de enaltecimiento del terrorismo, destaca «la importancia de no convertir la libertad de expresión —y los límites que esta tolera y ampara— en el único parámetro valorativo para discernir cuándo lo inaceptable se convierte en delictivo. No todo exceso verbal, ni todo mensaje que desborde la protección constitucional, pueden considerarse incluidos en la porción de injusto abarcada por el art. 578 CP. Nuestro sistema jurídico ofrece otras formas de reparación de los excesos verbales que no pasa necesariamente por la incriminación penal. [...] No todo mensaje inaceptable o que ocasiona el normal rechazo de la inmensa mayoría de la ciudadanía ha de ser tratado como delictivo por el hecho de no hallar cobertura bajo la libertad de expresión. Entre el odio que incita a la comisión de delitos, el odio que siembra la semilla del enfrentamiento y que erosiona los valores esenciales de la convivencia y el odio que se identifica con la animadversión o el resentimiento, existen matices que no pueden ser orillados por el juez penal con el argumento de que todo lo que

no es acogible en la libertad de expresión resulta intolerable y, por ello, necesariamente delictivo»¹.

En consecuencia, dentro del «discurso del odio» podemos encontrar: i) conductas que por generar un daño relevante y por no formar parte del contenido de la libre expresión merecen ser sancionadas por vía penal; ii) conductas que aunque generen un daño social forman parte del ámbito de protección *prima facie* de la libertad de expresión, y cuya sanción sería discutiblemente constitucional, por desproporcionada, y iii) conductas que aunque no formen parte del ámbito protegido del derecho no deben ser sancionadas dado el escaso daño que generan².

Ejemplo del primer grupo de casos sería la incitación directa a conductas violentas inminentes; ejemplo del segundo podría ser el discurso electoral de un político reproduciendo estereotipos negativos y patrocinando medidas discriminatorias contra un colectivo; ejemplo del tercero sería la publicación por un particular de un chiste racista en un *tweet* a un entorno de 300 seguidores. Son casos fáciles³, entre cuyos márgenes se abren difusas zonas de penumbra que dificultan sobremanera la aspiración de encontrar criterios nítidos de delimitación. A continuación intentaré explorar algunos de esos criterios para, sin afán de exhaustividad, perfilar en lo posible el ámbito del discurso del odio que, con arreglo a los presupuestos enunciados, debiera considerarse merecedor de sanción penal.

Obvio es decir que la perspectiva adoptada es *de lege ferenda*: la amplitud e indeterminación con que nuestro legislador penal ha regulado el discurso de odio en el art. 510 CP lleva a concluir que, *de lege lata*, todo lo que podemos calificar como discurso de odio *sí* ha de ser objeto de sanción penal⁴. Baste, a este respecto, con enunciar la amplísima exégesis que de

¹ Lamentablemente, tan correcto argumento no sirvió a la Sala para confirmar la absolución en el caso *César Strawberry*. Crítico con esa sentencia, ROLLNERT LIERN, 2017: 270-271.

² De modo semejante, en el informe elaborado por la organización ARTICLE 19, *Hate Speech. A Toolkit*, p. 19, se distingue: i) discurso del odio que debe ser prohibido; ii) discurso del odio que puede ser prohibido, y iii) discurso del odio legítimo y protegido. Ampliando la óptica de análisis —más allá de lo que es objeto de estas páginas—, y siguiendo las Conclusiones del *Plan de acción de Rabat*, para establecer una completa política de reacción contra el discurso del odio, habría de distinguirse también entre las siguientes formas de expresión: «Expresión que constituye un ilícito penal; expresión que no es penalmente punible, pero que puede justificar una demanda civil o sanciones administrativas; expresión que no da lugar a sanciones penales, civiles o administrativas, pero que aun así genera preocupación en términos de tolerancia, cortesía y respeto por los derechos de los demás» (§ 20).

³ Casos «fáciles» al menos desde las premisas de que parto. Lo cierto es que el segundo supuesto sería sancionable para el TEDH (caso *Féret*), y que la ausencia de relevancia penal del tercer supuesto sería muy discutible *de lege lata*. En el apartado siguiente se exponen algunas resoluciones judiciales condenatorias por supuestos semejantes al mencionado en el texto.

⁴ Como destaca FUENTES OSORIO, 2017: 27, la amplitud del art. 510 hace imposible acudir a exégesis limitativas basadas en la incitación directa a actos lesivos. Críticos también con el precepto, entre muchos, TERUEL LOZANO, 2015b: 32 («auténtico engendro penal»); PORTILLA CONTRERAS, 2015: 385 ss.; ALASTUEY DOBÓN, 2015: 4 s.

dicho precepto hace el Tribunal Supremo, en la única sentencia que, hasta el momento, ha confirmado una condena por el art. 510 CP:

«El elemento nuclear del hecho delictivo consiste en la expresión de epítetos, calificativos, o expresiones, que contienen un mensaje de odio que se transmite de forma genérica. Se trata de un tipo penal estructurado bajo la forma de delito de peligro, bastando para su realización la generación de un peligro que se concreta en el mensaje con un contenido propio del “discurso del odio”, que lleva implícito el peligro al que se refieren los Convenios Internacionales de los que surge la tipicidad. Estos refieren la antijuricidad del discurso del odio sin necesidad de una exigencia que vaya más allá del propio discurso que contiene el mensaje de odio y que por sí mismo es contrario a la convivencia por eso considerado lesivo. El tipo penal requiere para su aplicación la constatación de la realización de unas ofensas incluidas en el discurso del odio pues esa inclusión ya supone la realización de una conducta que provoca, directa o indirectamente, sentimientos de odio, violencia, o de discriminación. De alguna manera son expresiones que por su gravedad, por herir los sentimientos comunes a la ciudadanía, se integran en la tipicidad»⁵.

1.2. Una premisa: la estabilidad social

1.2.1. Democracias estables

Toda decisión político-criminal debe estar basada en la sociedad en la que pretende aplicarse. Lo que puede ser correcto —tanto desde su eficiencia como desde la justicia de sus consecuencias— en determinado entorno social puede no serlo en otro. Indudablemente, el discurso del odio conlleva un pernicioso efecto de desestabilización social, por lo que la comunidad no puede permanecer impasible frente a los discursos hostiles. Pero muchas manifestaciones del discurso del odio guardan un claro aire de familia con el discurso público, que constituye la espina dorsal de la democracia. Toda restricción del discurso del odio conlleva un déficit de legitimidad democrática, por lo que debe ser una decisión de *ultima ratio*, restringida a las formas más lesivas —cuando apenas quede rastro de discurso público— y únicamente cuando no haya otros medios que, con menor coste en democracia, puedan contrarrestar con semejante éxito que la sanción penal los efectos desestabilizadores del discurso del odio.

El grado de estabilidad institucional y social es, por ello, un factor decisivo a ponderar para alcanzar un equilibrio legítimo entre la necesidad de restringir penalmente el discurso hostil y la de permitir —como aspiración

⁵ STS 72/2018, de 9 de febrero, en la que se confirma la condena impuesta por el citado delito —en su modalidad agravada del art. 510.3 CP— por la difusión en *twitter* —en un entorno de 2.000 seguidores— de varios mensajes denigrantes contra las mujeres.

democrática— el mayor ámbito posible de debate público⁶. Destaca en este sentido Ash que los límites a la libertad de expresión no pueden adoptarse en abstracto, sino siempre dependiendo del contexto social en que se interviene: «El mismo discurso hostil puede ser inocuo en Reykjavik y peligroso en Ruanda», ilustra este autor⁷.

Ese punto de partida metodológico adopta Eric Heinze, en su obra *Hate Speech and Democratic Citizenship*, para sentar el estándar desde el que establecer sus conclusiones acerca de la protección del derecho a la libre expresión. El autor británico parte de entender que la regulación del discurso del odio no puede seguir los mismos criterios en democracias emergentes o en países con altas cotas de conflictividad social, que en lo que él denomina «democracias duraderas, estables y prósperas»⁸, en las que debe regir la prohibición de castigar la expresión pública en función de su contenido. Tales sociedades poseen recursos legales, económicos, institucionales y sociales suficientes para admitir todo tipo de mensajes en la esfera de deliberación pública y, al mismo tiempo, para proteger adecuadamente a los grupos más desfavorecidos de actos de violencia o discriminación. Ciertamente, en sociedades con tales características el odio no desaparece, pero su difusión tiene efectos distintos a los que genera en sociedades inestables. Son sociedades en las que, de una parte, existen cotas relevantes de igualdad socioeconómica como para enfrentar las situaciones de discriminación por medios materiales; en las que, además, existe una arraigada cultura cívica de participación política y se dan las condiciones para que las voces de los grupos desfavorecidos sean oídas y para que el *counter speech* tenga capacidad de contrarrestar los mensajes de odio. Por ende, son democracias en las que la cultura de los derechos humanos se halla considerablemente arraigada en las instituciones públicas y en la sociedad civil, permitiendo modelos de autorregulación en los medios y de reacción frente al odio en la propia esfera pública⁹.

⁶ Refiriéndose al discurso del disidente político, afirma RAWLS, 2004, que «las instituciones básicas de una sociedad democrática moderadamente bien gobernada no son tan frágiles ni tan inestables como para ser derribadas por la mera defensa de la subversión» (p. 385), por lo que «la libertad de expresión política no puede ser restringida a menos que pueda argumentarse razonablemente, a partir de la naturaleza, específica de la situación presente, que existe una crisis constitucional en la que las instituciones democráticas no pueden funcionar efectivamente y en la que los procedimientos de estas para enfrentarse a las emergencias no pueden operar» (p. 392).

⁷ ASH, 2016: 219. En semejante sentido, MASSARO, 1991: 265. Véase también ALCÁCER GUIRAO, 2012: 29 s. Por su parte, el TEDH ha puesto de manifiesto que su aproximación a los casos de discurso del odio es «*highly context-specific*» (*Perinçek c. Suiza*, STEDH de 15 de octubre de 2015, § 208).

⁸ «*Longstanding, Stable and Prosperous Democracies*».

⁹ En términos semejantes, HEINZE, 2016: 71 ss.

1.2.2. España como democracia plena. Datos del odio

¿Podemos considerar a España como una de esas «democracias duraderas, estables y prósperas»? A fin de trasladar ese modelo a la realidad, Heinze se sirve del *Democracy Index* —listado elaborado anualmente¹⁰ sobre la base de determinados criterios como «procesos electorales», «funcionamiento del gobierno», «participación política», «cultura política» y «respeto a los derechos civiles y políticos»— caracterizando como tales democracias estables aquellas que, en el citado índice, son calificadas como «democracias plenas». En el año que Heinze toma como referencia, 2013, España figuraba en el núm. 25 del índice, última posición dentro de las «democracias plenas»¹¹. En el índice del año 2018, España mantiene esa condición, ascendiendo a la posición núm. 19, con una puntuación de 8,08 sobre 10.

Si acudimos a otros índices que estudian la implantación de la democracia a nivel mundial, España sigue situada en la parte más alta de la tabla. En el denominado *V-DEm*, elaborado por el Instituto *Varieties of Democracy* de la Universidad de Gotemburgo, España figura en el puesto 26 como democracia liberal en el último informe publicado en mayo de 2019, destacando, entre otros, en el componente de igualdad ante la ley y libertades individuales (11 del mundo). En el *Rule of Law Index*, que elabora el *World Justice Project*, España se sitúa en el puesto núm. 21 a escala mundial. Como última referencia, podemos citar también el índice mundial sobre *La libertad en el mundo* que elabora anualmente *Freedom House*. Tomando en cuenta el estado de los derechos fundamentales de los ciudadanos como parámetro de análisis, en la clasificación de 2019 España obtiene 94 puntos sobre 100, ocupando el puesto núm. 20 del mundo, por delante de países como Francia, Italia, Austria o Reino Unido¹².

De lo expuesto podemos concluir que España goza de un razonable grado de estabilidad democrática, existiendo una arraigada cultura de respeto a los derechos fundamentales y un sistema institucional adecuado para garantizar la igualdad y prevenir la discriminación. Desde esta perspectiva, podría ponerse en duda la necesidad de reprimir penalmente el discurso del odio con la amplitud con que lo hace el actual el art. 510 CP.

Esta genérica conclusión se confirma si atendemos a las estadísticas existentes sobre incidentes de odio en España, así como, en particular, al número real de condenas impuestas por aplicación del citado precepto. Desde el año 2013 el Ministerio del Interior viene publicando anualmente un *Informe*

¹⁰ Por la Unidad de Inteligencia de *The Economist*.

¹¹ HEINZE, 2016: 70.

¹² Todas las referencias se han obtenido de <https://www.thisistherealspain.com/democracia-plena/una-democracia-plena-y-consolidada/>, con enlaces a todos los informes citados (último acceso: octubre de 2020).

sobre la evolución de los delitos de odio en España, en el que se analizan datos cuantitativos sobre delitos motivados por el odio¹³. Es importante destacar, en este sentido, que el objeto de estudio no son solo los delitos de «discurso de odio» (art. 510 CP y, en su caso, art. 578 CP), sino todo lo que puede conceptuarse como «incidentes de odio», incluyendo, de una parte, delitos como amenazas, lesiones, daños, hurtos, trato degradante, etc., que pudieran estar motivados por el odio étnico, racial, ideológico, etc.; y, de otra, supuestos que, sin llegar a tener relevancia penal o administrativa, han sido clasificados como tales «incidentes de odio» por las fuerzas y cuerpos de seguridad. En el Informe de 2018 se recogen un total de 1.598 «incidentes» —incluyendo, como decimos, condenas, absoluciones, archivos, infracciones administrativas, así como meros atestados policiales—.

Dentro de esa cifra total, se desglosan como «hechos relacionados con el discurso del odio» 166 casos, de los cuales 89 de ellos vendrían motivados por un odio basado en la «ideología» —y, por ello, sin relación necesaria con grupos discriminados o desfavorecidos—. Como «tipos de hechos» —no se olvide que estamos ante todo tipo de «incidentes»—, 47 de los 166 se corresponderían con supuestos de amenazas, 33 con injurias, 22 con discriminación —no se concreta a qué se refiere—, 19 a hechos contra la Constitución, 12 a descubrimiento y revelación de secretos, y los 33 restantes se clasifican como «resto».

Pese a que bastaría con cruzar datos con el Consejo General del Poder Judicial, en los informes publicados por el Ministerio de Interior no se concreta cuántos de esos incidentes fueron canalizados por vía penal, y cuántos de ellos derivaron en condenas. Sin perjuicio de ello, una somera revisión a la base de datos del CENDOJ permite concluir que esa cifra resulta muy escasa. Así, el parámetro de búsqueda «22.4 agravante» arroja 186 resultados desde el 1 de enero al 31 de diciembre de 2018 (incluyendo condenas, absoluciones y archivos, y pronunciamientos en primera y segunda instancia). Y el parámetro de búsqueda «discurso del odio» para el mismo periodo temporal arroja 45 resultados —con idéntica amplitud—, de los cuales 32 se refieren al delito de enaltecimiento del terrorismo.

Ciertamente, la cifra absoluta de incidentes de odio (1.598 incidentes) no permite concluir, desde luego, que el *odio* constituya un problema social acuciante en la sociedad española. Pero si focalizamos esos resultados cuantitativos sobre los supuestos de «discurso de odio» en sentido estricto —en el sentido que se ha propuesto en el presente trabajo—, las cifras resultantes carecen de la mínima relevancia político-criminal que justifique acudir a la sanción penal y, con ello, al sacrificio de la libertad de expresión¹⁴.

¹³ Los informes son accesibles en <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/delitos-de-odio/estadisticas> (último acceso: octubre de 2020).

¹⁴ A semejantes conclusiones llega FUENTES OSORIO, 2017: 34 ss., en el análisis realizado por este autor sobre los referidos informes en el periodo entre 2013-2016. Entre otras conclusiones,

Ello se confirma si se analizan la totalidad de las conductas impuestas en España por *delitos de discurso de odio*. Acudiendo de nuevo al CENDOJ, entre los años 2010 y 2019 tan solo se han hallado doce condenas firmes por el art. 510 CP¹⁵, lo que, desde luego, no puede considerarse indicativo de una emergencia social¹⁶. Por lo demás, una somera descripción de los hechos que motivaron tales condenas permite mostrar la escasa lesividad de las conductas enjuiciadas.

(1) La SAP (Santa Cruz de Tenerife) 107/2014, de 7 de marzo, confirmó la condena a un ciudadano por la publicación en la prensa local de un poema en el que se denunciaba la llegada masiva de inmigrantes y se sugería coger las armas para defender las costas españolas. (2) La SAP (Navarra) 55/2017, de 21 de marzo, confirmó la condena de un año y medio de prisión a quien colgó en su página de *Facebook* un vídeo musical en inglés titulado «Asesina a los judíos» en el que se lanzaban consignas antisemitas. (3) La SAP (Madrid) 676/2017, de 30 de octubre, confirmó la condena de quien, tras haber golpeado a una persona e interrogado por sus acompañantes sobre la razón de ese acto, contestó que «porque es un maricón de mierda y se lo merece». (4) La SAP (Barcelona) 514/2017, de 10 noviembre, confirma la condena de un año y seis meses de prisión al alcalde de Tortosa, representante del partido Plataforma per Catalunya, por administrar una página en *Facebook* en la que se proferían mensajes contra la inmigración, se asociaba la inmigración musulmana y subsahariana a la delincuencia y se proponía la expulsión de los inmigrantes. (5) La SAP (Madrid) 762/2017, de 29 de diciembre, confirma la condena impuesta por la difusión de un vídeo en *YouTube* en el que equiparaba la pederastia a la homosexualidad. (6) LA SAP (Barcelona) de 27 de abril de 2018 condenó a un año de prisión a quien, en el curso de una manifestación de grupos de ultraderecha, incitó a los presentes a «dar un capón» y «una hostia» a un concreto periodista que podía estar cubriendo el evento, efectuando además manifestaciones denigratorias y hostiles contra los catalanes independentistas. (7) La SAP (Barcelona) 392/2018, de 14 de mayo, confirma la condena de un año y seis meses de prisión por la publicación de un blog internet en el que se difundían mensajes xenófobos y racistas, y se defendía la supremacía de la raza aria. (8) La SAP (Barcelona) 102/2019, de 24 de abril, confirma la con-

destaca que la incidencia de los incidentes de odio en España es baja, siendo en el año 2016 de 0,027 por 100 respecto a los hechos conocidos y de 0,011 por 100 para los detenidos judicialmente declarados investigados. Con respecto al discurso del odio, concluye que representa un porcentaje muy reducido del total de los delitos de odio (8,8 por 100 en el 2015 y 9,6 por 100 en el 2016) y una tasa de incidencia ínfima (0,0026 por 100 en el 2016).

¹⁵ La indagación se ha hecho a través de dos criterios de búsqueda, en «texto libre». El parámetro de búsqueda «discurso de odio», sin acotación temporal, arroja un total de 180 hallazgos (incluyendo condenas, absoluciones y autos de archivo, y pronunciamientos en primera y segunda instancia); y el parámetro de búsqueda «art. 510 Código Penal, delito de odio» arroja un total de 177 resultados. De ese conjunto de resoluciones, la inmensa mayoría de los resultados del primer parámetro se corresponden con condenas y absoluciones por el delito de enaltecimiento de terrorismo y humillación a las víctimas (art. 578 CP). Excluimos de nuestro análisis las sentencias dictadas en conformidad; son, en todo caso, muy escasas.

¹⁶ El escasísimo índice de condenas es también destacado por PORTILLA CONTRERAS, 2015: 394 ss.; LANDA GOROSTIZA, 2018: 94 ss.

dena a seis meses de prisión por haberse dirigido a una persona de nacionalidad china gritándole «china de mierda», «te voy a matar», «hija de puta» «vete a tu país». (9) La SAP (Barcelona) 82/2019, de 8 de febrero, confirma la condena impuesta a dos personas a seis meses de prisión por haber gritado a dos mujeres que no podían besarse en público, mientras otro les mostraba sus genitales. (10) La SAP (Valladolid) 161/2019, de 8 de julio, revoca la absolució n y condena a un menor a una medida de siete meses de tareas socioeducativas, por haberse dirigido a dos chicas con epítetos como «lesbianas, guarras» y otros semejantes. (11) La SAP (Barcelona) 299/2019, 21 de mayo, confirma la condena por el delito del art. 510.2 CP por diversos epítetos proferidos en una página de *Facebook* contra una persona concreta de origen marroquí, dirigiéndose a él como «moro de mierda» e instándole a que volviera en patera a su país. (12) Como última sentencia de las encontradas, podemos citar la única dictada por el Tribunal Supremo. La STS 72/2018, de 9 de febrero, conforma la condena por delito del art. 510.1 CP —revocando en cambio la condena por el art. 578 CP— ante la publicación de diversos mensajes en la red social *Twitter* en los que hacía proelitismo de la violencia a la mujer y al terrorismo; mensajes como «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», o «Ahora solo falta un atentado en Madrid, unos cuantos españoles muertos y un 2015 de puta madre».

Decíamos al principio que cuanto mayor sea el índice de estabilidad social y política de un Estado, menor será la justificación de acudir al Derecho penal para reprimir el discurso del odio, y restringir con ello los cauces de la libre expresión. Después del somero panorama de la realidad española, podemos ratificarnos en que nuestra legislación incurre en una clara *sobrecriminalización* de las conductas expresivas y que la consiguiente restricción del discurso público resulta desproporcionada.

Tal como proponíamos en páginas anteriores, en sociedades con relativas dosis de estabilidad social, como es indudablemente la española, la alternativa a reprimir penalmente el discurso del odio debe ser asegurar por otras vías —cíviles, administrativas, económicas— que los grupos minoritarios, potenciales víctimas del odio o la discriminación, o quienes hablen por ellos, dispongan de posibilidades expresivas de respuesta, que accedan en condiciones de igualdad a los medios de comunicación; que puedan, en suma, hacerse oír socialmente. Dicho de otro modo, y parafraseando el célebre *dictum* del juez Brandeis, frente al discurso del odio el Estado debe proporcionar los medios necesarios para un discurso de defensa efectivo, que contrarreste, con la palabra y la razón, la irracionalidad del extremismo y la intolerancia. Las palabras del juez estadounidense siguen teniendo plena vigencia hoy en día:

«si hay tiempo de exponer, mediante la discusión, las falsedades y las falacias, para evitar el mal a través de los procesos de educación, el remedio que debe

aplicarse es el discurso de defensa [*counter speech*], y no la imposición del silencio. Solo una emergencia puede justificar la represión»¹⁷.

1.3. La protección de la seguridad: incitación directa a conductas lesivas y amenaza latente

1.3.1. *Malas tendencias*

La modalidad más grave de lo que venimos denominando discurso del odio es la incitación directa a la realización de actos de violencia sobre miembros de los grupos diana. Ante la indudable gravedad de ese riesgo, existe consenso a ambos lados del Atlántico en que el discurso dirigido a incitar a actos concretos de violencia no puede estar amparado por la libertad de expresión y debe, además, ser reprimido por los medios del Derecho penal¹⁸. No obstante, ese precario consenso se rompe tan pronto se entra a determinar qué criterios de enjuiciamiento deben presidir el análisis sobre tal incitación. La comparación entre los dos estándares surgidos en la evolución de la jurisprudencia estadounidense —el *Bad Tendency Test* y el *Brandenburg Test*— puede ser útil para ilustrar qué debe entenderse por tal incitación a actos violentos.

El *Brandenburg Test* establece la necesidad de que concurra un *direct incitement to a clear and present danger*, exigiéndose tanto la idoneidad de la conducta expresiva para inducir a actos violentos graves como la inmediatez de tales actos violentos. Supuesto prototípico de esa incitación *directa* sería el ejemplo del tratante de grano expuesto por Stuart Mill en *On Liberty*: la opinión de que los negociantes de trigo son los que matan de hambre a los pobres será adecuada para incitar a actos inmediatos de violencia cuando se expresa ante una multitud excitada reunida delante de la casa de un comerciante de trigo¹⁹.

El *Bad Tendency Test* es, en cambio, mucho menos exigente. Como vimos, dicho criterio surgió en la jurisprudencia del Tribunal Supremo estadounidense durante los años veinte para combatir la disidencia política comunista y, en particular, para luchar contra los opositores a la Primera Guerra Mundial, a través de la aplicación de la *Espionage Act* y la *Sedition Act*²⁰. Como su propio nombre indica, desde dicho parámetro de enjuiciamiento bastaba para justificar la restricción de la libertad de expresión con

¹⁷ Formuladas en el voto disidente a *Whitney v. California* (274 U.S. 357, 1927).

¹⁸ SCHAUER, 2012: 23, destacando que ese es el daño tradicionalmente atribuido al discurso hostil. Véanse también POST, 2009: 134; SUMNER, 2009: 204 ss.; ASH, 2016: 129 ss.

¹⁹ MILL, 1997: 127.

²⁰ Si bien su origen puede reconducirse a decisiones anteriores, las sentencias más representativas son *Schenck v. United States* [249 U.S. 47 (1919)], *Debs v. United States* [249 U.S. 211 (1919)] o *Abrams v. United States* [250 U.S. 616 (1919)] o *Gitlow v. New York* [268 U.S. 652 (1925)]. So-

que pudiera argumentarse que la conducta expresiva ostentaba una *tendencia general* a la incitación de actos violentos o ilegales o, más en general, a alterar la estabilidad social. El sentido de esta fórmula queda inmejorablemente expresado en las siguientes palabras, utilizadas en *Gitlow v. New York* para avalar la condena de un miembro del partido comunista por la distribución de unos panfletos en los que se defendía el derrocamiento de la democracia parlamentaria a través de la revolución del proletariado:

«Una sola chispa podría encender un fuego que, ardiendo por un tiempo, podría estallar en una destructiva conflagración. No puede afirmarse que el Estado actúa arbitraria o irrazonablemente cuando, en el ejercicio de su propio juicio respecto de las medidas necesarias para proteger la paz y la seguridad pública, busca extinguir la chispa sin esperar a que haya encendido la llama».

Si la finalidad es extinguir la chispa antes de que surja la llama —o, por emplear otro símil recurrente, «aplastar la serpiente en el huevo»²¹, bastará con que la conducta expresiva pueda generar una mera expectativa lejana de reacciones violentas; bastará, en realidad, con que el contenido del mensaje pueda suscitar rechazo o alteración social. Ya no será necesario que el mensaje incendiario se realice a una multitud excitada reunida frente a la casa del comerciante de grano; bastará con que la opinión de que los comerciantes de trigo son los que matan de hambre a los pobres se difunda en la prensa.

Desde este estándar de enjuiciamiento —presente en la jurisprudencia del TEDH²² y en la mayoría de las legislaciones europeas²³—, el acento se pone antes en el contenido del mensaje que en sus efectos sociales, en la medida en que respecto de estos no se desciende a las circunstancias concretas del caso, sino que se asume o presume que tales conductas son, con carácter general, adecuadas para producir episodios de violencia o discriminación y, con ello, para alterar la estabilidad de una sociedad democrática²⁴.

Este criterio de la mera tendencia peligrosa no es sino el asumido por nuestro Tribunal Constitucional²⁵ cuando, en la STC 112/2016, identifica la

bre las similitudes y diferencias entre ambos criterios de enjuiciamiento, TRIBE, 1988: 841 ss., 843; SOTTIAUX, 2011: 46 ss.

²¹ MARTÍNEZ SOSPEDRA, 2000.

²² Véase, en particular, SOTTIAUX, 2011: 40 ss., 47 ss. También ALCÁCER GUIRAO, 2013: 335 ss.; PAREKH, 2012: 45-46.

²³ POST, 2009: 134.

²⁴ En igual sentido, PRESNO LINERA/TERUEL LOZANO, 2017: 31, con dicho criterio no se asumía «la concurrencia de un nexo causal entre las expresiones y un concreto efecto nocivo; bastaba con que del contenido del mensaje se pudiera extraer la idoneidad del mismo para producir esos resultados, al margen de que realmente dicha consecuencia fuera la querida en el asunto objeto de enjuiciamiento». Críticos también RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 2012: 317; TERUEL LOZANO, 2018: 36-37: «Al final, si no hay certeza e inminencia, el juicio de peligrosidad abre la puerta a la arbitrariedad judicial y aboca a que se termine castigando un discurso por que “parezca” peligroso; no por sus efectos, sino por cómo “suene”».

²⁵ Así lo afirma también TERUEL LOZANO, 2018: 29.

instigación a la violencia con la creación de «un determinado caldo de cultivo, una atmósfera o ambiente social proclive a acciones terroristas, antesala del delito mismo»; y es el que encajaría en la noción de incitación *indirecta* a la violencia, que pueden llegar a producirse a largo plazo tras la reiterada propagación de mensajes de odio contra determinados colectivos. La inclusión de esa modalidad de incitación indirecta a la violencia conllevará que esta forma de lesividad conforme, en realidad, un *continuum* apenas indistinguible con la incitación al odio y la difamación colectiva, en el entendimiento de que el fomento continuado de actitudes de rechazo y hostilidad puede *tender* a la futura e incierta realización de actos violentos²⁶.

No puede ser ese el criterio adecuado para justificar y determinar el margen de relevancia penal de la expresión pública. Más allá del enorme grado de arbitrariedad que abre a la valoración del juez de turno²⁷, con la consiguiente pérdida de seguridad jurídica e incremento del desaliento al discurso protegido, y más allá del discutible merecimiento de pena de un acto comunicativo por eventuales daños futuros causados autónomamente por terceras personas²⁸, la pretendida incitación a riesgos remotos contradice el propio fundamento de la libertad de expresión. Como —siguiendo la estela de Brandeis— afirma Tribe, «si la premisa de la libertad de expresión es el diálogo, tiene sentido distinguir entre el discurso efectuado en contextos donde resulta plausible una réplica y el discurso en contextos donde las palabras incitan a la acción sin posibilidad de respuesta»²⁹. Solo estos últimos supuestos debieran ser merecedores de sanción penal.

1.3.2. *La incitación directa a conductas violentas, discriminatorias y hostiles*

Frente a ese difuso criterio, que nos devuelve a la difusión de climas y a zonas limítrofes a la libertad de expresión, sí cabe afirmar con rotundidad que la incitación *directa* a conductas lesivas de la autonomía personal no

²⁶ LAURENZO COPELLO, 1996: 264-265; LANDA GOROSTIZA, 1999: 233, en la difamación colectiva «estamos ante un supuesto específico de provocación en cuanto que la injuria a todo un colectivo puede resultar idónea para provocar a la discriminación, al odio o a la violencia». Véase también SOTTIAUX, 2011: 47, citando la Sentencia del TS canadiense en el asunto *Keegstra*, en la que expresamente se admitió «la posibilidad de que mensajes de hostilidad puedan obtener crédito socialmente, con la consecuencia de que se generen actos de discriminación, o incluso de violencia, contra grupos minoritarios».

²⁷ Como afirma FUENTES OSORIO, 2017: 41, la sanción del odio a través de construcciones laxas manifiesta «una gran fe en el comportamiento del juez-censor». Crítico también con la inseguridad jurídica de esos estándares de riesgo, TERUEL LOZANO, 2018: 29, 36: «¿Cómo puede valorar un juez con un mínimo de seguridad si a medio o largo plazo un discurso o una publicación pueden llegar a desencadenar actos hostiles?».

²⁸ SIMESTER/VON HIRSCH, 2011: 115; BAKER/ZHAO, 2013: 653; TERUEL LOZANO, 2018: 36.

²⁹ TRIBE, 1988: 844. Los riesgos del «*Bad Tendency test*», al convertirse en un cómodo expediente para silenciar la libre expresión política, son puestos de manifiesto por SOTTIAUX, 2011: 57.

forma parte del contenido protegido de la libertad de expresión y, además, conlleva una lesividad de suficiente intensidad como para justificar el recurso a la sanción privativa de libertad³⁰.

Los actos comunicativos dirigidos a generar en el auditorio la decisión de realizar actos violentos y hostiles no pueden concebirse como «discurso público». Como decíamos, la intimidación y la amenaza no forman parte de la esfera de opinión pública y sitúa a quienes la ejercen fuera del marco de la deliberación democrática, por lo que tales conductas no quedan amparadas por la libertad de expresión. Además, tal finalidad priva a dichos actos expresivos del *aire de familia* con el discurso protegido que, ante su restricción penal, pudiera generar el riesgo de desalentar su legítimo ejercicio.

Descartado su amparo por el derecho fundamental, la sanción penal vendrá justificada en atención al grado de lesividad que tales conductas generan para la autonomía de los ciudadanos, al conllevar un riesgo relevante e inminente para bienes personales como la vida, integridad física o la libertad. Será proporcionado, por ello, acudir a la pena privativa de libertad.

Es preciso, no obstante, perfilar el criterio de enjuiciamiento del riesgo. Ciertamente, nadie pone en duda que los mensajes emitidos por la *Radio de las Mil Colinas* en Ruanda, calificando a los tutsis como cucarachas y pidiendo su eliminación física a los hutus, tuvieron una incidencia causal directa en el exterminio y merecían un severísimo reproche penal. Pero entre ese ejemplo extremo y el exabrupto de quien divulga en *Twitter* que echa de menos un atentado en Madrid o la muerte de más mujeres por violencia de género³¹ —caso que, sin estar amparado por la libertad de expresión, carece de entidad suficiente para merecer una sanción privativa de libertad— se abre una enorme zona intermedia que debe ser delimitada con criterios definidos de enjuiciamiento.

El criterio *Brandenburg* constituye la base desde la que determinar el estándar de enjuiciamiento del peligro³², si bien es preciso concretarlo con elementos adicionales. Lo que se exige, según su propia formulación originaria, es un «*clear and present danger to a lawless action*»: en primer lugar, la conducta expresiva ha de ser *idónea* para generar en otras personas la decisión de realizar determinadas conductas lesivas; en segundo lugar, entre el mensaje incitador y la realización de tales conductas debe existir una relación de *inminencia* temporal, y en tercer lugar, las conductas han de constituir un *ilícito* de cierta gravedad que ponga en riesgo la indemnidad de bienes personales.

³⁰ En este sentido, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 2012: 327-328; TERUEL LOZANO, 2015a: 458-460, 507 s.; TERUEL LOZANO, 2018: 36-37; LANDA GOROSTIZA, 2018: 60 ss.; VALIENTE MARTÍNEZ, 2020: 169-170.

³¹ Hechos probados de la STS 72/2018, de 9 de febrero, que hemos citado *supra*.

³² TERUEL LOZANO, 2018: 37. Véase en particular ALEXANDER, 2000: 101 ss.

Decíamos que la incitación directa a actos lesivos opera, como criterio de valoración, en un doble plano: por una parte, puede concluirse que tales conductas están excluidas del contenido protegido de la libre expresión —puesto que no son «discurso público»—; por otra parte, presentan *además* un grado de riesgo suficiente para justificar su represión por vía penal. Ello implicará que los elementos que conforman el criterio se justificarán también desde ese doble plano³³. Así, la idoneidad para generar un elevado riesgo para bienes personales es un *prius* para justificar la sanción penal, pero también es un elemento que lo desvincula del ejercicio legítimo del derecho: si bien, como decíamos, la lesividad de una conducta no es razón suficiente para excluir del ámbito protegido del derecho, cuando mayor sea la intensidad de ese riesgo, más se alejará de la esfera *prima facie* de protección. Unido a ello, la *finalidad* de la conducta jugará un factor decisivo para esa delimitación —volvemos sobre ello a continuación—. De igual modo, la inminencia de las acciones violentas por los destinatarios del mensaje incitador, al incrementar la lesividad de la conducta, redonda en su merecimiento de pena, pero también halla su sentido en el propio fundamento de la libertad de expresión: cuanto menor sea la inmediatez de esos posibles actos violentos mayor será el espacio para el *counter speech* y para resolver el conflicto en el seno de la esfera de deliberación pública³⁴.

Para enriquecer los términos de este criterio de valoración, podemos servirnos de diferentes instrumentos de *soft law* que han venido desarrollándose en los últimos años con el fin de fijar el contenido del discurso de odio punible a partir de la interpretación de los arts. 19 y 20 PIDCP.

Como parámetro general sobre los límites de la incriminación del discurso incitador, pueden citarse los *Camden Principles on Freedom of Expression and Equality*³⁵. En dicho documento se recomienda a los Estados implementar la prohibición de la «apología [*advocacy*] del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, hostilidad o violencia»³⁶, entendiendo el término apología como aquellas manifestaciones que «crean

³³ Esta óptica de análisis puede verse en ALEXANDER, 2000: 107 ss.

³⁴ *Ibid.*: 110, discrepa de esa conclusión, considerando que el requisito de la inminencia se justifica sobre todo desde una racionalidad jurídico-penal. Véase también, sobre ese criterio, LANDA GOROSTIZA, 2012: 343, considerando que uno de los elementos a ponderar para afirmar el daño potencial del discurso es «conocer hasta qué punto el autor de la incitación lanzaba su mensaje sobre “suelo mojado”: disponibilidad de la audiencia a actuar (situación de tensión local por un reciente asesinato interétnico, por ejemplo) o posibilidad de “neutralización” del mismo por la presencia simultánea de contra-discursos (debates públicos y equilibrados...)». Si no lo interpreto mal, su perspectiva de análisis incluiría la inminencia no solo como factor de riesgo, sino también como referente derivado del fundamento de la libre expresión.

³⁵ Abril 2009. Documento elaborado por ARTICLE 19 a partir de las conclusiones de un conjunto de expertos en Derecho internacional de la ONU y otras instituciones.

³⁶ Se sigue con ello la literalidad del art. 20.2 PIDCP: «Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley».

un riesgo inminente de discriminación, hostilidad o violencia contra personas pertenecientes a esos grupos»³⁷.

En el desarrollo de ese estándar, es esencial el *Plan de Acción de Rabat*, elaborado por un taller de expertos a instancia de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU³⁸. Se incluyen en el mismo una serie de criterios de valoración —asumidos también, con algunos matices, por la Recomendación núm. 15 de la ECRI—³⁹ que han de ser tenidos en cuenta a la hora de concretar el peligro exigible al discurso incitador y de fijar, con ello, su relevancia penal:

a) *Contexto*: el contexto es de gran importancia cuando se evalúa si concretas manifestaciones son adecuadas para incitar a la discriminación, la hostilidad o la violencia contra el grupo objetivo, y puede tener una relación directa con la intención y/o la causalidad. El análisis del contexto debe ubicar el acto comunicativo dentro del contexto social y político prevalente en el momento en que se pronunció y difundió el discurso.

b) *Orador*: se debe considerar la posición o el estado del hablante en la sociedad, específicamente la posición que ocupa el individuo u organización en el contexto de la audiencia a quien se dirige el discurso.

c) *Intención*: el art. 20 PIDCP exige la intención. La negligencia y la imprudencia no son suficientes para que un acto sea un delito en virtud del art. 20 del Pacto, ya que este artículo prevé la «apología» y la «incitación» y no solo la mera distribución o circulación de material. En este sentido, requiere la activación de una relación triangular entre el objeto y el sujeto del discurso, así como la audiencia.

d) *Contenido y forma*: el contenido del discurso ha de constituir uno de los focos clave de las deliberaciones del tribunal y es un elemento crítico de la incitación. El análisis de contenido puede incluir el grado en que el discurso fue provocativo y directo, así como la forma, el estilo, la naturaleza de los argumentos desplegados en el discurso o el equilibrio alcanzado entre los argumentos desplegados.

e) *Difusión del acto comunicativo*: el análisis de la difusión incluye elementos tales como el alcance del discurso, su naturaleza pública, su magnitud y el tamaño de su audiencia. Otros elementos a considerar incluyen si el discurso es público, qué medios de difusión se utilizan, por ejemplo, mediante un único folleto o difusión en los principales medios de comunicación o por internet, la frecuencia, la cantidad y el alcance de las comunicaciones, si la audiencia tenía los medios para actuar sobre la incitación, si la declaración (o la obra) se distribuye en un entorno restringido o es ampliamente accesible al público en general.

³⁷ *Camden Principles*, 12.1.

³⁸ «Plan de Acción de Rabat sobre la prohibición de la apología del odio nacional, racial o religioso que constituye incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia», adjunto al Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos acerca de los talleres de expertos sobre la prohibición de la incitación al odio nacional, racial o religioso, A/HRC/22/17/Add.4, de 11 de enero de 2013.

³⁹ ECRI, Recomendación de Política General núm. 15, *Memorandum*, §§ 16, 59. También se sirve de los criterios del *Plan de Acción de Rabat* el informe *Hate Speech. A Toolkit*, de ARTICLE 19.

f) *Probabilidad, incluida la inminencia*: la incitación, por definición, es un delito incompleto. La acción que se pretende provocar a través del discurso de incitación no tiene que ser cometida para que dicho discurso constituya un delito. Sin embargo, se debe identificar algún grado de riesgo de daño. Ello implica que los tribunales tendrán que determinar que haya una probabilidad razonable de que el discurso logre incitar una acción real contra el grupo objetivo, reconociendo que dicha causalidad debe ser considerablemente directa.

Será el análisis conjunto de esos factores⁴⁰ el que permita determinar los casos en los que el discurso incitador genere un riesgo relevante de que terceras personas —miembros del auditorio— se dispongan a realizar, de modo inminente, actos lesivos contra miembros del grupo destinatario del odio. Pero concretemos algunos de esos elementos.

Las conductas a las que se incita no quedan limitadas a los actos de *violencia* física, sino que, en línea con lo establecido en el art. 20.2 PIDCP, se incluyen también los actos de *hostilidad* y los de *discriminación*. Ciertamente, no son supuestos equiparables, y resultaría razonable establecer diferentes rangos de gravedad —y de penalidad, por tanto— entre ellos, pero, en todo caso, con carácter general el margen de relevancia penal debiera venir determinado por que la incitación se proyecte sobre la realización de actos *delictivos*.

La *discriminación* constituye el fundamento que late tras la necesidad de reaccionar contra el discurso del odio, como ya vimos. La finalidad última es proteger a determinadas minorías contra la marginación y asegurar un acceso equitativo a las posibilidades de participación social. Por ello, el componente discriminatorio debiera presidir la regulación penal del discurso del odio y su aplicación —tanto a través de la interpretación del contexto de actuación de la conducta expresiva como de las razones para actuar del emisor del discurso—. Pero ello no significa que todo discurso discriminatorio ostente relevancia penal, ni que el discurso discriminatorio quede excluido del contenido protegido de la libertad de expresión. Esto último ocurrirá cuando el mensaje tenga la finalidad de incitar directamente a la realización de concretas conductas de discriminación —impedir la obtención de servicios públicos, impedir arbitrariamente el acceso a locales abiertos al público, etc.—. Y, como factor adicional de gravedad —y, con ello, de proporcionalidad—, tan solo deberán ser sometidas a prohibición penal aquellas conductas expresivas que inciten directamente a la realización de *delitos* discriminatorios —arts. 324, 511 y 512 CP—⁴¹.

Semejante interpretación exige el elemento de la «hostilidad». Frente a la equiparación que realiza el art. 510 CP, en la exégesis del art. 20.2 PIDCP

⁴⁰ Un listado semejante de subcriterios puede encontrarse en LANDA GOROSTIZA, 2012: 343 s.

⁴¹ En sentido parcialmente coincidente LAURENZO COPELLO, 1996: 260, quien plantea que la provocación a la discriminación debe tener por objeto un *hecho ilícito*, pero que no ha de ser necesariamente delictivo. Véase también MIRÓ LLINARES, 2017: 51.

que se recoge en el *Plan de Acción de Rabat* o en los informes de ARTICLE 19 es esencial distinguir la incitación a la hostilidad de la más genérica y difusa «incitación al odio». El odio es una emoción subjetiva e irracional, por lo que la incitación al odio no es más que el intento de generar emociones, carente de la lesividad mínima exigible para ser sancionable bajo pena⁴². Frente a ello, la «hostilidad» del art. 20.2 PIDCP ha de entenderse como la manifestación externa de ese odio a través de una acción⁴³; con la incitación a la hostilidad, por tanto, no se aspira solo a generar emociones de aversión sino a generar la puesta en acción de ese odio con comportamientos lesivos⁴⁴. Descartando actos que entrarían nítidamente en las categorías de la violencia o la discriminación, por hostilidad podemos entender supuestos tales como amenazas, coacciones, atentados contra la integridad moral, abusos sexuales, así como otros actos de hostigamiento de semejante entidad contra miembros de grupos protegidos⁴⁵.

Más allá de la terminología empleada, lo decisivo es que la incitación se proyecte sobre comportamientos que menoscaben gravemente la autonomía personal del grupo social o de sus miembros⁴⁶; ello se dará, así, siempre que se incite a la realización de conductas delictivas contra bienes personales. Cuando concurren los elementos de la idoneidad y la inmediatez, la conducta expresiva será indudablemente merecedora de sanción penal.

Entre los criterios recogidos en el *Plan de Acción de Rabat* se incluye la exigencia de que la incitación sea *intencional*, advirtiendo expresamente que la imprudencia y negligencia no son suficientes para que la conducta adquiera relevancia penal⁴⁷. Sin embargo, este es uno de los aspectos donde la Recomendación núm. 15 de la ECRI se aparta de tales criterios, estableciéndose en la misma que la intención no es un requisito imprescindible y

⁴² Véase *supra* capítulo IV, 3.3.4.

⁴³ Véase ARTICLE 19, *Hate Speech*, p. 77. En palabras de la Recomendación núm. 15 de la ECRI, por ese término hemos de entender la «manifestación del odio más allá del mero estado de ánimo» (p. 25). Ampliamente sobre la interpretación del art. 20.2 PIDCP desde instrumentos como el Plan de Acción de Rabat, ROLLNERT LIERN, 2019: 87 ss.

⁴⁴ Tal como se destaca en el informe citado de ARTICLE 19, en los *Camden Principles* 2009, la hostilidad se equiparaba al odio, lo que generó la confusión de que el «odio» por sí solo podía ser un efecto propio de la incitación; fue a partir de 2012 cuando se incorporó esa interpretación restrictiva del art. 20.2 PIDCP (p. 70, nota 77; p. 77). Véase al respecto ROLLNERT LIERN, 2019: 89. Semejante es la postura adoptada por CANCIO MELIÁ, 1997, quien desde un plano *de lege lata* (sobre el art. 510 previo a la reforma de 2015) sostiene que la provocación al odio debe entenderse «como actitud de rechazo irracional [...] debiendo ser ese rechazo de tal intensidad que conlleve por parte de los destinatarios de la provocación la disposición a actuar en la práctica por algún medio delictivo, concretando el “odio” provocado en hechos» (p. 1275).

⁴⁵ Así, ALCÁCER GUIRAO, 2012: 17-18.

⁴⁶ MIRÓ LLINARES, 2017: 51. En igual sentido, LANDA GOROSTIZA, 1999: 347 ss. (si bien su postura actual anticipa la punición a estadios anteriores a la lesión de bienes personales: véase *infra*, nota 62).

⁴⁷ De igual modo se pronuncia ARTICLE 19, *Hate Speech Explained*, p. 77.

que debe castigarse también, como discurso de odio imprudente, los casos en los que quepa esperar razonablemente que del acto comunicativo pueda producirse la comisión de actos delictivos⁴⁸.

Como ya anticipé, entiendo que la incriminación de una modalidad de «incitación» imprudente —más allá del posible contrasentido conceptual—⁴⁹ amplía en demasía el ámbito de lo punible y se adentra en los contornos de la libre expresión. La intención del hablante constituye, en efecto, un elemento crucial para establecer la exclusión del contenido protegido del derecho fundamental por cuanto lleva ínsito la connotación del *abuso* de su ejercicio: quien se sirve de un acto expresivo con el fin de generar la lesión de bienes jurídicos no puede ampararse en la protección constitucional. Distinto es, sin embargo, el caso en el que, aunque pueda llegar a existir una representación de posibles consecuencias lesivas, el acto comunicativo no se realiza con dicha intención, sino que viene presidido por el afán de servir al debate sobre asuntos públicos. En tal caso, las posibles consecuencias lesivas, no buscadas de propósito, no deben excluir la conducta del ámbito de protección del derecho fundamental.

Esta discusión enlaza con la cuestión de cómo ha de responder el Estado ante posibles *reacciones explosivas* del auditorio; casos en los que concurre un ejercicio *prima facie* de la libertad de expresión pero existe un riesgo objetivo —y cognoscible por el emisor del discurso— de que pueden producirse reacciones violentas, tanto por aquellos «incitados» contra miembros de grupos minoritarios, como directamente por quienes se consideran ofendidos por el mensaje. Piénsese, por ejemplo, en la publicación de los *Versos Satánicos* de Salman Rushdie, en la difusión de las viñetas de Mahoma en el *Jyllands-Posten* o en el anuncio de la quema del Corán por el pastor Terry Jones⁵⁰. Como regla general —y sin perjuicio de emergencias excepcionales que obliguen a una restricción coyuntural para evitar daños graves a la vida de las personas—, no debiera prohibirse el legítimo ejercicio de la libertad de expresión con base en el temor a las consecuencias de esas reacciones violentas⁵¹; si se entra en esa dinámica el derecho fundamental —y la misma

⁴⁸ *Memorandum*, §§ 17 y 173. Sobre ello, destaca ROLLNERT LIERN, 2019: 98, que «intencionalidad y riesgo no son, para la CERI, requisitos que deben cumplirse acumulativamente para la sanción penal del discurso del odio sino condiciones alternativas, de manera que la presencia de un riesgo inminente permite prescindir de la intencionalidad». A partir de esa discrepancia, se pregunta LANDA GOROSTIZA, 2018: 115, si, desde una perspectiva *de lege lata*, el art. 510 CP puede realizarse con dolo eventual. Véase también, desde una perspectiva conceptual, ALEXANDER, 2000: 107, quien considera que la exigencia de intencionalidad no es inherente al fundamento de la libre expresión y que nada obstaría a sancionar la modalidad imprudente.

⁴⁹ Por cuanto a la noción de «incitación» le es inherente un componente ilocutivo.

⁵⁰ Algunas referencias a este último caso pueden encontrarse en ALCÁCER GUIRAO, 2015: 57-58.

⁵¹ Así, por ejemplo, BAKER/ZHAO, 2013: 626; HEINZE, 2016: 80. Con carácter general, sostiene WEINSTEIN, 2011b: 499-500, que el Estado no está legitimado para restringir la libertad de expresión para prevenir riesgos sociales.

democracia— se convertiría en rehén de los intolerantes⁵² y la violencia terminaría por legitimarse como un *heckler's veto*⁵³.

La exigencia de un elemento intencional se justifica, en definitiva, como criterio de delimitación frente al contenido de la libertad de expresión, así como desde los principios penales de intervención mínima y fragmentariedad. Así parece asumirlo también el Tribunal Constitucional en la reciente STC 35/2020, de 25 de febrero, cuando reprocha al Tribunal Supremo (en el asunto *César Strawberry*) que no hubiera ponderado la intención comunicativa del agente:

«la sentencia condenatoria no ha dado cumplimiento con la necesaria suficiencia a la exigencia de valoración previa acerca de si la conducta enjuiciada era una manifestación del ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión, al negar la necesidad de valorar, entre otros aspectos, la intención comunicativa del recurrente en relación con la autoría, contexto y circunstancias de los mensajes emitidos. Esta omisión, por sí sola, tiene carácter determinante para considerar que concurre la vulneración del derecho a la libertad de expresión del demandante de amparo».

Más concretamente, dentro de la conducta de incitación deben diferenciarse, y exigirse, hasta tres elementos subjetivos distintos: i) la intención de incitar a otros a la acción; ii) una motivación discriminatoria hacia el grupo diana, y iii) un conocimiento de que la conducta es adecuada para generar el efecto incitador y, por tanto, de que incrementa el riesgo para bienes jurídicos personales de los miembros del grupo⁵⁴.

Además de tener por objeto la realización de actos delictivos, y de ser intencional, la incitación tiene que ser de carácter *público*. Solo aquel discurso incitador que se realice en un entorno público, a una audiencia más o menos

⁵² En sentido semejante se ha pronunciado la Comisión de Venecia del Consejo de Europa en el Informe titulado «Sobre la relación entre la libertad de expresión y libertad religiosa: la cuestión de la regulación y persecución de la blasfemia, el insulto religioso y la incitación al odio religioso», aprobado el 18 de octubre de 2008:

«80. Indudablemente, ciertas personas han mostrado una creciente sensibilidad a este respecto y han reaccionado violentamente a las críticas de su religión. La comisión acepta que, a corto plazo, estas sensibilidades pueden ser tenidas en cuenta por las autoridades nacionales cuando, para proteger los derechos de los demás y preservar la paz social y el orden público, deben decidir si imponer o no una restricción a la libertad de expresión.

81. Sin embargo, debe enfatizarse que las sociedades democráticas no deben convertirse en rehenes de estas sensibilidades, y la libertad de expresión no debe retirarse indiscriminadamente cuando se enfrentan a reacciones violentas. El umbral de sensibilidad de ciertos individuos puede ser demasiado bajo en ciertas circunstancias específicas, y pueden surgir incidentes incluso en lugares distintos y lejanos de aquellos donde surgió el conflicto original, pero esto no debería convertirse en sí mismo en una razón para evitar cualquier forma de discusión sobre asuntos religiosos relacionados con esa religión en particular: en caso contrario, el derecho a la libertad de expresión en una sociedad democrática se vería seriamente comprometido».

⁵³ O, en la más rotunda acepción de ASH, 2016: 130 ss., un *assassin's veto*.

⁵⁴ En sentido semejante, ARTICLE 19, *Hate Speech Explained*, p. 77.

amplia, genera el alcance suficiente como para poder afirmar un riesgo elevado de acciones lesivas⁵⁵. Como hemos expuesto, el *Plan de Acción de Rabat* incluye la difusión de la incitación como uno de los factores a ponderar para establecer la relevancia lesiva de la conducta. Ahora bien, a mi entender, requisito mínimo para afirmar esa relevancia penal como discurso del odio ha de ser que el acto comunicativo se realice con carácter público. Ello no significa que otros supuestos de incitación a la violencia de carácter privado carezcan de relevancia penal, pero constituyen un fenómeno distinto. Así, por ejemplo, la propuesta realizada verbalmente por una persona a otra de que golpee a un tercero por su condición de inmigrante, o el mensaje de *whatsapp* a un círculo cerrado y limitado de personas instando a la realización de concretas conductas de hostilidad contra un colectivo, no constituirían supuestos de (delito de) discurso de odio, sino que estaremos ante casos de proposición (art. 18 CP) o, en su caso, inducción a un delito de lesiones u otros semejantes, agravados por la circunstancia prevista en el art. 22.4 CP.

En conclusión a todo lo expuesto, una propuesta *de lege ferenda* que considero asumible es la que recientemente ha realizado el Grupo de Estudios de Política Criminal, consistente en sustituir la actual regulación del art. 510.1 CP por el siguiente texto: «La incitación pública y directa por motivos discriminatorios a la comisión de delitos contra la vida, la integridad física y psíquica, la integridad moral, la igualdad, la libertad, la libertad sexual, de daños, de genocidio y de lesa humanidad, contra grupos vulnerables o sus miembros que genere el riesgo inminente de que se puedan cometer uno o varios de dichos delitos, será castigada con una pena de prisión de uno a tres años. En el caso de que el delito a cuya comisión se incite tuviera prevista una pena de igual o inferior gravedad, se impondría esta rebajada en un grado»⁵⁶.

⁵⁵ Así se establece, por ejemplo, en el citado informe *Hate Speech Explained*, de ARTICLE 19, p. 72. Por su parte, la Recomendación núm. 15 de la ECRI, *Memorandum*, afirma que si bien «la definición de discurso de odio no se restringe a las expresiones utilizadas en público» —de lo que yo discreparía—, establece que «puede ser también un factor determinante para saber si un uso determinado del discurso de odio puede o no puede incitar a otros a cometer actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación contra aquellos a los que va dirigido» (§ 20), exigiendo finalmente la difusión pública como condición para utilizar la sanción penal (§ 173). También TERUEL LOZANO, 2015a: 512, considera «adecuado exigir que las conductas resulten “públicas” (o por lo menos difundidas entre una pluralidad de personas), al tratarse de un elemento característico del castigo de cualquier forma de instigación o provocación que viene a reforzar la peligrosidad de la conducta». Sobre esa exigencia de carácter público, véase también LANDA GOROSTIZA, 2018: 70.

⁵⁶ La exigencia de que suponga una incitación directa a la comisión de delitos se establece también en la modalidad de justificación pública de delitos, proponiendo de ese modo la modificación del actual art. 510.2.b) CP.

Discrepo, sin embargo, de la consecuencia jurídica establecida. Tal como antes se exponía en el texto, entiendo que deberían establecerse diferencias penológicas entre la incitación a delitos violentos, más graves, y la incitación a delitos más leves como aquellos contra la propiedad (daños) o la igualdad (arts. 511 o 512 CP, por ejemplo). Ciertamente, la última cláusula penológica introducida permite modular a la baja la pena ante los delitos menos graves, pero entiendo que resulta preferible establecer marcos penológicos distintos en función de la gravedad de los hechos; por ejemplo, mantener una pena de uno a tres años para la incitación a delitos contra la vida, la integridad física, la

1.3.3. *La protección de la seguridad y el discurso de odio como amenaza latente para el colectivo*

Entre los partidarios de una restricción penal amplia del discurso del odio suele apelarse, como fundamento de su lesividad, a la sensación de inseguridad y de temor que los mensajes hostiles generan entre los miembros de los grupos minoritarios. Afirmaba en este sentido Parekh, como vimos, que el sometimiento continuo a mensajes de odio, al discurso legitimador de la hostilidad contra determinados grupos de personas en atención a sus particularidades, crea un clima de intimidación que restringe severamente la libertad y las posibilidades de interacción social⁵⁷; Matsuda, por su parte, ha enfatizado el devastador efecto que el discurso del odio tendría sobre la «sensación de seguridad personal»⁵⁸; Sumner acentúa el efecto «amenazante o intimidante» de los mensajes de hostilidad contra minorías⁵⁹. Y la misma idea plantea Jeremy Waldron, cuando manifiesta que la lesividad característica del discurso del odio es el menoscabo de la seguridad y la confianza de los miembros de los grupos minoritarios en su estatus cívico como personas merecedoras de igual respeto y consideración⁶⁰.

Coincido plenamente con ese punto de partida; en lo que no coincido es cómo se concibe esa noción de seguridad ni, por tanto, en las formas en que puede ser menoscabada. Quienes acogen esta perspectiva asumen, en su mayoría, que ese efecto de inseguridad se produce con cualquier forma de discurso del odio, desde el discurso injurioso o denigratorio hasta la reiteración de estereotipos. Como vimos, era la expectativa de acumulación de otros actos comunicativos futuros, antes que cada acto puntual, lo que generaría esa atmósfera de amenaza e inseguridad. Con independencia de la injerencia en la libertad de expresión que supone el castigo de todas las formas de discurso de odio (en particular por el efecto desalentador del discurso público), incluso desde el plano estrictamente penal —desde la proporcionalidad con el derecho a la libertad, amenazado por la pena— en sociedades estables —como la española— un mensaje aislado de hostilidad carece de entidad comunicativa relevante para justificar su sanción por vía penal; ni creo que la lógica de la acumulación aplicada a este ámbito permita concluir lo contrario.

libertad sexual y la libertad, y reducir el límite superior a dos años para el resto. Por lo que respecta a la incitación al genocidio y a delitos de lesa humanidad, creo que la pena propuesta de uno a tres años es demasiado leve, y que por razones de prevención general debiera elevarse su límite mínimo por encima de los dos años, a fin de evitar la suspensión de la pena. Piénsese que se está exigiendo una incitación directa y adecuada y de riesgo inminente a la comisión de un delito de la gravedad del genocidio o el crimen de lesa humanidad.

⁵⁷ PAREKH, 2012: 44.

⁵⁸ MATSUDA, 1993: 25.

⁵⁹ SUMNER, 2009: 210.

⁶⁰ WALDRON, 2012: 81-82, 85.

Frente a ello, el discurso incitador a actos lesivos inminentes sí es susceptible de erosionar gravemente la seguridad, no solo de quienes pueden verse directamente afectados por tales actos lesivos, sino de todo el colectivo de pertenencia. Esa dimensión *supraindividual* es característica del discurso del odio y su efecto comunicativo. En la estructura triangular característica del discurso incitador⁶¹, no solo el auditorio a quien pretende incitarse debe enmarcarse en un ámbito público y ser de una cierta amplitud e indeterminación, sino que también las víctimas de la hostilidad —miembros del grupo diana— deben ser potencialmente indiferenciadas. Expresado en otros términos, el riesgo de lesión de bienes jurídicos personales debe proyectarse sobre el colectivo en su conjunto, pudiendo ser potencialmente afectados por los actos lesivos diversos miembros del grupo⁶² y, con ello, sufriendo un menoscabo de sus expectativas de seguridad.

Con ese carácter *supraindividual* del riesgo no se está afirmando que los grupos o colectivos sociales sean titulares de derechos, ni que lo protegido sean las condiciones de supervivencia del grupo en su conjunto⁶³, ni tampoco —como postula el multiculturalismo de raigambre comunitarista— que deban protegerse las prácticas y tradiciones del grupo como rasgos de su identidad cultural⁶⁴. Antes al contrario, el objeto último de tutela es la autonomía individual de cada una de las personas que comparten características identificativas con grupos desfavorecidos⁶⁵; no obstante, lo característico del delito de *discurso del odio* es que la conducta se concrete en un acto comunicativo realizado en un ámbito público —como reverso negativo del ejercicio de la libre expresión— cuya difusión, por ello, se extienda más allá de concretas víctimas para afectar potencialmente (con la propagación de la incitación hostil) a otros miembros del grupo diana, quienes interpretarán la conducta expresiva como una *amenaza* latente. Ello es lo que genera la particular lesividad de estas conductas, consistente en la lesión de la seguridad personal de los miembros del grupo.

La lesividad del discurso del odio incitador presenta, así, una doble dimensión, que justifica su sanción penal: de una parte, crea un riesgo para bienes jurídicos personales de quienes se hallan en el radio de acción de las

⁶¹ Sobre ello, véase ARTICLE 19, *Hate Speech Explained*, pp. 72-73.

⁶² Sobre el componente colectivo o *supraindividual* de la antijuridicidad inherente a la agravante de motivos discriminatorios (art. 22.4 CP), que el mismo autor vincula al delito recogido en el art. 510 CP, véase DOPICO GÓMEZ-ALLER, 2004: 165 ss.

⁶³ LANDA GOROSTIZA, 2018: 60 ss., quien, aunque en última instancia reconduce la protección a la seguridad de los individuos, en el afán a acoger una interpretación *de lege* amplia, parece ampliar el ámbito de lo punible a conductas injuriosas para el grupo (p. 62), adelantando demasiado, a mi juicio, el momento en el que cabe afirmar un peligro para la seguridad existencial de sus miembros. Por lo demás, él mismo asume que, debido a la modificación del precepto, sus planteamientos actuales extienden el ámbito de lo punible más allá de lo que lo hacían sus formulaciones iniciales (véase LANDA GOROSTIZA, 2018: 63, nota 108).

⁶⁴ Véase *infra* capítulo V, 2.2.

⁶⁵ En igual sentido, BERNAL DEL CASTILLO, 2014: 386 ss.

conductas fruto de la incitación y que de modo inminente pueden llegar a ser víctimas de la agresión; de otra parte, sobre el resto de los miembros del grupo destinatario del odio genera un riesgo —o daño—⁶⁶ añadido de índole comunicativa, consistente en la *amenaza latente* de que esas agresiones puedan reproducirse y extenderse, con el consiguiente menoscabo de libertad y autonomía personal⁶⁷. La creación de esa amenaza latente surgirá como acto reflejo de las conductas de incitación que reúnan los requisitos de intensidad, idoneidad e inminencia antes citados⁶⁸. En sociedades estables, en las que no exista una crisis estructural de marginación contra grupos concretos y en las que concurren otros medios antidiscriminatorios eficaces, solo conductas expresivas de tal gravedad serán idóneas para, al crear situaciones coyunturales de crisis⁶⁹, producir ese efecto amenazante⁷⁰.

1.4. Difamación colectiva y menoscabo de posibilidades de participación social

1.4.1. *Insultos cara a cara e injuria colectiva*

Al igual que la incitación directa a la violencia o la preferencia de amenazas, también los ataques directos al honor de la persona quedan excluidos del ejercicio legítimo de la libertad de expresión. Como ya vimos, la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, si bien era necesario sentar ese límite con claridad. El derecho a la libre expresión no garantiza, en efecto, la emisión de «expresiones indudablemente injuriosas» (STC 105/1990) pero debiendo exigirse además que estén desconectadas de toda finalidad de contribuir al debate público, por ser innecesarias para transmitir el mensaje. Nuevamente, la intención comunicativa y el contexto de actuación del agente se revelan fundamentales para la correcta interpretación constitucional: solo cuando la intención sea denigrar o insultar y pueda concluirse que el acto expresivo no se enmarca en un contexto de discurso

⁶⁶ FUENTES OSORIO, 2017: 18 s.

⁶⁷ En sentido semejante, en relación con la gravante de motivos discriminatorios del art. 22.4 CP, DOPICO GÓMEZ-ALLER, 2004: 165 ss. Véase también LANDA GOROSTIZA, 2018: 60, el discurso del odio «apunta a minar las bases de seguridad del colectivo»; p. 62: genera un «efecto amenazante coactivo».

⁶⁸ Si la amenaza al colectivo fuera buscada de propósito y resultara idónea para generar ese efecto amenazante, sería de aplicación preferente el art. 170 CP.

⁶⁹ Véase LANDA GOROSTIZA, 2012: 341, y 2018: 62, el discurso del odio «hace crisis» cuando es eficaz; DOPICO GÓMEZ-ALLER, 2004: 166-167 (nota 74), interpretando a Landa, habla de «micro-crisis o crisis parciales “estables” dentro del propio sistema».

⁷⁰ En sentido semejante, LANDA GOROSTIZA, 2012: 341; MIRÓ LLINARES, 2017: 51, solo aquellas conductas «que consisten en la incitación directa, en el sentido de provocación a la discriminación o a la violencia contra el grupo, una parte del mismo, o una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel, puede considerarse que conllevan un peligro real, aunque remoto, de lesión de la autonomía personal».

público, podrá efectuarse una delimitación nítida del ámbito protegido. Si no se enfatizan esos criterios de delimitación, la línea de separación queda difuminada, deslizándose hacia espacios protegidos como el de la expresión de «ideas execrables por resultar contrarias a la dignidad humana» (STC 235/2007)⁷¹. En definitiva, y como ya expuse en páginas anteriores, lo que quedará excluido del ejercicio legítimo del derecho es la manifestación de *meros insultos*, y solo cuando pueda concluirse *ex ante* y *ex re* que no aspiran a intervenir en la deliberación sobre asuntos de relevancia pública.

La siguiente cuestión a responder es si los meros insultos —las injurias— ostentan gravedad suficiente para justificar la protección penal. Trasciende del presente estudio entrar en la discusión general acerca del merecimiento de pena de las injurias individuales —cuestión sobre la que, en todo caso, existe cierta controversia—⁷²; pero sí es oportuno distinguir dos grupos de supuestos que suelen identificarse con la noción de discurso de odio y que, a mi juicio, debieran recibir un tratamiento diferenciado.

Muchas de las sentencias que han condenado por aplicación del art. 510 CP —y que antes hemos citado— constituyen casos de *insultos agresivos cara a cara*. Ejemplos de ello son la condena a seis meses de prisión a quien se dirigió a una persona de nacionalidad china gritándole «china de mierda», «te voy a matar», «hija de puta» o «vete a tu país» (SAP Barcelona 102/2019, de 24 de abril); la condena de igual gravedad impuesta a dos personas por haber gritado a dos mujeres que no podían besarse en público, mientras otro les mostraba sus genitales (SAP Barcelona 82/2019, de 8 de febrero); o la condena a un menor a una medida de siete meses de tareas socioeducativas, por haberse dirigido a dos chicas con epítetos como «lesbianas, guarras» y otros semejantes (SAP Valladolid 161/2019, de 8 de julio). A mi modo de ver, supuestos de esa índole no responden al fenómeno del discurso del odio; antes bien, se trataría de casos de *delitos de odio*: un delito común —injurias, amenazas, coacciones, delito contra la integridad moral...— realizados por motivos discriminatorios y, con ello, susceptible de ser agravado por la circunstancia del art. 22.4 CP. La diferencia radica, una vez más, en el contexto y finalidad con que se actúa; como vimos, lo característico del discurso del odio es su carácter *público*, entendiendo ese elemento no meramente como lo opuesto a lo privado, sino como realizado en el contexto de la esfera pública, con potencial difusión a un auditorio amplio e indeterminado, y con esa finalidad. Así, por ejemplo, un mensaje en una red social, un cartel pegado en un escaparate, un libro o una película reunirían esos requisitos; no, sin

⁷¹ TERUEL LOZANO, 2018: 33.

⁷² Es relevante destacar, en todo caso, que en su reciente *Propuesta alternativa de regulación de los delitos de expresión* (2019), el Grupo de Estudios de Política Criminal (con firma de más de setenta penalistas) propone la destipificación de las injurias. Frente a ello, otras voces sostienen que existe una infraprotección del honor en el Código Penal vigente, proponiendo elevar la pena del delito de injurias: véase LASCURÁIN SÁNCHEZ, 2017: 119 ss.

embargo, los mensajes dirigidos cara a cara —aunque se realicen en la calle y puedan ser oídos por otras personas distintas de su destinatario— o en un mensaje privado de correo electrónico o *whatsapp*⁷³.

Esa diferencia es importante desde los dos criterios que venimos manejando para justificar la reacción penal. De una parte, desde la óptica de la libertad de expresión puede decirse que cuanto más se aproxime el acto de habla a la esfera pública —cuanto más «discurso del odio» sea, si así quiere decirse—, mayor será el *aire de familia* que comparta con el derecho fundamental, pues se enmarcará en su ámbito habitual de ejercicio. De otra parte, desde el plano de la lesividad los insultos cara a cara tienen más carga lesiva que insultos dirigidos genéricamente a un sector de la población. Como ya afirmamos, con tales actos de menosprecio a colectivos el menoscabo al honor o la dignidad de cada uno de sus miembros queda diluido y pierde entidad, no pudiendo justificarse, por ello, el castigo desde el fundamento de protección de ese bien jurídico ni desde la prevención de la discriminación⁷⁴. Recuérdese que incluso para los partidarios de una amplia represión del discurso del odio, el potencial menoscabo en las posibilidades de participación del grupo se produciría a medio o largo plazo, tras la reiteración continuada en el tiempo de esos mensajes denigratorios o injuriosos. No existiendo una situación de crisis, ni teniendo un acto expresivo puntual la capacidad de generar una coyuntural situación crítica, en sociedades estables existen otros medios a disposición del Estado —incluido el Derecho civil— para remover los efectos de la discriminación y combatir el odio.

En virtud de esas circunstancias, considero que los insultos agresivos cara a cara por motivos discriminatorios deben ser objeto de sanción penal —porque quedan claramente extramuros de los contornos del derecho y porque causan un daño de suficiente entidad—; la sanción penal de las injurias colectivas, en cambio, se revela desproporcionada, dada la escasa lesividad que generan y dado que pueden generar un rechazable efecto desaliento.

1.4.2. *Calumnias graves y difamación colectiva*

En su propuesta alternativa de regulación de los delitos de expresión, el Grupo de Estudios de Política Criminal plantea incluir, junto al tipo penal

⁷³ Sobre las diferencias y semejanzas entre «discurso de odio» y supuestos de conductas expresivas dirigidas a personas concretas, véase CANCIO MELIÁ/DÍAZ LÓPEZ, 2019: 100-101. Si no entiendo mal el planteamiento de estos autores, los casos de insultos cara a cara basados en motivos discriminatorios, aun cuando conceptualmente constituirían «delitos de discurso de odio», encajarían en el tipo penal de las injurias agravadas por aplicación del art. 22.4 CP. Con independencia de la discrepancia conceptual, creo que coincidimos en la idea de que esos supuestos serían antes delitos comunes agravados que supuestos del art. 510 CP (o del precepto que, *de lege ferenda*, hubiera de plantearse en su lugar).

⁷⁴ Véase *supra* capítulo IV, 3.2.5.

de incitación directa, la sanción de las calumnias contra colectivos desfavorecidos. El tenor de la propuesta es el siguiente:

«Quienes por motivos discriminatorios imputen públicamente un hecho delictivo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad a grupos vulnerables o sus miembros serán sancionados con una pena de prisión de nueve meses a un año o multa de quince a veinticuatro meses».

Se fundamenta en la idea de que «imputar hechos delictivos falsos por motivos discriminatorios es una forma de atentado contra la igualdad y la reputación de los grupos y sus miembros que reduce las posibilidades de desarrollo personal, capaz de restringir su libertad de decisión y actuación»⁷⁵. Coincido en esencia con dicha propuesta, si bien entiendo que su interpretación debiera acomodarse a los criterios político-criminales que he venido manejando. Así, por una parte, creo que la pena privativa de libertad prevista en el precepto debiera quedar restringida a los supuestos de calumnias efectuadas en el ámbito público y dirigidas al grupo en su conjunto o a sus miembros, quedando excluidas, con ello, las calumnias dirigidas a una persona en concreto y en un contexto privado, no susceptible de difundirse a un auditorio amplio e indiferenciado.

En segundo lugar, desde el punto de la lesividad de la conducta, la calumnia debiera ser de la suficiente entidad como para generar un efecto concreto e inminente de menoscabar las posibilidades de participación social de los miembros del grupo en un ámbito socioeconómico determinado. Dicho de otro modo, creo que la perspectiva de interpretación debe situarse antes en la discriminación y la seguridad que en el honor del colectivo, debiendo entenderse, en lo tocante a sus efectos, como una suerte de incitación indirecta a la realización de actos hostiles, debiendo ser apta en todo caso para producir una situación crítica que impacte en el acceso equitativo del grupo a prestaciones o derechos o a ser víctimas de actos de hostilidad. Para ello, sería preciso adoptar una exégesis estricta de la calumnia y, con ello, de la diferencia entre hechos y opiniones, exigiendo que la imputación de hechos falsos al grupo o algunos de sus miembros se refiera a hechos concretos, y no genéricos, caso este último en el que estaríamos antes ante una injuria —opiniones— y no ante una calumnia.

Así, por ejemplo, la difusión pública de mensajes genéricos como «todos los xxx (miembros del grupo diana) son unos ladrones» constituye una injuria colectiva, no una calumnia. Estaríamos ante supuestos de calumnias, por ejemplo, con la falsa atribución a algunos miembros de un grupo diana de ser los autores de un hecho concreto de homicidio o violación. Como regla general, serán estos últimos casos los que presentarán más riesgo de menoscabar el estatus social del grupo, aunque dependerá en gran medida

⁷⁵ 2019: 41.

del contexto de estabilidad o inestabilidad en el que se profiera la expresión. En este sentido, lo fundamental es ese potencial efecto lesivo que el acto comunicativo pueda generar sobre la autonomía y participación social de los miembros del grupo minoritario, para cuya evaluación será útil acudir a los criterios del *Plan de Acción de Rabat* que antes hemos expuesto.

2. OFENSAS, SENTIMIENTOS, CLIMAS, VALORES

2.1. Ofensas

Hasta el momento, el análisis efectuado sobre la lesividad del discurso del odio se ha realizado a partir de los conceptos tradicionales de daño, riesgo y bien jurídico. Hemos justificado la sanción penal privativa de libertad para los supuestos de incitación directa a actos violentos u hostiles sobre la base del elevado riesgo que pueden conllevar para la indemnidad de bienes jurídicos personales sobre la vida, la integridad física o el derecho a no ser discriminado, fundando además el merecimiento de pena de tales conductas en el efecto amenazante que eran susceptibles de generar, con el consiguiente detrimento de la libertad como bien jurídico personal del que es titular cada miembro del grupo. De igual modo, hemos rechazado el uso de la sanción penal de otras formas de discurso del odio dado el escaso riesgo para bienes jurídicos como el honor o bienes constitucionales como la dignidad.

Pero la discusión sobre los fundamentos y límites del uso de la sanción penal no se agota en ese plano tradicional de análisis. Desde el monumental estudio de Joel Feinberg sobre los límites morales al Derecho penal, en la discusión político-criminal se ha hecho habitual distinguir entre los daños a intereses merecedores de protección y las ofensas a valores o sentimientos. A diferencia del seminal planteamiento de Stuart Mill, Feinberg admite que el «principio del daño» no ha de ser el exclusivo criterio que legitime la criminalización de conductas, sino que también determinadas ofensas, cuando alcancen la intensidad suficiente, pueden ser merecedoras de reproche penal. Las ofensas se caracterizarían por agraviar a otras personas generando en ellas un estado mental de desagrado o indignación, hiriendo profundamente su sensibilidad moral⁷⁶. Desde esta perspectiva, la legitimidad de la sanción ya no vendría dada por la protección de bienes jurídicos asociados a la autonomía y a las posibilidades de participación social de la persona, sino por la evitación de conductas que atentan contra símbolos, sensibilidades o convicciones morales hondamente arraigadas y, en esa medida, generan profundos sentimientos de indignación, rechazo y ofensa. Delitos tan dispares como la negación del genocidio, el respeto a la memoria de los muertos, el

⁷⁶ FEINBERG, 1985: 1 s. Una excelente introducción a la concepción de Feinberg y al desarrollo posterior de la doctrina puede encontrarse en MIRÓ LLINARES, 2015.

maltrato animal o los ultrajes a los símbolos nacionales hallarían su razón de ser bajo este principio de la ofensa —o de ofensividad—⁷⁷.

Esa distinción es, sin duda, relevante para la discusión sobre el discurso del odio, por cuanto si algo caracteriza a las ofensas —o a muchas de ellas— es el carácter expresivo o comunicativo de la conducta. Estamos, en palabras de Von Hirsch y Simester, ante *injustos comunicativos*⁷⁸, sobre cuya legitimidad, por tanto, tendrá una particular importancia la delimitación con el derecho a la libre expresión. En palabras de los citados autores, «existe un vínculo conceptual entre la ofensa y la expresión. De lo que se deriva que existe un vínculo conceptual entre la justificación del principio de ofensividad y los argumentos sobre la libertad de expresión»⁷⁹. No es casual, así, que como ejemplo de ofensas habitualmente criminalizadas mencione Feinberg supuestos cercanos al discurso del odio como la profanación de símbolos sagrados o socialmente venerados —la bandera o el crucifijo—, los insultos racistas o la exhibición pública de símbolos asociados con prácticas o políticas contrarias a derechos humanos —la esvástica nazi o las vestimentas del *Ku Klux Klan*—⁸⁰.

El discurso de odio, como «injusto comunicativo», guarda, así, una relación directa con la producción de sentimientos. La incitación al *odio* no es sino la creación potencial de sentimientos de rechazo o aversión de unos ciudadanos sobre otros. No es necesario reiterar aquí que la mera incitación al odio no reunía los requisitos mínimos de lesividad para justificar la sanción penal⁸¹. Pero la perspectiva que ahora nos ocupa es la creación de sentimientos en las víctimas del odio. ¿Puede justificarse la incriminación del discurso del odio por los efectos emotivos que pueda generar en sus destinatarios? Ciertamente, existen sentimientos que deben ser merecedores de protección por vía punitiva, porque inciden directamente en la autonomía personal. El ejemplo más claro de ello puede ser la sensación de inseguridad inherente a los delitos de amenazas o coacciones. Ya hemos expuesto que la lesividad penalmente relevante del discurso hostil se cifra precisamente en la vivencia de amenaza que puede generar en determinados colectivos. La duda se plantea sobre la tutela penal de sentimientos que no están vinculados a las condiciones de ejercicio de un derecho. Sentimientos como la pérdida de autoestima o de identidad, la vergüenza, la indignación, la sensación de rechazo o exclusión social, etc., que pueden derivarse del discurso del odio⁸². A tenor de la única sentencia dictada por el Tribunal Supremo sobre el art. 510 CP (STS 72/2018,

⁷⁷ MIRÓ LLINARES, 2015: 5. Sobre la denominación del principio, véase p. 11, nota 39.

⁷⁸ SIMESTER/VON HIRSCH, 2011: 120. Sobre ello, con dudas, véase ROBERTS, 2006: 20 ss.

⁷⁹ SIMESTER/VON HIRSCH, 2011: 122.

⁸⁰ FEINBERG, 1985: 53 ss. En igual sentido, menciona ROBERTS, 2006: 14 y 18, los insultos racistas o la negación del Holocausto como supuestos paradigmáticos de ofensas.

⁸¹ Véase *supra* capítulo IV, 3.3.4.

⁸² En ese tipo de sentimientos como daño inherente a discurso del odio inciden los representantes de la *critical race theory*. Véanse MATSUDA, 1993: 25; LAWRENCE III, 1993: 69, 78; DELGADO, 1993: 94.

de 9 de febrero), parece que sentimientos de esa índole serían suficientes para justificar el castigo: con arreglo a la misma, como veíamos, el delito de discurso de odio consistiría en «expresiones que por su gravedad, por herir los sentimientos comunes a la ciudadanía, se integran en la tipicidad».

Sin ánimo de entrar en profundidad en la discusión sobre la justificación y alcance de las ofensas en Derecho penal, a continuación quiero preguntarme si argumentos de esa índole, más o menos alejados del principio del daño, pueden justificar la reacción punitiva estatal contra el discurso del odio u otras conductas expresivas de índole semejante. Argumentos tales como la protección de la identidad cultural, la prevención de climas o la reafirmación de los valores mayoritariamente compartidos.

Los defensores del principio de ofensividad como criterio autónomo de justificación de la sanción penal postulan, por lo general, un diferente rango punitivo para las ofensas: mientras las conductas que lesionan bienes jurídicos podrán ser sancionadas con una pena privativa de libertad, las ofensas deberán ser sancionadas, a lo sumo, con multas u otras sanciones privativas de derechos⁸³. Ello puede ser razonable, con carácter general, para conductas que, atentando contra valores o convicciones profundamente arraigados en la conciencia moral de la sociedad, no constituyen ejercicio de derechos ni encarnan otros valores. Ejemplos de ello pueden ser el maltrato animal o la profanación de cadáveres. Pero no creo que lo sea cuando las ofensas constituyen el ejercicio *prima facie* de derechos como la libertad de expresión, la libertad ideológica o la libertad artística. En tales casos —piénsese en el escarnio de sentimientos religiosos, las injurias a la Corona o los ultrajes a símbolos nacionales—, creo que no debiera acudir a una respuesta punitiva o, en todo caso, la sanción debiera quedar relegada al ámbito administrativo, dado su menor potencial de desaliento frente al ejercicio de derechos fundamentales⁸⁴. Vaya por delante, por ello, que a mi modo de ver todas aquellas manifestaciones del discurso del odio meramente ofensivas —distintas de la incitación directa a la violencia, discriminación y hostilidad, y de las calumnias graves a colectivos— debieran quedar fuera del Código Penal.

2.2. Sentimientos e identidades culturales. Las demandas del multiculturalismo

2.2.1. La identidad religiosa como ejemplo⁸⁵

El delito de escarnio a los sentimientos religiosos constituye un ejemplo prototípico de la simple protección de sentimientos, por cuanto lo protegido

⁸³ Así, MIRÓ LLINARES, 2015: 58, citando también a Raz o a Baker.

⁸⁴ Sobre la libertad de expresión como *mediating principle*, véase SIMESTER/VON HIRSCH, 2011: 123. Al respecto, véase también ROBERTS, 2006: 24-25.

⁸⁵ Recojo en el presente apartado argumentos ya expuestos en ALCÁCER GUIRAO, 2017 y 2019.

no son bienes jurídicos vinculados a la autonomía personal o a las posibilidades de participación social, sino determinados sentimientos subjetivos sin relación con derechos personales⁸⁶. Lo que se castiga con tales delitos es, por tanto, la creación de estados emocionales subjetivos de oprobio o indignación, derivados de la identificación personal del creyente con determinados referentes culturales, que constituyen el objeto inmediato del escarnio.

Cuando al inicio de la obra analizábamos el concepto de discurso del odio y sus figuras afines, mencionábamos ente ellas dicha conducta delictiva, poniendo de relieve las dificultades de delimitación que podían surgir entre las ofensas a la religión y supuestos de discurso hostil como la incitación a la discriminación o al odio religioso o la difamación a colectivos identificados por la creencia religiosa. Esa delimitación se torna aún más compleja si, como sostienen algunos sectores del multiculturalismo, tales credos o símbolos han de ser protegidos por cuanto constituyen elementos definidores de la *identidad cultural*. Al hilo de estas consideraciones, lo que quiero plantear a continuación es si la protección penal de los sentimientos religiosos, o de formas semejantes de discurso hostil contra determinados grupos, puede justificarse desde los postulados del multiculturalismo, que elevan la identidad cultural a bien merecedor de protección autónoma.

Recordemos que desde el multiculturalismo de corte más comunitarista la identidad cultural del grupo de pertenencia —construida a partir del conjunto de prácticas, tradiciones y símbolos compartidos— era constitutiva de la persona, por lo que los atentados a tales referentes culturales —desde la prohibición de hablar una lengua o de practicar un rito religioso, hasta el insulto o denigración de símbolos o usos— habían de implicar un menoscabo no solo a la cultura o al grupo, sino a la propia persona. Desde esa perspectiva, en suma, los símbolos y creencias que otorgan identidad al grupo configuran la propia reputación y dignidad personal, por lo que toda ofensa a los mismos se sentirá como una ofensa a la identidad personal⁸⁷.

Con carácter general, esa identificación, y ese posible menoscabo a la identidad cultural de los miembros del grupo, presupondrá la existencia de comunidades con un considerable grado de cohesión, consolidadas en torno a valores y tradiciones densas y arraigadas en grado suficiente para la existencia de ese vínculo comunitario. Solo en esos casos podrá afirmarse una identificación lo suficientemente intensa de sus miembros con tales símbolos y tradiciones como para poder afirmar un daño u ofensa de la persona por las manifestaciones de hostilidad a la cultura de pertenencia. Ya aludimos a la dificultad de definir la noción de «cultura» y, con ello, de grupo o iden-

⁸⁶ Véase HÖRNLE; 2007: 396, quien distingue entre tipos penales de protección de sentimientos asociados a un derecho (como los delitos de amenazas o contra el honor) y de simple protección de sentimientos, incluyendo entre estos últimos al § 166 (trasunto del art. 525 CP).

⁸⁷ Véase *supra* capítulo III, 5.2.

tividad cultural. Desde nociones estrictas de dicho concepto, será más fácil afirmar tal identidad cultural a partir de una religión o una nacionalidad que tomando en cuenta, por ejemplo, el género o el color de la piel, pues mientras la religión o la nacionalidad son susceptibles de cohesionar en torno a prácticas, ritos y símbolos socioculturales uniformes, ni el color de la piel ni el género de los individuos determinará, *per se*, un horizonte común de valores o tradiciones identitarias.

De entre los referentes que identifican los grupos tradicionalmente sometidos a discriminación, y sujetos pasivos, por tanto, del discurso del odio, quizá tan solo la religión sea susceptible de generar un grado de cohesión de suficiente densidad como para poder generar esa identidad cultural. Baste recordar, como muestra del grado de vinculación emocional con el *ethos* religioso, sucesos tan dramáticos como la *fatwa* a Salman Rushdie, el asesinato de Theo Van Gogh o los acontecimientos ocurridos tras la publicación de las caricaturas de Mahoma en el *Jyllands Posten* danés o en la revista satírica *Charlie Hebdo*.

La religión constituye, en efecto, una de las manifestaciones más nítidas de tales vínculos comunitarios densos, dada la profunda identificación que los miembros de una comunidad religiosa establecen con sus símbolos, y dada la cohesión que generan en el grupo el conjunto ordenado de prácticas, ritos y tradiciones inherentes a una religión. Ello se debe en buena medida tanto a la identificación del grupo con un común relato fundacional como a la elevada ritualización y uniformidad de sus prácticas, así como, en particular, a la condición sagrada que ambas adoptan, asumiéndose tal relato como dogma de fe —no susceptible de cuestionamiento o refutación, por tanto— y los ritos y prácticas como más o menos estrictas normas de comportamiento⁸⁸. A diferencia de otras características definitorias de grupos sociales como la etnia o el género, la identidad religiosa es —si así quiere decirse— netamente cultural, en tanto su adscripción no es biológica o genética sino convencional. Los grupos religiosos se conforman en torno a unos determinados patrones de cultura adquiridos por sus miembros en la socialización e interacción con otros practicantes de tales ritos y tradiciones; patrones y creencias que, pese a constricciones sociales, son asumidos voluntariamente, como lo es también, en consecuencia, la vinculación identitaria. La identidad religiosa, por tanto, es adquirida, decidida y ejercida libremente por sus miembros⁸⁹.

⁸⁸ VÁZQUEZ ALONSO, 2015: 113-114.

⁸⁹ Afirma Sen que toda identificación con un grupo social conlleva un componente de voluntariedad, en la medida en que todos tenemos libertad para «determinar nuestras lealtades y prioridades entre los diferentes grupos a los que pertenecemos» (SEN, 2007: 28). Pero con independencia del grado de identificación por el que cada persona pueda optar, intersubjetivamente (desde la óptica del otro que ofende o que discrimina), creo que es pertinente esa diferenciación entre atributos identificativos de un grupo social de carácter genético o biológico —no susceptibles de

Tal carácter convencional de la identificación con la comunidad cultural y, en consecuencia, susceptible de reflexión crítica, debiera conllevar diferencias relevantes a la hora de analizar la lesividad del discurso hostil. La connotación ofensiva ha de ser distinta —ha de ser más grave— cuando lo que se rechaza o denigra es aquello que uno *es* que cuando se denigra aquello en lo que uno *cree*, dado que mientras la persona no puede elegir aquellos atributos físicos o genéticos que lo constituyen —una etnia, una minusvalía, un color de piel—, sí puede elegir su credo y sus convicciones religiosas, y es capaz, por ello, de asumir tal desvinculación entre su ser y sus creencias. Así lo entiende Timothy Garton Ash, considerando que la religión debería merecer un menor grado de protección que características inmutables tales como el color o el género, por cuanto «no existen argumentos racionales contra el hecho de tener la piel oscura o clara, y no es posible cambiar de color de piel. En cambio, existen muchos argumentos racionales contra los presupuestos de cualquier religión, y uno puede elegir libremente su religión»⁹⁰.

Sin embargo, lo que caracteriza al multiculturalismo —al menos a los planteamientos de corte más comunitarista— es el rechazo de esa desvinculación entre la persona y sus creencias. Por el contrario, se asume una versión densa y orgánica de los vínculos comunitarios, por lo que también los netamente culturales como, en particular, el religioso, resultan *constitutivos* de la persona y determinan su identidad, de modo que lo que uno *cree* es, a la postre, lo que uno *es*⁹¹. Como destaca Vázquez Alonso, desde esta concepción «la religión estaría adscrita a sus miembros de una forma casi biológica, de tal forma que habría de entenderse que cualquier ataque a los dogmas de su religión infunde también un grave daño moral a la comunidad y a sus propios fieles»⁹². Por ello, los ataques a las creencias religiosas no presentarían diferencias relevantes con los dirigidos a atributos de raza o sexo; es más, y como antes decíamos, los vínculos religiosos vendrían a tejer lazos más intensos que los basados en atributos físicos si tras estos no hay una cultura común, por lo que el grado de lesividad del discurso hostil a la religión no sería menor sino mayor que el discurso racista u homófobo⁹³.

elección, por tanto— y vínculos convencionales o culturales, susceptibles, por tanto, de asunción voluntaria y de reflexión crítica.

⁹⁰ ASH, 2016: 255.

⁹¹ MARCH, 2012, *passim*, sobre las críticas y refutaciones a la concepción del liberalismo sobre los sentimientos religiosos. Sobre esa discusión véase también ASH, 2016: 253 ss.

⁹² VÁZQUEZ ALONSO, 2015: 116-117.

⁹³ Esa premisa es plenamente asumida desde los planteamientos comunitaristas: afirma, así, Michael Sandel que «asimilar la libertad religiosa con un derecho general a elegir los valores de cada uno malinterpreta la naturaleza de las convicciones religiosas. Construir las convicciones religiosas como productos de la elección individual desatiende el papel que la religión juega en las vidas de aquellos para los que la observancia de los deberes religiosos es un fin constitutivo y esencial de su concepción de lo bueno e indispensable para su identidad» (SANDEL, 1998: xii).

2.2.2. *Identidad cultural y Derecho penal*

Sin perjuicio de que desde otros ámbitos de acción estatal pueda considerarse razonable fomentar la integración de grupos minoritarios a través de la defensa y promoción de prácticas y tradiciones identitarias —con las citadas políticas de *inclusión institucional* y de *reconocimiento*—, creo que la identidad cultural no puede erigirse en objeto de protección por el Derecho penal.

Las reivindicaciones del multiculturalismo sobre las obligaciones respecto a las diferencias y particularismos de determinados grupos culturales han terminado por generar una *cultura de la ofensa*, erigiendo un férreo dique a la fluidez del discurso público. Esas «políticas de la identidad» demandarán importantes restricciones a la libertad de expresión, pues desde la óptica de los grupos identitarios, como vimos, toda ofensa a las tradiciones, símbolos o características que determinan la identidad del colectivo será entendida como un ataque a la dignidad de los miembros del grupo, de igual modo que todo discurso crítico con esas tradiciones será calificado como discurso de odio, racista o discriminatorio, fomentando la confusión que hemos venido denunciando⁹⁴. Así lo han entendido autores como Jeremy Waldron, quien pese a defender la restricción penal del discurso del odio, se ha mostrado muy crítico con las reivindicaciones identitarias en este ámbito: «Las políticas de la identidad —afirma este autor— contribuyen decisivamente a enturbiar las aguas del debate sobre el discurso del odio»⁹⁵, por cuanto aspiran a transmutar en derechos —derivados de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad— pretensiones de respeto a símbolos, creencias y valores particulares, a instaurar un «derecho» a no ser ofendido y a que sean suprimidas coactivamente las opiniones ofensivas sobre los referentes identitarios⁹⁶. «Si uno identifica el yo con las propias creencias, la crítica a estas se sentirá como una agresión personal»⁹⁷; pero esa identificación no puede asumirse en una sociedad plural, opone este autor, pues supondría elevar las propias convicciones a mandatos intersubjetivos, imponiendo pautas obligatorias *erga omnes* a partir de creencias o preferencias subjetivas. «No existe el derecho a exigir la supresión de aquellas manifestaciones por las que uno se siente ofendido»⁹⁸.

Los planteamientos del multiculturalismo más radical no permiten diferenciar entre ambas vertientes de lesividad, al identificar la dignidad perso-

⁹⁴ En este sentido, denuncia FOX, 2016: 26, el modo en que el multiculturalismo ha usurpado el antirracismo. Véase también HUME, 2015: 65-66, acerca de los efectos de esas políticas de la identidad sobre la libertad de expresión.

⁹⁵ WALDRON, 2012: 136.

⁹⁶ *Ibid.*: 131 ss.

⁹⁷ *Ibid.*: 135.

⁹⁸ *Ibid.*: 135.

nal con los símbolos culturales. Pero esa identificación entre dignidad y los vínculos de pertenencia identitaria es falaz. Ni puede afirmarse una dignidad colectiva o grupal⁹⁹, ni puede vincularse con los referentes que asignan identidad cultural a los miembros de un grupo, y en virtud de los que se reivindican políticas basadas en un tratamiento *diferenciado* —incompatibles por ello con la noción de dignidad—. Coincido con Alonso Álamo cuando afirma que «la dignidad, entendida como lo específicamente humano, es independiente de la cultura a la que se pertenezca. Una reconstrucción de la dignidad tomando como referencia la pertenencia cultural —en la que la idea de pertenencia al grupo se incrustara en el concepto de dignidad entendida tanto individual como colectivamente— equivaldría a transitar a un concepto distinto de dignidad, a dotar al término de un contenido diverso»¹⁰⁰.

Ese diverso contenido de la dignidad es el que, especialmente, propugnan quienes aspiran a asignar un valor especial a la identidad religiosa¹⁰¹. Pero ese planteamiento presupone un punto de vista *interno* a la propia comunidad religiosa, asumible solo desde la propia vivencia *subjetiva* del hecho religioso¹⁰² y, por tanto, no susceptible de erigirse en pauta intersubjetiva desde la que conformar normas exigibles *erga omnes*. A mi modo de ver, esa concepción no es admisible como base para configurar una política criminal racional. Con la inclusión de referentes culturales identitarios, el concepto de dignidad se diluye y pierde su núcleo axiológico, pues en lugar de fundar el respeto incondicionado en aquello que es común a todas las personas se pretende proyectar sobre diferencias y particularidades propias de unos concretos grupos: en lugar de converger en la igualdad de todos, se pretende conformar sobre las diferencias; en lugar de garantizar lo esencial, se pretende extender a lo accidental, a lo adjetivo. Frente a ello, en un Estado liberal es fundamental distinguir entre la persona y sus creencias, entre la dignidad personal, inherente a todo ser humano por el hecho de serlo, y los constructos identitarios con los que cada uno se identifica.

En definitiva, la identidad cultural no ha de constituir, como tal, un bien merecedor de protección en una política criminal de corte liberal y democrática, por lo que ese presupuesto no permitirá justificar ni la punición de las

⁹⁹ ALONSO ÁLAMO, 2012: 9 ss., 17.

¹⁰⁰ *Ibid.*: 17.

¹⁰¹ No solo de planteamientos multiculturalistas. Véase, por ejemplo, PÉREZ MADRID, 2009: 24: «El sentimiento religioso “es merecedor de tutela penal como *expresión de la personalidad*, como momento central de una dignidad por decir así existencial, como dato originario e inherente de la naturaleza humana”. En este sentido, la protección penal no se presta en relación al reconocimiento emotivo con esta o aquella explicación trascendente de la vida, sino a la dignidad de la relación entre la persona y unos valores». En similar sentido, GARRIGA DOMÍNGUEZ, 2014: 103: «Los sentimientos religiosos o la *autoestima religiosa*, al igual que el derecho al honor, en la medida en que formarían parte de la identidad de las personas, estarían ligados a los valores de la integridad moral y en especial de la dignidad».

¹⁰² Véase, en este sentido, MOON, 2018: 1 ss., 61 ss., 90 ss.

ofensas a los sentimientos ni otras formas de discurso del odio semejantes¹⁰³. En sociedades multiculturales, el presupuesto debería ser el de la tolerancia hacia distintas formas de vida, pero también la tolerancia hacia la crítica sobre esas distintas formas de afrontar las identidades personales. Como afirman Simester y Von Hirsch, «la necesidad de acomodar distintos estilos de vida diversos y a veces difícilmente conciliables, de los que puede depender la aceptación social, habla en favor de una aproximación de “piel dura” en la regulación de las conductas expresivas, incluso cuando puedan ser ofensivas para otros. Las fricciones son inherentes a la interacción social, al menos en una sociedad pluralista. Tales sociedades exigen de sus miembros cierta fortaleza en sus sensibilidades, de modo que las incivildades sean toleradas en favor del discurso social»¹⁰⁴.

2.2.3. *Crítica a la protección penal de los sentimientos religiosos*

No cabe duda de que la burla, el menosprecio o el escarnio hacia los símbolos y creencias de una comunidad religiosa puede generar profundos sentimientos de aprensión, indignación o ira en sus miembros. Pero la ira, la indignación o la ofensa que puede derivarse de conductas de escarnio se genera a partir de una relación subjetiva y privada entre el creyente y sus símbolos de adoración, que tiene su génesis en una pretensión de respeto a lo sagrado interna a las prácticas de la comunidad religiosa y que al no estar vinculada al ejercicio de un derecho fundamental no ha de resultar exigible a terceros.

Que el sentimiento afectado no aparezca vinculado con el ejercicio de un derecho conlleva una importante razón para rechazar su protección bajo pena¹⁰⁵. Así, uno de los criterios habitualmente manejados en la discusión sobre los límites al castigo de las ofensas es precisamente el de si la conduc-

¹⁰³ Como afirma Roxin, «la protección de ciertos sentimientos solo puede considerarse protección de bienes jurídicos cuando se trata de sentimientos de inseguridad [...]. El Derecho penal no puede pretender una protección más amplia. El ser humano actual vive en una sociedad multicultural entre cuyas condiciones de existencia se encuentra la tolerancia de conductas que contradicen las propias representaciones valorativas» (ROXIN, 2007: 451). En semejante sentido se manifiesta, por ejemplo, BERNAL DEL CASTILLO, 2014, quien tras distinguir un «modelo político criminal liberal» y un «modelo político criminal comunitario», y destacar que este último, «en el ámbito del Derecho penal esta orientación de protección positiva de la diversidad cultural da origen a la adopción de principios y reglas dirigidas al reconocimiento y protección de lo que es culturalmente valioso y exigible (los llamados derechos o normas culturales)» (p. 374), concluye que no ve posible «la adopción de un modelo político-criminal comunitario, que de forma general plantee la defensa de unos derechos culturales de las minorías en Europa en pie de igualdad con el sistema de valores derivado de una concepción fuerte de los derechos humanos» (p. 395).

¹⁰⁴ SIMESTER/VON HIRSCH, 2011: 122. En similar sentido, ROBERTS, 2006: 15.

¹⁰⁵ Ya hemos expuesto que los sentimientos religiosos no pueden vincularse a la dignidad personal, pero tampoco guardan relación con la libertad religiosa. Sobre ello, véase ALCÁCER GUIRAO, 2019: 7 ss.

ta expresiva constituye un actuar ilícito (*wrongdoing*)¹⁰⁶, o —inversamente expresado— si la persona cuyos sentimientos se hieren con la conducta tenía un derecho a no sufrir tal ofensa¹⁰⁷; *sensu contrario*, si la perturbación sufrida por aquellos que se sienten ofendidos no está vinculada al ejercicio de un derecho, sino que no estamos más que ante una alteración emocional o una sensación subjetiva de disgusto, repulsa o malestar que no restringe la autonomía de la persona o sus posibilidades de interacción social, no habrá razones de peso para su criminalización. En el caso de los sentimientos religiosos, *no existe un derecho a no sentirse ofendido*; si bien las personas sí tienen derecho a no ser gratuitamente insultados —no estando los meros insultos amparados por la libertad de expresión—, ese derecho no se extiende a los símbolos y credos con los que una religión se identifica.

Semejante planteamiento efectúa Waldron cuando se pregunta cómo distinguir el menoscabo de la dignidad producido por el discurso del odio de las meras ofensas. «La distinción entre aspectos objetivos o sociales relativos al estatus de una persona en sociedad, de una parte, y aspectos subjetivos sobre sentimientos, incluyendo dolor, angustia o disgusto, de otra»¹⁰⁸ resulta esencial, pues solo los primeros tienen entidad suficiente —desde el punto de vista de este autor— como para justificar la restricción de la libertad de expresión. Ciertamente, proteger a las personas frente a atentados a su dignidad protege indirectamente sus sentimientos, pues también esos ataques a la reputación social generan estados emocionales adversos¹⁰⁹; pero hay que trazar una clara línea entre una ofensa a las creencias de una persona o grupo de un atentado contra su estatus social básico como ciudadano¹¹⁰ —entre la dignidad de los musulmanes o católicos y la «dignidad» de su profeta o su libro sagrado—, por más que en ocasiones, dado el contenido del mensaje o la forma que adopte la conducta expresiva, pueda resultar difícil de distinguir en el caso concreto.

Más allá de ese primer aspecto, existen ulteriores razones por las que no está justificada la sanción bajo pena de las ofensas a la religión.

Desde la perspectiva interna a la identidad religiosa se reprocha al liberalismo aconfesional la incapacidad de entender la trascendencia del sentimiento religioso desde fuera de la comunidad cultural y, por tanto, la incapacidad para aprehender el *impacto emocional* que para esas personas suponen los mensajes hostiles a la religión¹¹¹. Pero es precisamente tal dificultad de

¹⁰⁶ Véanse ROBERTS, 2006: 18; SIMESTER/VON HIRSCH, 2011: 95 ss.

¹⁰⁷ Sobre la relevancia del menoscabo de un derecho como componente de lesividad, véanse, por ejemplo, HÖRNLE, 2007: 384 ss.; MIRÓ LLINARES, 2015: 31 ss.

¹⁰⁸ WALDRON, 2012: 106.

¹⁰⁹ *Ibid.*: 106, 108.

¹¹⁰ *Ibid.*: 120.

¹¹¹ Esa situación se planteó de modo especialmente virulento con ocasión de las caricaturas de Mahoma, tras cuya publicación surgió tal reproche de incomprensión e insensibilidad sobre la trascendencia que la representación del profeta tenía para los musulmanes y para su propia estima como miembros de esa comunidad religiosa. Sobre ello, con amplitud, puede verse la obra colec-

comprensión que se atribuye a los *extraneus* a la comunidad religiosa, y que sus miembros invocan como fundamento de la restricción del discurso ofensivo, lo que constituirá uno de los mayores problemas para una aplicación racional de las normas destinadas a proteger los sentimientos religiosos, precisamente por la subjetividad de tales sentimientos y la incapacidad para sentar un estándar objetivo de lesividad. Además, esa identificación fuerte entre la identidad cultural y la identidad personal conllevará la imposibilidad no ya de distinguir el discurso crítico contra la religión y el discurso ofensivo, sino incluso la de diferenciar entre las ofensas a los sentimientos religiosos y la incitación al odio o la discriminación¹¹² —máxime cuando las ofensas se dirijan a iconos de religiones minoritarias—¹¹³ pues desde esa óptica toda oposición crítica a las creencias y figuras sacras se interpretará —se *sentirá*— como una manifestación de menosprecio hacia la autonomía personal y el estatus social de los miembros de la religión.

Por otra parte, el componente subjetivo y privado de tales sentimientos hace imposible sentar un estándar objetivo de la ofensa, esto es, un grado de lesividad evaluable por quienes no participan de la misma identidad religiosa, debiendo irremediabilmente hacer depender la relevancia penal de la conducta de la *sensibilidad subjetiva* de los creyentes, o de patrones internos a la propia comunidad religiosa. Así, solo caben dos parámetros posibles para establecer el grado de lesividad de la conducta expresiva: o bien asumir la perspectiva de la *primera persona* y evaluar la intensidad de la reacción de los ofendidos¹¹⁴, o bien adoptar una perspectiva *cultural* y analizar cuáles de los referentes culturales de la confesión religiosa resultan más valiosos para su identidad¹¹⁵. Pero en ambos casos la determinación de un estándar *intersubjetivo* de ofensividad resulta prácticamente inviable.

En relación con la primera opción, opone Boragno que «el principal problema es precisamente el hecho de que formulando nuestra queja en el lenguaje de la ofensa estamos afirmando únicamente una experiencia mental propia. Por tanto, el fundamento de la queja no puede comprobarse, sino que hemos de contentarnos con el informe en primera persona de aquel que se queja. Es decir, el lenguaje de la ofensa es incontrolable, en el sentido de que no hay manera de saber cuándo alguien sufre realmente una experiencia mental desagradable u ofensa. Además, las personas pueden ser más o me-

tiva de ASAD/BROWN/BUTLER/MAHMOOD, 2009. Véanse también al respecto DANCHIN, 2010: 10; MARCH, 2012: 3.

¹¹² MARCH, 2012: 22.

¹¹³ Afirma en este sentido MOON, 2018: 94, que «el impacto de los insultos antirreligiosos será mayor cuando los miembros del grupo diana se sienten ya discriminados e interpretan el mensaje como un refuerzo simbólico de su situación de subordinación en sociedad». En semejante sentido, PINTO, 2010: 704.

¹¹⁴ BORAGNO GIL, 2014: 118.

¹¹⁵ Así, PINTO, 2010: 701.

nos susceptibles de sentirse ofendidas»¹¹⁶. Y problemas semejantes plantea la segunda alternativa: si la ofensividad de la conducta se determina de modo enteramente dependiente de patrones de significado *internos* a la confesión religiosa, terminamos por poner en manos de la propia comunidad cultural la determinación de lo lesivo y, con ello, de lo penalmente relevante¹¹⁷. El problema en ambos casos es, en suma, que la medida de la ofensa depende de la sensibilidad del ofendido.

A ello debe añadirse otra circunstancia inherente a la identidad religiosa. Si algo caracteriza a los grupos religiosos es el carácter *sagrado* atribuido a sus referentes culturales. Las creencias, los ritos o los profetas son, así, asumidos como objetos de devoción y como dogmas no cuestionables, ni por los miembros del grupo, ni por quienes no pertenecen al mismo. Esa circunstancia conllevará, por lo general, una mayor susceptibilidad frente a las voces críticas u hostiles a las creencias religiosas, una hipersensibilidad frente a imágenes o argumentos ofensivos o irreverentes y un muy reducido grado de tolerancia hacia el discurso que cuestione los dogmas de fe¹¹⁸, lo que implicará un sobredimensionamiento en la valoración sobre la ofensividad de la conducta. Estaríamos ante lo que Feinberg denomina *abnormal susceptibilities*¹¹⁹.

Junto a todo lo expuesto, debe destacarse que el discurso antirreligioso, o el contrario a otros símbolos de pertenencia identitaria como los nacionales, forma parte del discurso *prima facie* protegido por el derecho a la libre expresión, pues atañe a cuestiones de índole social o política relacionados con la convivencia. En particular, el papel que la religión se atribuye de *custos morum*, y su decisiva influencia en la fijación de la agenda ideológica en materias de tal calado público como el aborto, la eutanasia, las opciones de género, etc., convierten a las iglesias (en nuestro país, señaladamente a la iglesia católica) en actores políticos de primer orden. Por más que el sentimiento religioso pueda considerarse individual y privado, las doctrinas y credos religiosos presentan una dimensión pública y política innegable¹²⁰. Ello implica que el discurso antirreligioso, incluso el canalizado a través de la burla o el escarnio, conllevará por lo general un componente crítico, reivindicativo o emancipador propio del discurso político, inserto por tanto ya en el núcleo ya en los contornos del derecho fundamental.

Como activos participantes en la esfera de la opinión pública, las confesiones religiosas deben someterse a las reglas de la deliberación democrática. Afirma Dworkin, en este sentido, que «la religión debe observar los

¹¹⁶ BORAGNO GIL, 2014: 118.

¹¹⁷ Críticos con esa perspectiva, por ejemplo, HÖRNLE, 2012: 317; ASH, 216: 217-218.

¹¹⁸ VÁZQUEZ ALONSO, 2015: 91; BORAGNO GIL, 2014: 118.

¹¹⁹ FEINBERG, 1985: 33-34.

¹²⁰ VÁZQUEZ ALONSO, 2015: 113-114; MARCH, 2012: 25-26.

principios de la democracia, y no la democracia los de la religión. Ninguna confesión religiosa debe poder imponer a todos los ciudadanos qué es lo que puede o no puede decirse, de igual modo que no puede imponer lo que puede o no puede comerse. Las convicciones religiosas particulares no pueden doblegar la libertad que hace posible la democracia»¹²¹. Ello ha de obligarles a admitir un amplio *breathing space* para la crítica a sus convicciones y credos —amplitud de la que también se benefician y que también reclaman—¹²² y asumir, en consecuencia, un elevado grado de tolerancia hacia los discursos críticos o incluso ofensivos contra sus doctrinas.

2.3. Climas sociales

Si hubiera que sintetizar en un solo término el efecto social inherente al discurso del odio, podríamos acudir al de la *creación de climas*. Más allá de supuestos de incitación directa a conductas delictivas, lo característico de las formas más conspicuas de discurso del odio sería generar una atmósfera difusa y fluida de rechazo o aversión hacia determinados grupos que, asentando estereotipos y modificando actitudes en la ciudadanía, podría llegar a producir efectos lesivos de diversa índole.

Esa idea está presente, como vimos, en la jurisprudencia constitucional. Así, la STC 235/2007 avalaba la sanción de la justificación del genocidio en su aptitud para crear climas de hostilidad que operarían, a su vez, como incitación indirecta a la discriminación o al odio. De igual modo, la STC 122/2016 era capaz de encontrar una incitación indirecta a la violencia en un acto en memoria de un terrorista fallecido sobre la premisa de que esas acciones «crean un determinado caldo de cultivo, una atmósfera o ambiente social proclive a acciones terroristas». También en los textos internacionales sobre discurso del odio se destaca ese aspecto. Baste citar, como ejemplo, la Recomendación núm. 15 de la ECRI, que parte del presupuesto de que «el discurso del odio perjudica a la sociedad en su conjunto. No solo tiene un impacto negativo en el carácter del discurso público. Es más importante *el clima de hostilidad e intolerancia que genera*, así como la predisposición a aceptar o excusar la discriminación y la violencia, que divide a la sociedad, socava el respeto mutuo y amenaza la coexistencia pacífica. Así se pone en riesgo el pluralismo que es un requisito esencial para una sociedad democrática». Por otra parte, el art. 510 CP se sirve igualmente de ese efecto como elemento del subtipo de la justificación del genocidio

¹²¹ DWORKIN, 2006.

¹²² LÓPEZ-SIDRO, 2016: 25 ss., *passim*. Por lo demás, y como destaca MARCH, 2012: nota 54, «no está de más recordar que en el ámbito del discurso injurioso u ofensivo, la religión tiene más privilegios que desventajas». Baste pensar en los discursos homófobos y antiabortistas que se gastan relevantes preladados de la iglesia católica española, y que pretenden legitimarse como manifestación del dogma.

[art. 510.1.c) CP], así como para agravar la pena de los subtipos de la difamación colectiva [art. 510.2.a) CP] y de enaltecimiento o justificación de delitos de odio [art. 510.2.b) CP] cuando «se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación».

De igual modo, la doctrina ha destacado de modo reiterado que la tipificación del discurso del odio configuraría un «delito de clima»¹²³, y dicho efecto social ha sido considerado por no pocos autores como un grado de lesividad suficiente para justificar el uso del Derecho penal. Recuérdese, en este sentido, que la concepción de Jeremy Waldron viene a equiparar ese efecto «contaminante» del discurso del odio a la polución medioambiental¹²⁴, considerando que la reiteración de insultos racistas y de mensajes hostiles genera un «veneno de efecto retardado»¹²⁵ que irá progresivamente menoscabando la confianza de los grupos minoritarios en su estatus equitativo en sociedad¹²⁶.

Desde que fuera introducida en la discusión jurídico-penal por Günther Jakobs en 1985, la categoría de los «delitos de clima» se ha venido refiriendo a determinados delitos consistentes en actos comunicativos susceptibles de generar una atmósfera favorable a la comisión futura de hechos delictivos: el fundamento de su sanción se basaría en que «se crea un “clima” en el que pueden prosperar delitos de la misma índole que el que ha sido objeto de aprobación»¹²⁷. En el ámbito del discurso del odio, la alusión a tales climas sociales se amplía para referirse no solo a ese efecto de potencial incitación a acciones lesivas, sino también a los efectos perjudiciales producidos sobre las víctimas. Es decir, no solo a un *clima de incitación indirecta* a la hostilidad, que tendría como receptores del acto expresivo a potenciales delincuentes, sino también un *clima ofensivo*, que se proyecta sobre las víctimas del odio. Así, por ejemplo, las referencias al clima de hostilidad efectuadas por la jurisprudencia constitucional aludirían al primer efecto; sin embargo, la concepción de Waldron se orientaría más hacia la segunda modalidad.

Por más que pueda ser relevante trazar esa distinción a efectos analíticos —dado el diferente fundamento de que parten—, lo cierto es que en la discusión sobre las restricciones al discurso del odio ambos efectos suelen aparecer, por lo general, entremezcladas y como procesos sinérgicos. Así, la reiteración de insultos racistas, de estereotipos denigrantes y de mensajes

¹²³ RODRÍGUEZ YAGÜE, 2007: 12; SUMNER, 2009: 209 ss.; CUEVA FERNÁNDEZ, 2012: 452; GÓMEZ MARTÍN, 2013: 83; TERUEL LOZANO, 2015a: 502 ss.; HEINZE, 2016: 138; ALCÁCER GUIRAO, 2016: 19, 38; FUENTES OSORIO, 2017: 10 ss., 20 ss.

¹²⁴ WALDRON, 2012: 97.

¹²⁵ *Ibid.*: 4, 97.

¹²⁶ *Ibid.*: 96.

¹²⁷ JAKOBS, 1997: 314, aludiendo a delitos —la incitación al odio racial— en los que el Código Penal suele establecer la cláusula de lesividad relativa a la «idoneidad para alterar la paz pública». Sobre ello, véanse también LANDA GOROSTIZA, 1999: 320 ss.; GÓMEZ MARTÍN, 2013: 83.

de desprecio generarían una atmósfera de menosprecio que produciría sentimientos de falta de autoestima, inferioridad y desarraigo social sobre los miembros de grupos desfavorecidos, lo que, a medio plazo, incrementaría su marginación y menoscabaría su capacidad de intervenir con plenitud en los procesos de interacción social¹²⁸ (esta sería también la idea que late tras el «efecto silenciador» que hemos analizado en páginas anteriores). Al mismo tiempo, sobre potenciales infractores esa minusvaloración reiterada de determinados grupos terminaría por justificar tal situación de subordinación y promovería, con ello, la realización de actos de discriminación y hostilidad¹²⁹.

Más allá de la posibilidad de diferenciar tales efectos sociales, la lesividad basada en la creación de climas tendría determinadas características comunes. En primer lugar, el efecto inmediato de la acción comunicativa consiste en el fomento de *actitudes, emociones o sentimientos* en los ciudadanos, ya sea de subordinación (víctimas del odio), ya sea de dominación (potenciales infractores), que conformarán ese clima social. En segundo lugar, la producción de tales climas sociales presupone la *acumulación* de las expresiones de odio. Un solo acto expresivo de hostilidad carece de la entidad suficiente para crear ese clima social, y menos aún, por tanto, para generar el riesgo de realización de actos hostiles¹³⁰. En tercer lugar, el fundamento de ilicitud se basa en un esquema *consecuencialista*: el desvalor de la creación de tales climas radica ante todo en los efectos lesivos futuros que puede producir sobre los miembros de grupos minoritarios¹³¹.

Entendido de ese modo, la sanción penal del discurso del odio como delito de clima presenta una justificación muy precaria, al no reunir los requisitos mínimos de legitimidad exigidos por un Derecho penal liberal. En particular, presenta muchas dudas desde el principio de lesividad, al pretender justificar la condena de conductas muy alejadas de la lesión del bien jurídico y en función de una contribución a un daño remoto que, tomada individualmente, apenas posee potencialidad lesiva; pero también presenta

¹²⁸ MATSUDA, 1993: 24; DELGADO, 1993: 93-94; FISS, 1996: 28; ÁLVAREZ, 2009: 556; PAREKH, 2012: 44; WALDRON, 2012: 5, *passim*.

¹²⁹ SUMNER, 2009: 209 s.; CUEVA, 2012: 450 s.

¹³⁰ FUENTES OSORIO, 2017: 20 ss. Véase WALDRON, 2012: 94.

¹³¹ GÓMEZ MARTÍN, 2013: 83, en este tipo de delitos «el hecho no se sanciona por lo ya ocurrido, sino por su capacidad objetiva para provocar hechos futuros». Esto podría ser más discutible con relación a la incidencia del clima de hostilidad sobre las víctimas del odio —lo que hemos denominado climas ofensivos—, en la medida en que podría entenderse que la perspectiva esencial sería una deontológica, basada en el atentado contra la dignidad. No obstante, entiendo que, desde la perspectiva de análisis que ahora nos ocupa, este aspecto sería secundario frente al énfasis que suele ponerse en las consecuencias a medio o largo plazo de la reiterada minusvaloración de la autoestima (en este sentido, suele destacarse que las ofensas pueden entenderse también como *remote harms*; véanse ROBERTS, 2006: 14; SIMESTER/VON HIRSCH, 2011: 114-115). En realidad, desde un criterio deontológico la propia idea del «clima», así como la de la acumulación, está de más, puesto que todo insulto racista constituirá por sí solo un menoscabo de la dignidad. Véase al respecto HEINZE, 2016: 153 s.

dudas desde el principio de culpabilidad, dado que ese daño acumulativo presupone fundar la responsabilidad *ex iniuria tertii*¹³².

Existe una indudable tensión entre esas «nuevas» formas de atribución de responsabilidad inherentes al fenómeno de la expansión del Derecho penal¹³³, y las garantías tradicionales del Derecho penal liberal. Por no pocos autores se ha venido planteando si la mayor complejidad social y tecnológica inherente a las actuales sociedades posindustriales y multiculturales exige adoptar criterios alternativos de responsabilidad¹³⁴. Desde el ámbito iusfilosófico, Marisa Iglesias ha propugnado la necesidad de encontrar criterios de responsabilidad para el fenómeno que denomina «violencia ambiental», que tendría lugar especialmente ante supuestos como el terrorismo o la xenofobia, en los que tienen lugar «formas de violencia [que] no pueden ser adecuadamente comprendidas sin prestar atención a una amplia coyuntura de razones para la acción y actitudes compartidas que respalda, alienta, tolera o permite la producción de daños». Más concretamente, sostiene Iglesias que «el germen de la violencia ambiental son aquellos contextos en los que las actitudes, emociones y creencias que un grupo de personas comparte determina negativamente su percepción de otras personas o grupos. La violencia ambiental se produce cuando estas actitudes compartidas acaban destruyendo, fruto de la propia dinámica colectiva y de su poder de transformación actitudinal, la capacidad de ponerse en lugar del otro o, incluso, de ver al otro como persona. En estos ámbitos de interacción social, el lenguaje altamente emotivo junto con la formación de estereotipos, patrones de conducta e imágenes despersonalizadas acaban generando un clima propicio para la producción de daños». Tal violencia ambiental constituye un fenómeno complejo, por cuanto su «núcleo principal son, más que acciones concretas, un cúmulo de actitudes e inclinaciones compartidas donde resulta muy difícil establecer relaciones causales con los daños que evaluamos jurídica y moralmente»¹³⁵.

Tras reconocer que la sanción de tales actos no encajaría en el esquema de responsabilidad del liberalismo, basado en la prioridad de la libertad de expresión y en el principio del daño¹³⁶, propone dotar de mayor relevancia moral —y, en su caso, jurídica— a las emociones y actitudes, y a su progresiva implantación social. La interacción grupal «transforma el tipo de actitudes y convicciones que poseen los individuos y la fuerza con la que las

¹³² SILVA SÁNCHEZ, 2011: 145; BAKER/ZHAO, 2013: 653; SIMESTER/VON HIRSCH, 2011: 127; HÖRNLE, 2006: 135; TERUEL LOZANO, 2018: 36. Ampliamente sobre las discordancias del daño acumulativo con los principios garantistas del Derecho penal, SILVA DIAS, 2003: 464 ss.

¹³³ Sobre esa discusión, véase especialmente SILVA SÁNCHEZ, 2011: 83 ss.

¹³⁴ Sobre la discusión dogmática de los delitos acumulativos, ampliamente SILVA DIAS, 2003: 439 ss.

¹³⁵ IGLESIAS VILA, 2003: 2.

¹³⁶ *Ibid.*

mantienen y, por otra, facilita la producción de resultados lesivos a partir de crear climas propicios para la producción de daños»¹³⁷. «Los sujetos, arropados por la dinámica grupal, pueden invertir la prioridad de valores, generar estereotipos, disminuir sus escrúpulos y sensibilidad moral, con lo que acaban realizando actos que nunca hubieran emprendido sin la influencia del grupo. Esta estrecha relación entre el grupo y los actos de sus miembros torna insuficiente adoptar una dimensión estrictamente individual en el análisis y valoración de un resultado lesivo. En suma, las actitudes y razones, cuando son compartidas dentro de un grupo, tienen una trascendencia práctica difícil de negar. Tomar en serio este punto exige replantear la cuestión de la responsabilidad por los daños producidos en estos contextos»¹³⁸.

Esa responsabilidad, a juicio de Iglesias, se basa en la asunción de ciertos deberes positivos, derivados de la propagación voluntaria de esas emociones y actitudes y en la creación de climas de hostilidad. Tales deberes se concretarían o bien en deberes de cuidado, consistentes en emprender acciones positivas para paliar sus efectos, o bien en acciones de distanciamiento, consistentes en la realización de actos simbólicos de oposición y repulsa expresa a tales actitudes y patrones de comportamiento, cuya omisión permitiría fundar responsabilidad por la contribución voluntaria a la creación de climas¹³⁹. Si bien no concluye que esa responsabilidad deba ser necesariamente de carácter penal, sí asume que «si se admite la peligrosidad general de ciertas actitudes cuando son compartidas, ello ofrece razones para interferir en estos entornos ideológicos —incluso cuando no sea posible probar que se ha producido un riesgo efectivo de daños—, para evitar que esas actitudes generen el clima propicio que transforma razones en acciones lesivas»¹⁴⁰. Trasladado a una regulación jurídica, esa responsabilidad adquiriría la forma de «ilícitos cumulativos». A juicio de esta autora, si se toma en serio la prevención de actitudes racistas, dicha figura ha de ser perfectamente legítima: «Dado que estos ilícitos han sido pensados para daños a gran escala como los relacionados con el ecosistema, podríamos preguntar lo siguiente: si estamos dispuestos a aceptar la creación de ilícitos cumulativos para proteger el medioambiente, ¿no estaría incluso más justificado aceptarlos cuando lo que está en juego son daños a personas?, ¿no resultaría chocante que, adoptando esta perspectiva, prohibiéramos arrojar una lata a un río y que no nos pareciera legítimo, por contra, hacer lo mismo en un caso como el de las expresiones xenófobas?»¹⁴¹.

No comparto el planteamiento de Iglesias. No comparto que el daño acumulativo deba considerarse, sin más, un grado de lesividad suficiente para justificar el reproche penal; pero, en particular, no comparto que pue-

¹³⁷ *Ibid.*: 9.

¹³⁸ *Ibid.*: 9-10.

¹³⁹ *Ibid.*: 11-12.

¹⁴⁰ *Ibid.*: 14.

¹⁴¹ *Ibid.*

da configurar un injusto penal en el ámbito de las conductas expresivas. A mi parecer, la equiparación que realiza entre los delitos contra el medioambiente y el discurso del odio es falaz, por al menos las siguientes razones. Primero, porque mientras en los daños medioambientales la contribución causal de cada acto, por pequeño que sea, al deterioro del medioambiente es empíricamente demostrable, en el ámbito del discurso hostil la pretendida relación causal entre un insulto racista con la realización de actos de discriminación u hostilidad es imposible de acreditar empíricamente, estando basada en premisas de sentido común o en equiparaciones anacrónicas entre hechos históricos¹⁴². Segundo, porque, a diferencia de los delitos contra el medioambiente, en el discurso del odio el efecto causal que se predica de la creación de climas presupone la intervención de la voluntad de personas libres como piezas de esa cadena causal¹⁴³. Tercero, porque el efecto lesivo de cada acto contaminante es inmodificable una vez acontecido, mientras que el efecto comunicativo de cada conducta expresiva, dada su naturaleza simbólica, puede ser contrarrestado con otros actos comunicativos (*counterspeech*). Cuarto, porque la realización de los actos contaminantes no está enmarcada en el ejercicio de derecho fundamental alguno, mientras que los actos expresivos propios del discurso del odio conforman el contenido *prima facie* protegido de la libertad de expresión.

Esta última es quizá mi mayor discrepancia de fondo con los planteamientos de la autora. Para Iglesias, la justificación de la responsabilidad por actos que, cumulativamente, pueden conformar climas de opinión hostil hacia ciertos grupos, presupone rebajar el nivel de protección de la libertad de expresión. Sostiene, así, que la posición preferente de la libertad de expresión en el liberalismo tradicional responde a la desconfianza de que el Estado pueda censurar a las minorías disidentes; pero, aun asumiendo que una sociedad democrática presupone que todos los individuos podrán ser escuchados, considera que «cuando una sociedad, gracias a instrumentos como la libertad de expresión, alcanza este nivel cuantitativo de participación, también empieza a estar preparada para dar un salto cualitativo en su concepción de qué es lo que exige una comunidad de personas libres e iguales. Una vez hemos garantizado que todos tienen la posibilidad de participar, podemos trasladar nuestra preocupación a la cuestión de la calidad tanto

¹⁴² Críticos con la dificultad —o imposibilidad— de acreditar la relación causal en este ámbito, SIMPSON, 2013: 723; BAKER/ZHAO, 2013: 647; TERUEL LOZANO, 2015: 503, oponiendo una causalidad de base empírica de orden material o natural a una causalidad sustentada en una base sociopolítica; HEINZE, 2016: 138; FUENTES OSORIO, 2017: 22.

¹⁴³ SIMESTER/VON HIRSCH, 2011: 115: «Quiénes realizan conductas ofensivas no dañan directamente, sino que solo ayudan a generar las condiciones sociales por las que otros puedan decidir causar daños. El daño resultante, en otras palabras, depende de decisiones interpuestas por otros [...]. Normalmente, ese daño remoto, cuando es finalmente causado autónomamente por otros, no proporciona una razón que justifique que el acto originario es ilícito y por tanto no proporciona base suficiente para su criminalización».

de esta participación como de un debate entre personas que merecen igual consideración y respeto». Desde esta nueva perspectiva, concluye, «la mera expresión ya no aparece como algo tan sacrosanto y resulta legítimo evaluar los discursos a partir de sus efectos subordinantes»¹⁴⁴.

Una de las mayores virtudes de la tesis de Iglesias Vila es precisamente poner de manifiesto la necesaria correlación entre la represión de la creación de climas y el menoscabo de la libertad de expresión. Más allá de que resulte frontalmente contrario a los presupuestos asumidos en este trabajo; considero que sus planteamientos incurren en una contradicción insalvable. Sostiene que es solo en sociedades en que se ha alcanzado un elevado nivel cuantitativo de participación puede darse ese «salto cualitativo» y rebajar la protección de la libertad de expresión, cuando reconoce al mismo tiempo que ese nivel cuantitativo de participación se alcanza «gracias a instrumentos como la libertad de expresión». Si ello es así, la pretensión de atender a la «calidad» de la participación en la deliberación pública, restringiendo algunas de sus formas en atención a su contenido, menoscabaría la propia base que faculta esa pretensión. Como ya hemos tenido oportunidad de destacar, la restricción punitiva del discurso en función de su contenido pervierte el propio fundamento liberal de la libertad de expresión, pues pone en manos del Estado la decisión de qué opiniones pueden acceder a la esfera pública.

En este último aspecto radica el mayor problema de justificar la sanción del discurso del odio como «delito de clima». Dada la dificultad de acreditar la relación causal entre el acto comunicativo, la creación de un clima y la ulterior probabilidad de realización de conductas lesivas para las minorías protegidas, la fijación de un estándar de lesividad que permita determinar el umbral de la relevancia penal deviene de antemano imposible, sin que fórmulas como la «alteración del orden público» o la «perturbación de la paz pública» —que nuestro legislador utiliza para conformar la modalidad agravada del art. 510.4 CP— sirvan, dada su enorme abstracción, como cláusulas restrictivas de la lesividad¹⁴⁵. La consecuencia de esa «puerta abierta al decisionismo»¹⁴⁶ es que terminará por sancionarse la mera manifestación de opiniones, al partir de la *presunción* de que toda manifestación de desprecio y toda reiteración de estereotipos contribuirían, en mayor o menor medida, a la creación de esos climas¹⁴⁷. Si nos tomamos en serio las propuestas de Wal-

¹⁴⁴ IGLESIAS VILA, 2003: 14-15.

¹⁴⁵ LAURENZO COPELLO, 1996: 238; TERUEL LOZANO, 2015a: 455 s.; FUENTES OSORIO, 2017: 20 ss. Véase también HÖRNLE, 2006: 137.

¹⁴⁶ FUENTES OSORIO, 2017: 22, destacando que ese tipo de argumentos «posibilita la sanción de cualquier comportamiento».

¹⁴⁷ En este sentido, TERUEL LOZANO, 2015a: 504-505; FUENTES OSORIO, 2017: 13, 20 ss., 22; PORTILLA CONTRERAS, 2015: 390, quien manifiesta que la sanción de ese tipo de conductas representa simplemente la censura de opiniones que pudieran llegar a ser germen de actos preparatorios relativos a la discriminación.

dron, por ejemplo, deberíamos sancionar bajo pena la mera utilización de epítetos peyorativos hacia las minorías, o la difusión de la pornografía entre adultos, pues en ambos casos se «contamina» la atmósfera propia del «orden digno de la sociedad»¹⁴⁸. Suscribiendo lo afirmado por Jakobs, puede decirse que la tipificación de esos delitos descansa «o bien en la necesidad de una pena de sospecha o bien en la confusión de la manifestación de una opinión hostil hacia el bien jurídico con un quebrantamiento del Derecho». Tal como concluye este autor, «en cualquiera de los casos, el fundamento no resiste en un régimen de libertades»¹⁴⁹.

Quedémonos en Jakobs. Los planteamientos de este autor guardan cierta semejanza con las tesis que Marisa Iglesias desarrolla desde la filosofía moral. Así, cuando fundamenta la responsabilidad en los delitos de producción de clima en determinados deberes positivos, considerando que, en delitos como la justificación de hechos delictivos (§ 140 StGB) o la incitación al odio racial (§ 130 StGB), dado que no conllevan la arrogación de esferas de libertad ajenas, la legitimidad de su sanción solo podría hacerse exigiendo al autor «que renuncie como un sacrificio especial al ejercicio de su derecho, esto es, que realice una contribución de carácter solidario para la eliminación de una situación de necesidad no dominable de otro modo, en un sentido hasta cierto punto correspondiente a la responsabilidad por el § 323c StGB, relativo a la omisión de socorro»¹⁵⁰.

Desde la concepción del autor alemán, la prohibición penal del discurso del odio constituiría una «norma de flaqueo», «cuya misión es garantizar las condiciones de vigencia de las normas principales»¹⁵¹. La finalidad de las normas prohibitivas del discurso del odio, como delitos de clima, radicaría en el reforzamiento comunicativo de las propias normas que prohíben la discriminación o la realización de actos de hostilidad y violencia. Según afirma, «en los delitos con un injusto meramente parcial no se infringen las normas principales (las normas de los delitos de lesión), sino normas de flaqueo cuya misión es garantizar las condiciones de vigencia de las normas principales»¹⁵². La difusión de insultos racistas, pero también de mensajes que proclaman que los inmigrantes ilegales no deben ser atendidos en urgencias médicas, o que sus hijos no deben recibir una educación pública, etc., no infringe directamente una norma antidiscriminatoria, pero sí *debilita* so-

¹⁴⁸ El mismo WALDRON, 2012: 89 ss., pone de relieve las enormes similitudes de su posición sobre el discurso del odio con las sostenidas por Catharine MacKinnon sobre la pornografía. No es casualidad, en este sentido, que un conservador como Bork justificara la sanción de la pornografía considerándola un «problema de contaminación de la atmósfera moral y estética, análoga a la polución del humo» (BORK, 1971: 29).

¹⁴⁹ JAKOBS, 1997: 320.

¹⁵⁰ *Ibid.*: 321

¹⁵¹ *Ibid.*: 324. En sentido semejante al del texto, DOPICO GÓMEZ-ALLER, 2004: 166. Véase también FUENTES OSORIO, 2017: 21.

¹⁵² JAKOBS, 1997: 314.

cialmente la vigencia de tales normas antidiscriminatorias, tanto desde la óptica de los miembros de grupos vulnerables, que verán socavada la confianza en recibir un trato equitativo, como desde la óptica de los potenciales infractores, quienes podrán terminar por asignar menor valor axiológico a los preceptos antidiscriminatorios.

Pero es precisamente la existencia de tales normas de flanqueo lo que, en términos democráticos, reduce la legitimidad de las normas principales. Recordemos el argumento de Ronald Dworkin. De modo semejante a la relación entre estratos normativos planteada por Jakobs, el autor estadounidense distinguía entre las normas que prohíben actos lesivos o discriminatorios contra determinadas minorías (que podemos llamar normas de primer orden) y normas que prohíben el discurso hostil sobre el estatus social o jurídico de esas minorías (normas de segundo orden). La legitimidad democrática presupone que todos hayan gozado de la oportunidad de intervenir en el debate público y, a través de ese debate, de configurar el contenido de las normas. La prohibición del discurso del odio con las normas de segundo orden censura la deliberación pública sobre aspectos relativos a la justificación de las normas de primer orden, restringiendo con ello su legitimidad democrática¹⁵³.

Incluso obviando toda consideración al ejercicio de la libertad de expresión, la escasa lesividad inherente a estas conductas debiera suscitar serias dudas acerca de su punición, y, por ende, acerca de que el Derecho penal sea el medio más adecuado para remover las causas de la discriminación. A la hora de determinar el merecimiento de pena de tales conductas, no puede soslayarse el hecho de que tales mensajes hostiles no constituyen sino reproducción de una realidad —la de la marginación y discriminación social— que ya existe previamente en sociedad, por lo que, en realidad, la defraudación de la confianza en el trato equitativo por parte de terceros no sería tanto consecuencia de la concreta acción expresiva individual como de ese *statu quo* previo¹⁵⁴.

Como afirma De Pablo, «un desprecio cualquiera siempre produce daño, pero si ese no-reconocimiento se enmarca en una *sociedad del desprecio*, entonces el daño se multiplica». Según este autor, el «verdadero daño de estas conductas» se vislumbra «en un marco social discriminatorio que reproduce inconscientemente patrones socioculturales que penalizan a unos colectivos frente a otros»¹⁵⁵.

La conducta expresiva concreta constituiría, por tanto —al modo del citado efecto acumulativo—, un mero recordatorio simbólico de esa marginación, una gota en el océano de la discriminación ya arraigada socialmente,

¹⁵³ DWORKIN, 2009: ix.

¹⁵⁴ Esta línea de razonamiento sigue SIMPSON, 2013: 726 s., para criticar la concepción de Waldron.

¹⁵⁵ DE PABLO SERRANO, 2017: 150-151.

por lo que su contribución causal a la creación de ese clima sería mínima. Y si, en cambio, la situación de marginación no está socialmente arraigada —y estamos en una sociedad con razonables cotas de estabilidad e igualdad social—, la conducta expresiva carecerá por sí sola de la capacidad para modificar actitudes y emociones en la ciudadanía y crear climas de intolerancia, y no existirá un riesgo de reiteración suficientemente elevado para justificar la sanción en virtud de la lógica de la acumulación.

A diferencia de la concepción de Iglesias, para Jakobs la legitimidad del castigo de los «delitos de clima» resultaría muy precaria en un Estado de libertades¹⁵⁶; según afirma, «la justificación de la protección del clima solo se puede realizar en relación con tiempos de crisis o, más precisamente, en relación con tiempos de crisis de legitimación, en los que se tiene que tolerar una suspensión pasajera de la libertad a fin de asegurar de un modo tanto más intenso su restablecimiento»¹⁵⁷. De nuevo hemos de partir del presupuesto de la estabilidad social: la protección penal frente a climas de opinión contrarios a los valores compartidos no es justificable en democracias estables, en las que actos aislados de odio carecerán del caldo de cultivo necesario para generar ese cambio actitudinal en la ciudadanía y en las que existen otros instrumentos para combatir la intolerancia y fomentar el respeto a las minorías¹⁵⁸.

En este sentido, concluye Jakobs sus consideraciones en los siguientes términos: «No discuto que también estas sociedades tienen una necesidad de que se garanticen los valores; la comunicación, esto es lo que significa la sociedad, solamente es posible sobre la base de un consenso valorativo. Lo único que pongo en duda es que sea necesario o razonable cubrir esta necesidad por medio del Derecho penal. Que los delitos productores de un clima no casen en el Derecho penal de un Estado de libertades no significa que la correspondiente conducta sea deseable o al menos socialmente neutral, sino tan solo que tal conducta no tiene ningún efecto coactivo y que, por ello, tampoco se debería reaccionar contra ella con la coacción del Derecho penal»¹⁵⁹.

2.4. Protección de valores

La radical indeterminación del criterio de la creación de climas permite concluir que lo que en última instancia explica el castigo de muchas for-

¹⁵⁶ Destaca el autor citado que «del paralelismo establecido con la omisión de socorro se deriva solamente la modalidad de la prestación a realizar —un sacrificio especial—, pero no la legitimación para la exigencia de tal prestación: la norma que sanciona la omisión de socorro exige una acomodación a una situación de necesidad que solo llega a ser requerida en casos aislados; en las normas que protegen un clima se trata por el contrario de una acomodación del comportamiento que se ha de producir por principio en determinados ámbitos» (JAKOBS, 1997: 321).

¹⁵⁷ JAKOBS, 1997: 321-322. Es digna de resaltar la semejanza de esas tesis de Jakobs con los planteamientos de RAWLS, 1996: 103.

¹⁵⁸ Con relación a la protección de climas, enfatizan este aspecto BAKER/ZHAO, 2013: 648-650.

¹⁵⁹ JAKOBS, 1997: 322.

mas de discurso del odio es la protección de la moral social —entendida esta como el conjunto de valores que definen, social e institucionalmente, la comunidad política—, siendo la finalidad de las normas penales, en consecuencia, reafirmar la vigencia de tales valores¹⁶⁰. La ilicitud de la conducta se funda realmente en el riesgo de creación de *climas de opinión* que conllevaría toda manifestación hostil, sancionándose, en consecuencia, la mera difusión de ideas o propuestas ideológicas contrarias a los valores más arraigados en la comunidad política¹⁶¹.

Ese fundamento puede revestirse del lenguaje de las ofensas, en la medida en que conductas que contradigan frontalmente el consenso valorativo pueden generar sentimientos de profunda indignación o desagrado. No obstante, el merecimiento de pena no se justificaría por esos efectos individuales —por las sensaciones físicas de desagrado o indignación—, sino por la desautorización simbólica de los valores institucionalizados, y el riesgo consiguiente de que esa visión alternativa de sociedad¹⁶² pueda llegar a impregnar el tejido social y debilitar el consenso valorativo. Por ello, a fin de no caer en mistificaciones, la pregunta que debemos plantearnos es si resulta legítimo castigar conductas carentes de toda lesividad con el solo fin de reforzar comunicativamente los valores mayoritarios y que colectivamente nos definen como sociedad. Expresado de otro modo: si es legítimo que el Estado se sirva de la pena con el solo fin de *contrarrestar* comunicativamente opiniones discriminatorias u hostiles para las minorías.

Para esta óptica, la dimensión comunicativa inherente al discurso del odio se despoja de los potenciales daños y termina por quedar reducida a una perspectiva meramente simbólica. Parafraseando a McLuhan, *el mensaje es el daño*: lo que termina por considerarse ilícito es el propio contenido del mensaje, la mera opinión manifestada, tan pronto contradiga valores como la igualdad o la dignidad. El discurso del odio, así, debe reprimirse penalmente porque atenta contra «el modelo de convivencia trazado por nuestra Constitución»¹⁶³, por «herir los sentimientos comunes de la ciudadanía», porque «contiene un mensaje de odio que por sí mismo es contrario a la convivencia»¹⁶⁴. Para esta comprensión del delito de discurso de odio, los efectos lesivos u ofensivos de la concreta conducta dejan de ser un factor relevante a ponderar, puesto que el fundamento de la responsabilidad ya

¹⁶⁰ En sentido parcialmente coincidente, FUENTES OSORIO, 2017: 31 ss. Destaca en este sentido HÖRNLE, 2006: 137, que tales fórmulas tienden a oscurecer las verdaderas razones (morales y paternalistas) por las que se sancionan determinadas conductas.

¹⁶¹ Como destaca SMOLLA, 1992: 72, «la expresión ofensiva a la moral comunitaria es a menudo entendida como una suerte de polución, contaminando el ambiente moral de igual modo que un vertido de petróleo contamina el medio ambiente físico».

¹⁶² Véase DOPICO GÓMEZ-ALLER, 2004: 166: con cada atentado racista «se propone un modelo de sociedad radicalmente alternativo».

¹⁶³ LAURENZO COPELLO, 1996: 239.

¹⁶⁴ STS 72/2018, de 9 de febrero.

no es realmente consecuencialista sino deontológico: el propio contenido del mensaje constituye un *malum in se* tan pronto contradice los valores plasmados en los textos legales o constitucionales¹⁶⁵. Todo lo más, el efecto que se predica es puramente simbólico —y retórico—: una manifestación racista o xenófoba cuestionaría comunicativamente el valor de la igualdad, debilitando su vigencia social.

Si eso es lo que caracteriza la ilicitud del discurso del odio, lo que se pretende con el *ius puniendi* ya no es, por tanto, prevenir y reaccionar frente a daños concretos e inminentes, sino contrarrestar simbólicamente el mensaje intolerante. Así, sostiene Matsuda que «la respuesta legal frente al discurso racista constituye una manifestación de que las víctimas del racismo son miembros valorados de nuestra comunidad»¹⁶⁶; de igual modo, defiende Parekh que «la prohibición legal ha de valorarse positivamente por el mensaje que envía [...] reafirmando a todos los miembros de la sociedad [...] que el Estado los valora a todos equitativamente»¹⁶⁷. El fundamento de ilicitud de la conducta es, así, precisamente aquello que caracteriza al ejercicio de la libertad de expresión: el *riesgo de la persuasión* que pueden conllevar las opiniones contrarias a valores compartidos, la posibilidad de que determinados ciudadanos puedan ser convencidos de las bondades de la intolerancia y la discriminación.

Esta comprensión —que, a mi juicio, es la que late tras muchas de las propuestas prohibicionistas— debe ser rotundamente rechazada, pues es incompatible con el modelo de democracia deliberativa. De una parte, se sirve de la represión penal para interferir en el ámbito de la esfera pública, excluyendo bajo amenaza de sanción determinados mensajes de la deliberación democrática. Como ya expuse, el Estado no debe mostrarse neutral frente a la intolerancia; antes al contrario, debe ser proactivo y rotundo en combatir las diversas manifestaciones del odio. Pero existen otros medios comunicativos más eficientes —y menos lesivos— que la pena para reafirmar la vigencia de los valores que determinan una convivencia social pacífica¹⁶⁸. En una democracia deliberativa no es legítimo que el Estado reafirme los valores constitucionales a costa de reprimir coactivamente el libre intercambio de ideas, por muy rechazables o execrables que resulten, pues con ello se pervierte el fundamento último de los valores que, como la libertad de expresión, la libertad ideológica o la autonomía política, sustentan el propio sistema democrático, al excluir del debate público las voces disidentes, minoritarias o críticas con el modelo normativo vigente¹⁶⁹.

¹⁶⁵ Véase HEINZE, 2016: 153 ss.

¹⁶⁶ MATSUDA, 1993: 18.

¹⁶⁷ PAREKH, 2012: 46.

¹⁶⁸ Véase *supra* capítulo III, 6.3.4.

¹⁶⁹ Como afirma MIRÓ LLINARES (2017: 25): «Si tenemos en cuenta, además, que lo que se está persiguiendo son conductas que no afectan a intereses centrales de los individuos sino que ofenden

De otra parte, se incurre en un rechazable *moralismo*, al justificar la intervención del Derecho penal con el solo fin de defender valores¹⁷⁰, así como un insoportable *paternalismo*, al pretender excluir de la esfera pública determinados discursos en virtud de que puedan inculcar determinadas opiniones, actitudes o emociones¹⁷¹. Una democracia desarrollada presupone considerar al ciudadano como ser racional, capaz de decidir sobre lo verdadero y lo falso, sobre lo bueno y lo malo, y de revisar críticamente las creencias y convicciones adquiridas¹⁷², por lo que el Estado no puede arrogarse la decisión de qué es lo moral o políticamente adecuado para ser difundido. Ese paternalismo es contrario al principio democrático pues socava la autonomía moral y política de los individuos. Por un lado, trata al ciudadano como menor de edad a quien debe protegerse contra el riesgo de que adopte falsas creencias o ideas contrarias a los valores democráticos¹⁷³; por otro, manifiesta una profunda desconfianza hacia el diálogo social y la capacidad de los ciudadanos de adoptar racionalmente sus propias decisiones¹⁷⁴. El grado de protección de la libertad de expresión es directamente proporcional al respeto del ciudadano como persona racional y razonable.

la sensibilidad de la colectividad, corremos claramente el riesgo de limitar la libertad de opinión a aquellas expresiones que se correspondan con los parámetros de la moral colectiva, criminalizando la exposición pública del pensamiento minoritario y disidente solo por ser de mal gusto para la mayoría».

¹⁷⁰ Sobre el concepto de moralismo empleado en el texto, véase SEHER (2007: 87 ss.): «La particularidad de las normas moralistas radica en que no remiten a una relación autor-víctima. No castigan debido a la lesión de un bien jurídico, sino para proteger los valores en sí mismos».

¹⁷¹ Sobre el paternalismo y su legitimidad como base para la restricción de la libertad, véanse FEINBERG, 1985: xiii (quien maneja la noción de «*moralistic legal paternalism*»); SIMESTER/VON HIRSCH, 2011: 139 ss. Ciertamente, el rechazo del paternalismo en este ámbito admite matizaciones en circunstancias particulares, según el contexto en que el discurso se profiere (p. ej., la escuela) y los intereses protegidos (p. ej., la infancia).

¹⁷² RAWLS, 1995: 37, 172; HABERMAS, 1998: 63; SCANLON, 2003: 15, 21.

¹⁷³ SUNSTEIN, 2003: 98; VIVES, 2010: 824; ASH, 2016: 83.

¹⁷⁴ Afirma en este sentido NAGEL (2004: 53-54): «Lo peor, por supuesto, es la supresión de la opinión disidente por el peligro de que pueda persuadir a otras personas, y de esa forma privar a la ortodoxia reinante del apoyo y amenazar la estabilidad del régimen basado en ella. Aparte de su estupidez epistemológica, este es un insulto mayúsculo no solo para los disidentes, sino para el resto de nosotros, su audiencia potencial, respecto de quienes no se confía en su capacidad para formarnos nuestros propios juicios». En igual sentido, VIVES, 2010, citando a Cuerda Arnau: conminar «penalmente la libre expresión de opiniones y creencias revela una inadmisibile falta de confianza en la capacidad de la sociedad democrática para formar sus propias convicciones».

ANEXOS

1. Proyectos de Ley.

Proyecto de Ley para la Unidad 2 (Delitos contra la libertad de trabajo):

- **Proyecto de Ley N° 4598/2022-CR**, en virtud del cual se propone modificar el artículo 168°-A del Decreto Legislativo 635, Código Penal.

Proyecto de Ley para la Unidad 3 (Delitos contra la libertad sexual):

- **Proyecto de Ley N° 5363/2022-CR**, en virtud del cual se propone la incorporación del numeral 14 del artículo 170° del Código Penal (violación sexual).

Proyecto de Ley para la Unidad 4 (Delitos contra el patrimonio):

- **Proyecto de Ley N° 5474/2022-CR**, en virtud del cual se propone la incorporación del artículo 200°-A del Código Penal, criminalizando la usura extorsiva en los préstamos gota a gota.
- **Proyecto de Ley N° 5088/2022-CR**, en virtud del cual se propone la modificación del artículo 189° del Código Penal, robo agravado, para endurecer las penas por robo de vehículo automotor, sus autopartes o accesorios.

Proyecto de Ley para la Unidad 8 (Delitos contra el medio ambiente):

- **Proyecto de Ley N° 5425/2022-CR**, en virtud del cual se propone la modificación de los artículos 304° y 305° del Código Penal, sobre el delito de contaminación ambiental, para proteger a la población.

Proyecto de Ley para la Unidad 9 (Delitos contra la tranquilidad pública):

- **Proyecto de Ley N° 5525/2022-CR**, en virtud del cual se propone incorporar el delito de terrorismo urbano (artículo 315°-B del Código Penal).

Proyecto de Ley para la Unidad 10 (Delitos contra los Poderes del Estado y el Orden Constitucional):

- **Proyecto de Ley N° 4911/2022-CR**, en virtud del cual se propone modificar la reducción de plazos de prescripción de la acción penal, y establece la imprescriptibilidad de la acción penal y la pena de los delitos ambientales y delitos contra los poderes del estado y el orden constitucional.

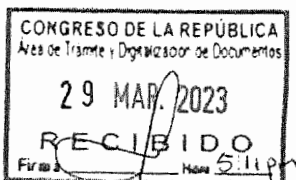
Proyecto de Ley para la Unidad 13 (Derecho Penal Internacional):

- **Proyecto de Ley N° 4959/2022-CR**, en virtud del cual se propone sancionar el ingreso ilegal de extranjeros expulsados y regular conductas y sanciones a extranjeros.



SIGRID BAZÁN NARRO

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"
"Año de la unidad, la paz y el desarrollo"



PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL
ARTÍCULO 168-A DEL DECRETO
LEGISLATIVO 635, CÓDIGO PENAL

El Grupo Parlamentario Cambio Democrático-Juntos por el Perú, a iniciativa de la Congresista de la República que suscribe, **Sigríd Bazán Narro**, en ejercicio del derecho de iniciativa legislativa que le confiere el artículo 107 de la Constitución Política del Perú, y de conformidad con los artículos 75 y 76 del Reglamento del Congreso de la República, proponen el siguiente **PROYECTO DE LEY**:

FÓRMULA LEGAL

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 168-A DEL DECRETO
LEGISLATIVO 635, CÓDIGO PENAL

ARTÍCULO ÚNICO.- Modificación del artículo 168-A del Decreto Legislativo 635, Código Penal.

Se modifica el artículo 168-A del Decreto Legislativo 635, Código Penal, conforme a los siguientes términos:

"Artículo 168-A.- Atentado contra las condiciones de seguridad y salud en el trabajo

El que, infringiendo las medidas de seguridad y salud en el trabajo contenidas en las normas legales, documentos de gestión de seguridad y salud en el trabajo, convenio colectivo o contrato de trabajo, y estando legal o convencionalmente obligado, ponga en peligro la vida, integridad corporal, o salud física o mental del trabajador o cualquiera de aquellos que no teniendo vínculo laboral, prestan servicios o se encuentran dentro del ámbito del centro de trabajo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Si, como consecuencia de la inobservancia de las medidas de seguridad y salud, se causa la muerte del trabajador o cualquiera de aquellos que, no teniendo vínculo laboral, prestan servicios o se encuentran dentro del ámbito del centro de trabajo; o le produce lesiones graves, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años en caso de muerte, y no menor de tres ni mayor de seis años en caso de lesiones graves.

En el caso de las personas jurídicas, tendrán responsabilidad penal los gerentes generales de hecho o derecho, o administradores de hecho o derecho, siempre que garantizar la seguridad y salud en el



SIGRID BAZÁN NARRO

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"
"Año de la unidad, la paz y el desarrollo"

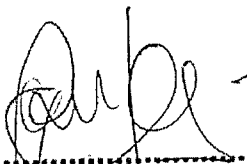
trabajo sea parte de sus funciones y se determine que por su incumplimiento se generaron los hechos previstos en los párrafos anteriores.


Lima, marzo de 2023.


EDGARD REYMUNDO MERCADO
Directivo Portavoz
Grupo Parlamentario Cambio Democrático - Juntos por el Perú


SIGRID BAZÁN NARRO
CONGRESISTA DE LA REPÚBLICA

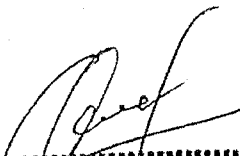

EDGARD REYMUNDO MERCADO
CONGRESISTA DE LA REPÚBLICA


RUTH LUQUE IBARRA
CONGRESISTA DE LA REPÚBLICA


ROBERTO SÁNCHEZ DOMÍNGUEZ
CONGRESISTA DE LA REPÚBLICA


Guillermo Bermejo
GUILLERMO BERMEJO ROJAS
CONGRESISTA DE LA REPÚBLICA


Rafael Echeverría
CONGRESISTA DE LA REPÚBLICA


ISABEL CORTÉZ AGUIRRE
CONGRESISTA DE LA REPÚBLICA

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I. FUNDAMENTOS DE LA PROPUESTA

La presente iniciativa legislativa tiene por objeto agregar elementos al supuesto de hecho tipificado en el artículo 168-A: amplía los sujetos pasivos y extiende la responsabilidad penal a otros sujetos que pueden ser considerados como activos, así como detalla cuáles normas en materia de seguridad y salud en el trabajo serán las que sancione su incumplimiento.

De esa manera, el delito no se perfeccionará en alcances generales u obvios - por ejemplo, el empleador es el único responsable-, sino que el propio artículo subsanará estos vacíos en armonía con la actual legislación laboral en materia de seguridad y salud en el trabajo. Esto, fortalece la tutela especial que deben tener los delitos especiales, como es el caso del presente.

Previo a desarrollar el porqué de la necesidad de modificar el artículo, es preciso señalar que el incumplimiento de la normativa en materia de seguridad y salud en el trabajo también puede ser sancionado administrativamente, bajo lo dispuesto en el Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo Nro. 019-2006-TR.

Sin embargo, una sanción administrativa no cumple adecuadamente con la tutela de los bienes jurídicos que se encuentran inmersos en materia de seguridad y salud en el trabajo, como son el derecho a la vida y el derecho a la salud. Por lo cual, los sujetos que pueden ser afectados deben contar con una tutela especial, en la vía procedimental óptima, para de ser el caso, puedan resarcir la lesión a sus bienes jurídicos.

Como un punto aparte, cabe resaltar que no hay requisito de agotar las vías previas para presentar una denuncia por el delito tipificado en el artículo 168-A, pues la sanción se da en vías independientes: penal y administrativa; pero sí es necesario para la configuración del delito, que se haya infringido alguna norma en materia de seguridad y salud en el trabajo.

A partir de esa explicación, se entiende que si bien tanto en el ámbito penal como administrativo se sanciona a quien incumple las condiciones de seguridad y salud en el trabajo, el objetivo jurídico es distinto. En la vía administrativa se sanciona el incumplimiento a una norma, en este caso, la que regula las condiciones de seguridad y salud en el trabajo al ser obligación del empleador cumplirlas. Por otro lado, en el ámbito penal, la sanción a conductas prohibidas deviene en la protección de uno o varios bienes jurídicos: trasladando esto al artículo 168-A, se buscan proteger los derechos a la vida y a la salud.

En relación con ambos puntos, se concluye que dependiendo de lo que se busque ejecutar legalmente, dependerá la sanción y vía que se apliquen. Sin embargo, se debe señalar que si bien es necesaria la infracción de la normativa

en materia de seguridad y salud en el trabajo para que se configure el delito, no toda infracción tendrá esta consecuencia.

Aclarado lo anterior, la configuración del delito requiere que concurran los siguientes elementos:

1. La infracción o inobservancia de las normas sobre prevención de riesgos laborales
2. La no adopción de las medidas de prevención necesarias
3. La creación de un riesgo para la vida, salud o integridad física

Sin embargo, de la redacción actual del delito se desprende que el legislador no ha previsto que contenga los elementos "para determinar la conducta prohibida".¹ Esto pues, la redacción se encuentra en términos generales, y solo se limita a señalar que la conducta prohibida se realiza deliberadamente -indica que hay dolo- y que el sujeto activo -que se entiende como el empleador- es quien tiene la responsabilidad de cumplir con las normas de seguridad y salud en el trabajo.

Además, se encuentra que el único sujeto pasivo que comprende es el trabajador, no considerando a otro personal distinto a los trabajadores, a pesar de que la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, establece que sus alcances también comprenden al personal que no tiene vínculo laboral, pero se encuentra prestados servicios o en el centro de trabajo. Es decir, el empleador es responsable de quienes se encuentren en el centro de trabajo independientemente de si existe una relación laboral.

Considerando lo anterior, la presente iniciativa legislativa busca subsanar esta omisión: se retira la condición "deliberadamente" y se definen cuáles normas en materia de seguridad y salud en el trabajo se deben infringir para configurar el delito. A pesar de esta modificación sobre la conducta del sujeto activo, no se altera la etapa de perfección del delito pues, recordemos que se determina la responsabilidad mediante la responsabilidad objetiva, algo que también concluye el VI Pleno Jurisdiccional Laboral y Previsional, pues señala que el empleador debe ser diligente.

En primer lugar, la actual redacción del artículo 168-A exige que el sujeto activo haya actuado con dolo, es decir, conociendo las normas toma la decisión de infringirlas a consciencia de que como consecuencia puede generarse un perjuicio hacia el personal que estas protegen. Sumado a ello, también se considera que de acuerdo con lo resuelto en el VI Pleno Laboral Jurisdiccional en Materias Laboral y Previsional, "el empleador como garante de la seguridad y salud en el trabajo en el centro laboral, siempre será responsable por cualquier evento dañoso para la vida o salud del trabajador".²

¹ Oré, E (2018). Derecho PUCP. p. 205.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/20435>

² VI Pleno Jurisdiccional en Materias Laboral y Previsional (2007).

<https://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/web/VIPlenoJurisdiccionalSupremoLaboralyPrevisional.pdf>

En ese sentido, al tener el empleador la obligación de cumplir con la normativa en materia de seguridad en el trabajo, se le atribuye la responsabilidad en su integridad, que considere además del dolo, la negligencia. De esa manera, se armoniza con la legislación vigente en materia laboral, la cual debe considerarse porque su incumplimiento configura el delito y a su vez da luces sobre los sujetos pasivos y activos del tipo penal.

A partir de ese punto, se puede ahondar en los sujetos del tipo penal:

El sujeto activo no se limitará al empleador como se entiende en la redacción actual del artículo en concordancia con el artículo 49 de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo³. La propuesta legislativa, agrega que la responsabilidad también recaerá en gerentes generales o administradores.

Esto tiene como razón, la modificación del incumplimiento a las normas en materia de seguridad y salud en el trabajo, pues el delito se sustenta en el deber de cargo que tiene el empleador en preservar la vida e integridad de sus trabajadores⁴. Por lo tanto, es lógico que los superiores jerárquicos que tengan como funciones cumplir con este deber, también sean imputables de responsabilidad.

Canova y Ayvar (s/f), señalan que la persona jurídica como tal no puede ser imputada de responsabilidad, sino los actos de sus administradores o representantes⁵. En ese sentido, se propone extender la responsabilidad penal a quienes deben cumplir con ese deber de cuidado -garantizar las medidas de seguridad y salud en el trabajo-, si bien esto se puede confundir con la aplicación de una sanción penal por una infracción administrativa, se debe tomar en cuenta que el delito del artículo 168-A es una ley penal en blanco⁶.

Este concepto significa que el delito se remite a leyes extrapenales para identificar el incumplimiento de la obligación que configura la conducta del tipo penal. En este caso, se remite a la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo. Por ejemplo, se podrá determinar la responsabilidad penal del gerente, si no cumplió con su función de implementar correctamente el Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo, y como consecuencia se puso en riesgo la integridad física de un trabajador.

A partir de lo anterior, resulta lógico que, así como se extiende la responsabilidad penal, también lo es que la conducta tipo no se limite al incumplimiento de las normas legales -que son obligación expresa del empleador-, sino que, se amplíe a los documentos de gestión de SST, convenio colectivo o contrato de trabajo, que son creados, aprobados y supervisados por los sujetos que agrega la propuesta legislativa.

Este agregado detalla con mayor precisión de qué manera se mide la responsabilidad del sujeto activo -bajo que normas- y es armónica con la

³ Oré, E (2018). Derecho PUCP. p. 203.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/20435>

⁴ Idem

⁵ Canova, K y Ayvar, C (S/F). La sanción penal en la ley de seguridad y salud en el trabajo. p.4.

⁶ Idem. p.5

regulación vigente, pues incluye otros documentos que en la práctica contienen las obligaciones en materia de SST -es deber del empleador cumplirlas- y otros que son considerados fuente de derecho, como el convenio colectivo.

Es preciso señalar que, para la imputación objetiva se deben configurar los siguientes elementos:

1. La disminución del riesgo
2. La creación de un riesgo jurídicamente relevante
3. El incremento del riesgo permitido
4. La esfera de protección de la norma

Los sujetos activos mencionados tendrán que cumplir lo anterior para determinar que tienen responsabilidad penal. Siendo así, es lógico que se amplíe la responsabilidad a los sujetos encargados de hacer cumplir la normativa en materia de seguridad y salud en el trabajo, pues ellos también resultan imputables porque tienen la obligación legal de garantizar las condiciones en SST para los trabajadores, personal contratista, entre otros que resulten sujetos pasivos de este tipo penal.

Lo anterior permite recordar que el delito del artículo 168-A es un delito especial, ya que no se le puede imputar responsabilidad a cualquier sujeto, así como existe un sujeto específico que recibe la tutela. Ambos requieren de características especiales para que se pueda configurar el delito, tal como se mencionó en el párrafo anterior.

En cuanto a los sujetos pasivos, la redacción actual da entender que solo caben en el supuesto los trabajadores, a pesar de que en la normativa vigente se incluye como sujetos de protección al personal contratista. Siendo así, es que se propone que el tipo penal también considere como sujetos pasivos a "aquellos que, no teniendo vínculo laboral, presten servicios o se encuentren dentro del ámbito del centro de trabajo." Esto es armónico respecto a la normativa laboral en materia de SST, y permite un mayor ámbito de protección para los bienes jurídicos de quienes también se encuentran en el centro de trabajo y son acreedores de una tutela especial en caso estos se vulneren en las condiciones que detalla el tipo penal: derecho a la salud y a la vida.

Otro punto adicional para mencionar es que, la conducta de los sujetos pasivos no se analiza, solo la de los sujetos pasivos, por lo cual, no es jurídicamente relevante que se analice la imprudencia de un trabajador -como sí ocurre en la vía administrativa. Al respecto Oré (2018) menciona:

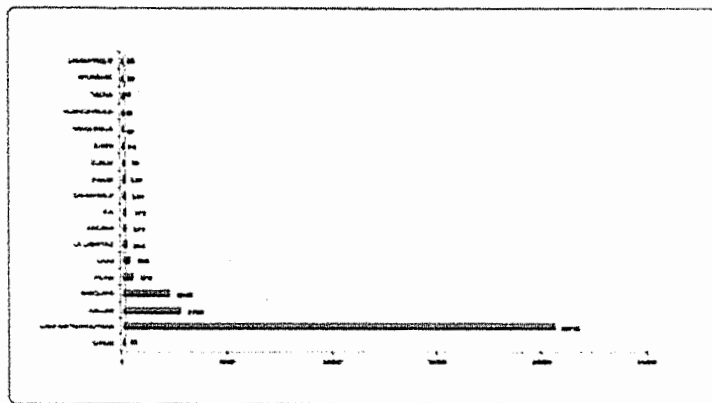
"Por lo demás, la imprudencia de un trabajador no siempre excluye la responsabilidad por este delito, pues este se configura por la infracción de los deberes del empleador, no del trabajador. En la medida en que la empresa ostente un sistema adecuado de seguridad y salud en el trabajo no tendría por qué generarse alguna contingencia penal⁷."

⁷ La Ley (2020). El delito de atentado contra las condiciones de seguridad y salud en el trabajo. Entrevista a Eduardo Oré.

En relación a lo anterior, se presentan los datos estadísticos recopilados en el Anuario Estadístico Sectorial 2021 del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, acerca de accidentes de trabajo, accidentes mortales e incidentes peligrosos.

PERU
CUADRO N° 150
NOTIFICACIONES DE ACCIDENTES DE TRABAJO POR MESES, SEGÚN REGIONES
2021

REGIONES	MESES												TOTAL	
	ENERO	FEBRERO	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO	JULIO	AGOSTO	SEPTIEMBRE	OCTUBRE	NOVIEMBRE	DICIEMBRE	ACCIDENTES	%
AMAZONAS	-	-	-	-	3	-	-	-	-	1	-	1	8	0.03
ANCASH	8	32	24	4	20	6	7	1	27	8	22	14	173	0.63
APURIMAC	1	5	-	-	2	-	-	11	1	-	-	3	26	0.09
AREQUIPA	130	102	172	211	164	91	304	234	190	187	180	108	2 216	7.84
AYACUCHO	2	1	-	1	1	-	4	-	-	-	-	-	8	0.03
CALAMARCA	8	2	1	28	38	2	14	7	9	9	10	11	150	0.57
CALLAO	237	181	263	280	267	108	280	248	258	227	228	130	2 710	9.84
CUSCO	2	8	11	7	11	7	4	10	3	11	10	12	86	0.36
HUANCAVELICA	1	-	-	11	-	-	2	1	1	7	17	5	66	0.24
HUANUCO	-	-	-	-	1	-	-	1	1	-	-	-	3	0.01
ICA	3	-	2	8	9	8	2	20	26	21	24	27	171	0.62
JUNIN	-	4	4	6	10	9	18	9	9	3	4	5	74	0.27
LA LIBERTAD	12	8	2	11	8	18	26	20	9	21	20	22	216	0.79
LAMBAYEQUE	3	1	1	1	2	2	1	1	3	1	4	3	28	0.09
LIMA METROPOLITANA	1 798	1 400	1 802	1 968	1 788	1 276	1 976	1 428	1 981	1 424	1 008	2 042	20 791	74.75
LIMA	10	16	8	8	10	10	27	38	21	15	37	28	224	0.81
LINCO	-	-	1	1	1	-	1	-	-	-	-	1	3	0.01
MADRE DE DIOS	-	-	-	-	-	-	-	1	-	-	-	-	1	0.00
MORCHICA	8	2	2	2	5	1	8	6	2	6	10	7	68	0.22
PASCO	12	2	10	8	5	33	8	6	7	9	17	17	123	0.44
PUNO	66	19	26	12	12	42	60	28	20	37	41	40	479	1.70
PURUCO	1	-	-	-	1	-	1	-	2	-	7	-	13	0.04
SAN MARTIN	-	-	-	-	-	-	-	1	1	-	-	-	2	0.01
TACNA	4	3	2	3	2	3	-	9	-	2	2	6	26	0.10
TUMBAES	1	1	1	-	-	2	3	1	1	1	2	4	19	0.07
UCAYALI	-	-	-	-	-	1	1	3	-	-	-	1	4	0.01
TOTAL	2 288	1 607	2 454	2 219	2 408	1 688	2 754	2 081	2 512	2 128	2 007	2 828	27 727	100.00



FUENTE : MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO - SISTEMA DE ACCIDENTES DE TRABAJO - SAT

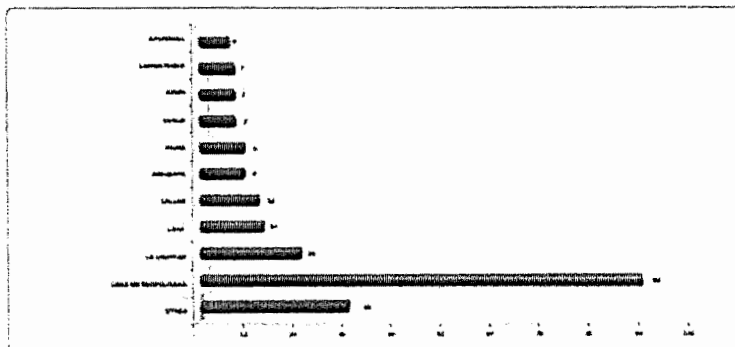
ELABORADO : COGETE / OFICINA DE ESTADÍSTICA

NOTA : Se incluyen notificaciones de accidentes mortales



PERU
CUADRO N° 153
NOTIFICACIONES DE ACCIDENTES MORTALES POR MESES, SEGUN REGIONES
2021

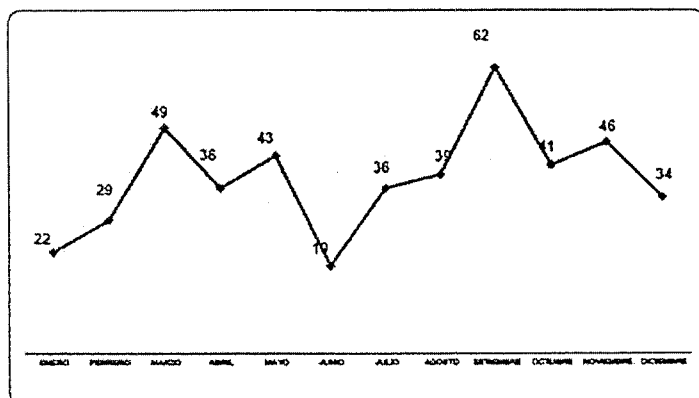
REGIONES	MESES												TOTAL		
	ENERO	FEBRERO	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO	JULIO	AGOSTO	SEPTIEMBRE	OCTUBRE	NOVIEMBRE	DICIEMBRE		AGRAUO	
AMAZONAS	2	-	-	-	1	-	-	-	-	-	-	-	2	6.53	
ANCAH	1	2	-	-	-	-	-	1	-	-	-	-	6	2.34	
APURIMAC	-	2	-	-	-	-	-	-	3	1	-	-	6	2.36	
AREQUIPA	2	-	-	1	-	2	-	1	-	-	1	2	9	4.21	
AYACUCHO	-	-	-	-	-	1	-	-	-	-	-	-	1	2.34	
CALAMARCA	-	-	1	-	-	1	-	-	-	-	-	-	2	6.93	
CALLAO	1	2	2	1	-	1	1	-	-	2	1	-	12	5.81	
CUSCO	-	-	2	-	-	-	-	-	-	1	2	1	3	3.27	
HUANCAVELICA	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	1	2	6.93
HUANUCO	-	-	-	-	-	-	1	1	-	-	-	-	2	6.93	
ICA	-	-	-	-	-	-	-	1	-	-	-	-	1	6.47	
JUNIN	-	1	1	1	-	-	-	-	-	2	-	1	3	3.27	
LA LIBERTAD	2	1	1	-	1	3	1	7	2	2	1	-	21	9.81	
LAMBAYEQUE	-	2	1	-	-	-	-	1	2	-	-	-	3	3.27	
LIMA METROPOLITANA	2	15	8	4	6	23	1	20	3	2	3	8	82	42.36	
LIMA	1	-	1	-	2	1	3	2	1	-	1	-	12	6.47	
LORETO	-	-	-	-	1	-	-	-	-	-	-	-	1	6.47	
MOLSEQUE	-	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	6.47	
PASCO	-	-	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	6.47	
PIURA	1	1	-	1	2	-	1	-	1	1	-	-	6	4.21	
PUÑO	-	-	-	-	-	-	-	1	-	-	-	-	1	6.47	
SAN MARTIN	-	-	1	-	2	-	1	1	-	-	-	-	6	2.34	
TACNA	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	1	6.47	
UCAYALI	-	-	-	-	-	-	-	-	1	-	-	-	1	6.47	
TOTAL	12	23	24	8	13	29	11	26	11	13	16	42	254	116.68	



FUENTE: MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO - SISTEMA DE ACCIDENTES DE TRABAJO - SAT
ELABORADO: OCECIC / OFICINA DE ESTADÍSTICA

NOTIFICACIONES DE INCIDENTES PELIGROSOS, SEGÚN MESES
2021

MESES	NOTIFICACIONES DE INCIDENTES PELIGROSOS	
	ABSOLUTO	%
ENERO	22	4.62
FEBRERO	29	6.36
MARZO	49	10.75
ABRIL	36	7.89
MAYO	43	9.43
JUNIO	19	4.17
JULIO	36	7.89
AGOSTO	39	8.55
SEPTIEMBRE	62	13.60
OCTUBRE	41	8.99
NOVIEMBRE	46	10.09
DICIEMBRE	34	7.46
TOTAL	456	100.00



FUENTE: MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO - SISTEMA DE ACCIDENTES DE TRABAJO
ELABORADO: OGETIC / OFICINA DE ESTADÍSTICA

Como se observa, en la primera gráfica referente a las notificaciones de accidentes de trabajo por meses, hubo un registro total de 27 767 notificaciones. Lo cual indica una alta incidencia de accidentes laborales, siendo la región con mayor registro la de Lima Metropolitana⁸.

Por su parte, el registro de notificaciones de accidentes mortales fue de 214, coincidiendo también en que Lima Metropolitana fue la región con mayores notificaciones, llegando a una cifra de 42.99%

⁸ Se menciona a Lima Metropolitana para resaltar que existen regiones donde la exposición a riesgos laborales es alta y se requiere atender los niveles de precarización de SST.

Por último, en cuanto a las notificaciones de incidentes peligrosos, se registraron 456 notificaciones en el año 2021. En este caso los datos fueron medidos por meses.

Siendo así, hay una alta incidencia en accidentes e incidentes, que no debe pasar desapercibida. Si bien las sanciones administrativas cumplen con multar a la empresa -o empleador- en caso se realice un incumplimiento de las disposiciones, las cifras alertan que hay una exposición presente y alarmante de los trabajadores o el personal que se encuentre en el centro de trabajo.

Esto debe ser atendido con la tutela que le corresponde, que es la penal al tratarse de la protección de los bienes de la vida y la salud. De esa manera, se reconoce que la exposición de los trabajadores y el personal contratista -u otro grupo que alcance el delito como sujeto de protección- no debe ser analizado únicamente como una infracción, sino también desde el incumplimiento del comportamiento diligente que debe tener todo empleador y señala la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo.

Finalmente, a partir de lo expuesto, resulta necesaria la modificación del artículo 168-A del Código Penal, puesto que armoniza el tipo penal con la normativa laboral vigente, expandiendo la responsabilidad a los sujetos que les corresponde y ofreciendo una tutela de protección adecuada de la vida y la salud, al personal que es trabajador como no pero que se encuentra en el centro de trabajo, y se contempla como un grupo expuesto al riesgo.

II. EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA PROPUESTA

La presente iniciativa legislativa tiene como finalidad agregar elementos al delito tipificado en el artículo 168-A del Código Penal para que la conducta prohibida no se perfeccione en alcances generales, y a su vez, se amplíe el alcance de los sujetos pasivos, de acuerdo con la actual normativa de seguridad y salud en el trabajo.

En ese sentido, tal cual se desarrolla en el apartado anterior, se puede observar que la propuesta de modificación precisa el supuesto de hecho y la conducta prohibida del tipo penal, lo cual le permite extender la responsabilidad a los sujetos que les corresponde y ampliar la protección al personal contratista u otro que se encuentre en el centro de trabajo. A continuación, la comparación entre el artículo actual y la propuesta de texto:

CÓDIGO PENAL	TEXTO MODIFICADO
<p>Artículo 168-A.- Atentado contra las condiciones de seguridad y salud en el trabajo</p> <p>El que, deliberadamente, infringiendo las normas de seguridad y salud en el trabajo y estando legalmente</p>	<p>Artículo 168-A.- Atentado contra las condiciones de seguridad y salud en el trabajo</p> <p>El que, infringiendo las medidas de seguridad y salud en el trabajo contenidas en las normas legales,</p>



<p>obligado, ponga en peligro inminente la vida, salud o integridad física de sus trabajadores de forma grave, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.</p> <p>Si, como consecuencia de la inobservancia deliberada de las normas de seguridad y salud en el trabajo, se causa la muerte del trabajador o terceros o le producen lesión grave, y el agente pudo prever este resultado, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años en caso de muerte y, no menor de tres ni mayor de seis años en caso de lesión grave.</p>	<p>documentos de gestión de seguridad y salud en el trabajo, convenio colectivo o contrato de trabajo, y estando legal o convencionalmente obligado, ponga en peligro la vida, integridad corporal, o salud física o mental del trabajador, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.</p> <p>Si, como consecuencia de la inobservancia de las medidas de seguridad y salud, causa la muerte del trabajador o cualquiera de aquellos que, no teniendo vínculo laboral, prestan servicios o se encuentran dentro del ámbito del centro de trabajo; o le produce lesiones graves, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años en caso de muerte, y no menor de tres ni mayor de seis años en caso de lesiones graves.</p> <p>En el caso de las personas jurídicas, tendrán responsabilidad penal los gerentes generales de hecho o derecho, o administradores de hecho o derecho, siempre que garantizar la seguridad y salud en el trabajo sea parte de sus funciones y se determine que por su incumplimiento se generaron los hechos previstos en los párrafos anteriores.</p>
---	---

III. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

La presente iniciativa legislativa no genera costos económicos al erario nacional por cuanto no tiene efectos en el presupuesto de las entidades públicas más que el ya asignado. De hecho, la propuesta busca que el delito de atentado contra las condiciones de seguridad y salud en el trabajo determine con mayor exactitud la conducta prohibida, de manera que exista tutela reforzada de los bienes jurídicos de la vida y salud, al tratarse de un delito especial.

Del mismo modo, se fortalece la cultura de prevención propia del derecho a la seguridad y salud en el trabajo, entendiendo que por la naturaleza de los bienes jurídicos involucrados -vida y salud- es necesario que también exista una sanción penal además de la administrativa.

Finalmente, la presente iniciativa legislativa va en línea con el reconocimiento de la seguridad y salud en el trabajo como derecho fundamental por parte de la Organización Internacional del Trabajo. Al agregar elementos que refuercen la tutela, también se asume el compromiso a nivel internacional en materias de derechos fundamentales laborales.

IV. RELACIÓN CON LA AGENDA LEGISLATIVA Y LAS POLÍTICAS DE ESTADO Y DE ACUERDO NACIONAL

La presente iniciativa legislativa se vincula con la decimocuarta Política de Estado del Acuerdo Nacional, relativa al Acceso al Empleo Pleno, Digno y Productivo, la misma que señala:

"Nos comprometemos a promover y propiciar, en el marco de una economía social de mercado, la creación descentralizada de nuevos puestos de trabajo, en concordancia con los planes de desarrollo nacional, regional y local. Asimismo, nos comprometemos a mejorar la calidad del empleo, con ingresos y condiciones adecuadas, y acceso a la seguridad social para permitir una vida digna. Nos comprometemos además a fomentar el ahorro, así como la inversión privada y pública responsables, especialmente en sectores generadores de empleo sostenible.

Asimismo, guarda relación con el tema N° 53 "Mejora en los derechos y condiciones laborales" de la Agenda Legislativa para el Período Anual de Sesiones 2022-2023, aprobada mediante Resolución Legislativa del Congreso N° 002-2022-2023-CR.

Proyecto de Ley N° 5363/2022 - CR



JAIME QUITO SARMIENTO

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"



PROYECTO DE LEY QUE INCORPORA EL NUMERAL 14 DEL ARTÍCULO 170° DEL CÓDIGO PENAL

El Congresista de la República, **BERNARDO JAIME QUITO SARMIENTO**, integrante del Grupo Parlamentario **PERÚ LIBRE**, en uso de las facultades conferidas por el artículo 107° de la Constitución Política del Perú, y los artículos 22°, literal c), 67°, 74°, 75° y 76° del Reglamento del Congreso de la República, formula la siguiente propuesta legislativa:

I. FÓRMULA LEGAL:

LEY QUE INCORPORA EL NUMERAL 14 DEL ARTÍCULO 170° DEL CÓDIGO PENAL

Artículo 1. Objeto

La presente Ley tiene por objeto incorporar el numeral 14 del artículo 170 del Código Penal

Artículo 2. Incorporación del numeral 14 del artículo 170 del Código Penal

Se modifica el artículo 170 del Código Penal, en los siguientes términos:

"Artículo 170. Violación sexual

(...)

La pena privativa de libertad será no menor de veinte ni mayor de veintiséis años, en cualquiera de los casos siguientes:

(...)

14. Si la víctima se encuentra privada de su libertad en un establecimiento penitenciario u otra dependencia pública"

Flavio Cruz Mamani
UOCOTO

Zsacac Mita
Alamoca

Rafael A. Parinica
Melagros Ríos

Bernardo Jaime Quito Sarmiento
BERNARDO JAIME QUITO SARMIENTO
CONGRESISTA DE LA REPÚBLICA

Alex Flores
ALEX FLORES.

Kelly Patricia Arals

F. Cruz M
Laura M...
ARMA AGUIRRE
GUTIERREZ



CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Lima, **19** de **junio** de **2023**

Según la consulta realizada, de conformidad con el Artículo 77° del Reglamento del Congreso de la República: pase la Proposición N° **5363/2022-CR** para su estudio y dictamen, a la (s) Comisión (es) de:

1. JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS.

JAVIER ÁNGELES ILLMANN
Oficial Mayor
CONGRESO DE LA REPUBLICA

II. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS¹

La presente iniciativa legislativa tiene como objetivo proteger los derechos sexuales que le corresponden a las personas privadas de libertad dentro de una entidad pública, sea bajo detención, prisión preventiva, condena efectiva, o cualquier otra forma legal de privación de libertad.

El artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce el principio de dignidad humana, el cual también es reconocido por el artículo 1 de la Constitución. Asimismo, el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución reconoce el derecho de toda persona a la integridad moral, psíquica y física; mientras que el inciso 22 del artículo 139 establece el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

Según, el artículo 1 del Código de Ejecución Penal establece que el interno goza de los mismos derechos que el ciudadano en libertad sin más limitaciones que las impuestas por la ley y la respectiva sentencia.

Asimismo, el artículo 24 del Código de Ejecución Penal establece que el objeto del régimen disciplinario es la convivencia pacífica de los internos. Por otra parte, el artículo 122 del mismo cuerpo normativo establece que el órgano de seguridad penitenciaria debe proporcionar las condiciones óptimas para desarrollar acciones de tratamiento y aplicar medidas de seguridad de las personas.

Los establecimientos penitenciarios suelen tener graves dificultades para brindar las condiciones necesarias a fin de tratar adecuadamente a los infractores de la ley. Según la Comisión Episcopal de Acción Social, los establecimientos penitenciarios también carecen de un adecuado tratamiento rehabilitador, en consecuencia, deviene la inseguridad, violencia grupal e insalubridad, lo que, a su vez, acarrea la proliferación de las enfermedades psicológicas, infectocontagiosas y las de transmisión sexual, afectando física y psicológicamente a la población penitenciaria².

En ese contexto, la violencia sexual contra las personas privadas de libertad afecta su salud física y mental, y conlleva a diversos desordenes psicológicos. Como señalan Arias y De La Torre, estas conductas están inmersas en la comisión de un determinado delito, es decir, los principales problemas psicológicos y mentales que desarrollan los internos están vinculados con constantes conductas violentas que son perpetrados sobre ellos, dejando como consecuencia trastornos de personalidad, psicóticos, toxicomanías, celotipia, entre otros³.

¹ La presente exposición de motivos es un resumen del trabajo de investigación jurídica "Necesidad de regulación normativa y la prevención del abuso sexual entre internos del penal de Arequipa, 2022" realizado por Estrella Ordoñez Zapata, Christian Quiñones Velásquez, Gloria Quispe Kana, Katia Sanca Yucre y Rudy Leonor Eli Torres Hincho, en el marco del curso Clínica Jurídica I de la Facultad de Derecho de la Universidad Tecnológica del Perú. Sede Arequipa; quienes han solicitado formalmente a este Despacho Congresal viabilizar su propuesta de modificación del artículo 170 del Código Penal mediante una iniciativa legislativa.

² Comisión Episcopal de Acción Social. (2006). Informe Penitenciario. Una mirada al mundo carcelario peruano. Programa Justicia Penal y Penitenciaria, p. 70. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/23775.pdf>

³ Arias, W. L., Canales, F. R., & De la Torre, N. L. (2017). Características psicopatológicas en los reclusos del Penal de Socabaya de Arequipa (Perú). Anuario de Psicología Jurídica, p. 81. Recuperado de: <https://doi.org/10.1016/j.apj.2015.08.001>



Así, sostiene Castillo, no se toma en cuenta la salud de los internos, puesto que, por las condiciones carcelarias, las personas privadas de libertad son más susceptibles de contraer enfermedades contagiosas, como la tuberculosis, hepatitis, SIDA, entre otros. Además, todo establecimiento penitenciario debe priorizar la implementación de medidas de seguridad y salubridad, ya que ellos también tienen derecho a tener una vida digna, finalmente, también se debe priorizar una atención médica a todos los internos en general, para que tengan una buena salud física y mental⁴. Esto significa que es deber del Estado supervisar que se les brinde un tratamiento adecuado, con la finalidad de descubrir cualquier indicio de malos tratos, diagnosticar la presencia de cualquier enfermedad e informar sobre el tratamiento que se debe tomar.

La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito⁵ sostiene que, en cierta forma, resulta compleja la gestión de establecimientos penitenciarios aglomerados que acojan a distintos tipos de reclusos, usualmente, unos más peligrosos y violentos que otros, incluso, algunos presos necesitan contar con servicios de salud mental o tratamientos de drogodependencia. Por lo que resulta de vital importancia que las autoridades de los centros penitenciarios busquen y encuentren un balance entre la reinserción del preso y su seguridad dentro de la cárcel, puesto que se debe priorizar y garantizar el bienestar del reo, así como el respeto a sus derechos fundamentales

En cuanto a los fines de la pena privativa de la libertad, es necesario tener en cuenta que la prevención especial busca la imposición de las sanciones penales con la finalidad de evitar la comisión de futuros delitos que contravengan al ordenamiento jurídico, por lo tanto, se debe priorizar el cumplimiento de ciertas medidas de prevención y de seguridad, las cuales deben apuntar a la resocialización de la persona privada de libertad. Asimismo, de acuerdo con el artículo 139, inciso 22, de la Constitución, el régimen penitenciario debe considerarse como un fin sustancial los principios de reeducación, rehabilitación y resocialización. Por lo tanto, de acuerdo al ordenamiento jurídico, el objetivo principal en los sistemas penitenciarios es llevar a cabo de manera adecuada, los programas de tratamientos de, rehabilitación, reeducación y reincorporación del privado de libertad.

No obstante, lo señalado no se traduce en la realidad penitenciaria, es decir, no se cumplen necesariamente los fines de la pena. Como manifiesta Jaén, las cárceles a lo largo del tiempo, se han convertido en escuelas que fomentan el crimen, porque lejos de cumplir con los objetivos de los principios de la pena, se afianza la cultura delictiva, debido a que existen límites y carencias en las cárceles para desarrollar de manera correcta los programas de reinserción. Asimismo, la falta de un buen clima moral y social en el establecimiento penitenciario y el hacinamiento carcelario no permiten un adecuado control en cuanto a las acciones y actividades de las personas privadas de libertad.⁶ De esta manera, los mismos centros penitenciarios se convierten en un posible escenario físico de comisión de delitos.

En esa misma perspectiva, Paz Panduro establece que el hacinamiento carcelario trae consigo muchas desventajas que devienen en un problema estructural en los establecimientos penitenciarios, este es un elemento que hace difícil desarrollar estrategias

⁴ Castillo, P. C. (2012). El derecho de los reclusos y sentenciados a ocupar establecimientos adecuados, p. 3.

⁵ UNODC. Medidas privativas y no privativas de libertad. El sistema penitenciario. Manual de instrucciones para la evaluación de la justicia penal. 2010.

⁶ Jaén Gutiérrez, Carlos. Las penas privativas de la libertad: razones sobre su ineficacia.

adecuadas de prevención⁷. En consecuencia, el hacinamiento carcelario contraviene los derechos fundamentales de cada uno de los internos.

La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, afirma que resulta de vital importancia que, en los programas de reforma para las personas privadas de libertad, se promueva la necesidad de crear y desarrollar conciencia ciudadana en cuanto a las derivaciones a largo plazo que pueda acarrear las políticas penales estrictas que, como última instancia, no ayuden a edificar sociedades más seguras⁸.

En este contexto penitenciario, la violencia sexual al interior de los establecimientos penitenciarios constituye, actualmente, un serio problema pues se vulnera la libertad sexual, la salud y la vida de las personas privadas de libertad. Por otro lado, están las consecuencias de estos actos violentos, que pueden conllevar a la transmisión de enfermedades y tienen como secuela un problema de afectación moral y de la autoestima de la persona afectada.

De esta manera, se puede señalar que la comisión de actos delictivos al interior de los establecimientos de privación de libertad evidencia las fallas de las políticas de resocialización y el déficit de seguridad penitenciaria, pero, estos factores no eximen de una especial responsabilidad a los perpetradores de dichos delitos, aún más, cuando la situación de privación de libertad de las víctimas constituye un factor de alta vulnerabilidad.

Es necesario brindar un ambiente adecuado de carcelería y los fines pertinentes correspondiente a la pena. Según la Constitución, la finalidad de las sanciones carcelarias para los privados de libertad son la rehabilitación, reeducación y reinserción a la sociedad. De ahí que el Estado Peruano debe evaluar y establecer límites normativos a ciertas conductas reprochables que contravienen los derechos fundamentales al interior de los establecimientos penitenciarios.

Como señala Gutiérrez-Ramos, los bienes jurídicos protegidos en el delito de violación sexual son la libertad y la intangibilidad sexual; el primero es el derecho que tiene toda persona de autodeterminarse sexualmente y rechazar la intromisión a terceras personas cuando de por medio no exista consentimiento⁹.

En cuanto a la legislación internacional, en el ordenamiento jurídico de Estados Unidos, Ley de Eliminación de Violación en Prisión de 2003, Ley Pública 108-79, esta ley (denominada PREA por sus siglas en inglés) tiene como finalidad proteger a las personas privadas de libertad que sufran violaciones sexuales en prisión, debido a que, muchos reclusos han sido agredidos sexualmente en los últimos años. Se aplica en el ámbito de todas las instituciones públicas y privadas que albergan jóvenes y adultos privados de libertad, para detectar y controlar los abusos entre reclusos y aquellas en las que incurre indebidamente el personal de dichas entidades.

⁷ Paz Panduro, M. N. (2021). El hacinamiento en las cárceles del Perú afecta la dignidad humana. A propósito del Decreto Legislativo 1513 y la Covid-19. Universidad Católica Sedes Sapientiae, p. 95. Recuperado de: <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/el-hacinamiento-en-las-carceles-colombianas-es-de-20-a-marzo-segun-cifras-del-inpec-3133024>

⁸ UNODC

⁹ Gutiérrez - Ramos, M. (2019). Violencia Sexual en el Perú, p. 4. Recuperado de: <https://doi.org/https://doi.org/10.31403/rpgo.v6i7.2338>

Por su parte, el artículo 11 del Código Penal Civil General de regula los casos de violencia sexual e intimidación entre reclusos y los inmigrantes para prevenir este tipo de violencia y el régimen de aislamiento voluntario en donde se puedan acoger los presos que sientan amenaza de agresión o intimidación.

El Código Penal Suizo, en su artículo 192, establece que toda persona que, abusando de una relación de dependencia con una persona detenida, acusada o arrestada, a someterse a un acto sexual, es pasible de ser sancionado con una pena no superior a tres años o una sanción pecuniaria. Si bien no se trata, estrictamente, del delito de violación sexual, es claro que la norma específica la relación de relativa desprotección de las personas privadas de libertad en los delitos contra la libertad sexual.

III. EFECTO Y VIGENCIA DE LA NORMA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

De convertirse en ley, la presente iniciativa incorporará el numeral 14 al artículo 170 del Código Penal, estableciendo una nueva agravante al delito de violación sexual cuando la víctima se encuentre privada de libertad en un establecimiento penitenciario o cualquier otra dependencia pública. No se modifica, ni deroga ninguna norma del ordenamiento jurídico.

"Artículo 170. Violación sexual

(...)

La pena privativa de libertad será no menor de veinte ni mayor de veintiséis años, en cualquiera de los casos siguientes:

(...)

14. Si la víctima se encuentra privada de su libertad en un establecimiento penitenciario u otra dependencia pública"

IV. ANALISIS COSTO – BENEFICIO

De convertirse en ley, la presente propuesta legislativa genera gastos al Tesoro Público ni demanda recursos del presupuesto institucional de ninguna entidad pública. En cambio, su beneficio consiste en proteger el derecho de la libertad sexual, así como la salud física y psicológica de las personas privadas de libertad en cualquier dependencia pública que cautela a personas a las que se priva o restringe su libertad, por lo tanto, busca mantener la integridad personal y salvaguardar su libertad sexual.

V. VINCULACIÓN CON EL ACUERDO NACIONAL Y LA AGENDA LEGISLATIVA

La presente iniciativa legislativa guarda relación con la Política N° 28 del Acuerdo Nacional: Plena vigencia de la Constitución y de los derechos humanos y acceso a la justicia, específicamente, con la directriz:



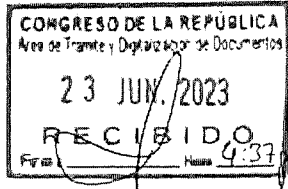
JAI ME QUITO SARMIENTO

“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres”

“(f) adoptará medidas legales y administrativas para garantizar la vigencia y difusión de la Constitución, afianzará el respeto irrestricto de los derechos humanos y asegurará la sanción a los responsables de su violación”¹⁰

La Política N° 28 del Acuerdo Nacional está incluida en el marco de políticas de la Agenda Legislativa del Periodo Anual de Sesiones 2022-2023, aprobada mediante Resolución Legislativa del Congreso 002-2022-2023-CR.

¹⁰ Acuerdo Nacional. Política N° 28. Recuperado de <https://acuerdonacional.pe/politicas-de-estado-del-acuerdo-nacional/politicas-de-estado/politicas-de-estado-castellano/iv-estado-eficiente-transparente-y-descentralizado/28-plena-vigencia-de-la-constitucion-y-de-los-derechos-humanos-y-acceso-a-la-justicia-e-independencia-judicial/>



CONGRESISTA CARMEN PATRICIA JUÁREZ GALLEGOS

“Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”
“Año de la unidad, la paz y el desarrollo”

**PROYECTO DE LEY QUE PENALIZA LA USURA
EXTORSIVA EN LOS PRÉSTAMOS GOTA A
GOTA**

El Grupo Parlamentario **FUERZA POPULAR**, a iniciativa de la Congresista de la República **CARMEN PATRICIA JUÁREZ GALLEGOS**, en ejercicio del derecho de iniciativa legislativa que confiere el artículo 107 de la Constitución Política del Perú, y de conformidad con los artículos 22 literal c), 67, 75 y 76 numeral 2 del Reglamento del Congreso de la República, propone el proyecto de ley siguiente:

FÓRMULA LEGAL

El Congreso de la República

Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE PENALIZA LA USURA EXTORSIVA EN LOS PRÉSTAMOS GOTA A GOTA

Artículo 1. Objeto de la ley

La presente ley tiene como objeto modificar el Código Penal, incorporando dentro de los delitos de extorsión, la modalidad de usura extorsiva, producto de los préstamos otorgados conocido coloquialmente como el gota a gota, regulando las distintas modalidades o cadena del ilícito establecido, fortaleciendo la lucha contra la criminalidad y generando un efecto disuasivo.

Artículo 2. Incorporar la modalidad de usura extorsiva en el delito de extorsión al Código Penal

Se incorpora el artículo 200-A en el Código Penal, aprobado por Decreto Legislativo N° 635, con la siguiente redacción:

“Artículo 200-A. Usura extorsiva

El que, con el fin de obtener una ventaja patrimonial, para sí o tercero, empleando cualquier forma para hacer constar la operación, ocultarla o disimularla; engañe, obligue o hace prometer, de manera personal, o por medios telemáticos o a través de aplicativos digitales, en la promoción, gestión, concesión, renovación, descuento o prórroga del plazo de pago, sobre un crédito otorgado que exceda el interés bancario corriente que estén cobrando los bancos y demás empresas del sistema nacional financiero, según certificación del ente regulador, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años y con cien a quinientos días-multa.



CONGRESISTA CARMEN PATRICIA JUÁREZ GALLEGOS

"Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"

"Año de la unidad, la paz y el desarrollo"

La pena será no menor de quince ni mayor de veinte años y con trescientos a seiscientos días-multa, cuando para obtener beneficio propio o de tercero, mediante violencia o amenaza o la utilización de cualquier medio ilícito de coacción, obliga a otro a dar, parcial o íntegramente, el pago que fue objeto de acuerdo crediticio relacionado en el párrafo anterior.

La pena será no menor de veinte ni mayor de treinta años e inhabilitación conforme a los numerales 4 y 6 del artículo 36, si la violencia o amenaza es cometida:

- a) A mano armada, o utilizando artefactos explosivos o incendiarios.*
- b) Participando dos o más personas; o,*
- c) El empleo de vehículos motorizados*
- d) Se causa lesiones leves a la víctima o de tercero con quien la víctima tenga vínculos familiares o de cercanía amical.*
- e) Se atente contra la propiedad mueble, inmueble o semoviente de la víctima o de tercero con quien la víctima tenga vínculos familiares o de cercanía amical.*

Será reprimido con pena privativa de libertad de cadena perpetua si la conducta descrita en el párrafo anterior cause la muerte o lesiones graves a la víctima, o de tercero con quien tenga vínculos familiares o de cercanía amical. También se aplicará similar pena privativa de libertad si el agente se vale de menores de edad."

Artículo 3. Adecuación de la modalidad delictiva de usura extorsiva

Se modifiquen los artículos 46-B, 46-C, 316, 317-A, 404, 405, 409-A y 417-A del Código Penal, aprobado por Decreto Legislativo N° 635, con la siguiente redacción:

"Artículo 46-B. Reincidencia

(...)

*El plazo fijado para la reincidencia no es aplicable a los delitos previstos en los capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo y en los artículos 107, 108, 108-A, 108-B, 108-C, 108-D; 121, segundo párrafo, 121-B, 152, 153, 153-A, 153-B, 153-C; 173, 173-A, 186, 189, 195, 200, **200-A**, 297, 317-A, 319, 320, 321, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal, el cual se computa sin límite de tiempo. En estos casos, el juez aumenta la pena en no menos de dos tercios por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, sin que sean aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional. Tampoco se aplica el plazo fijado para la reincidencia si el agente previamente beneficiado por una gracia presidencial o por una norma especial de liberación, incurre en nuevo delito doloso; en estos casos el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.*



CONGRESISTA CARMEN PATRICIA JUÁREZ GALLEGOS

"Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"
"Año de la unidad, la paz y el desarrollo"

(...)

Artículo 46-C. Habitualidad

Si el agente comete un nuevo delito doloso es considerado delincuente habitual, siempre que se trate por lo menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años. El plazo fijado no es aplicable para los delitos previstos en los capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo y en los artículos 107, 108, 108-A, 108-B, 108-C, 108-D; 121, segundo párrafo, 121-B, 152, 153, 153-A, 153-B, 153-C; 173, 173-A, 186, 189, 195, 200, 200-A, 297, 317-A, 319, 320, 321, 322, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal, el cual se computa sin límite de tiempo. Asimismo, tiene condición de delincuente habitual quien comete de tres a más faltas dolosas contra la persona o el patrimonio, de conformidad con los artículos 441 y 444, en un lapso no mayor de tres años.

(...)

Artículo 316. Apología

(...)

Si la exaltación, justificación o enaltecimiento se hace de delito previsto en los artículos 152 al 153-A, 200, 200-A, 273 al 279-D, 296 al 298, 315, 317, 318-A, 325 al 333, 346 al 350 o de los delitos de lavado de activos, o de la persona que haya sido condenada por sentencia firme como autor o partícipe, la pena será no menor de cuatro años ni mayor de seis años, doscientos cincuenta días multa, e inhabilitación conforme a los incisos 2, 4 y 8 del artículo 36 del Código Penal.

Artículo 317-A. Marcaje o reglaje

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años el que para cometer o facilitar la comisión de cualquiera de los delitos previstos en los artículos 106, 107, 108, 108-A, 121, 152, 153, 170, 171, 172, 173, 173-A, 175, 176, 176-A, 177, 185, 186, 188, 189, 200 o 200-A del Código Penal, acopia o entrega información, realiza vigilancia o seguimiento, o colabora en la ejecución de tales conductas mediante el uso de armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos idóneos.

(...)

Artículo 404.- Encubrimiento personal

(...)

Si el Agente sustrae al autor de los delitos previstos en los artículos 152 al 153-A, 200, 200-A, 273 al 279-D, 296 al 298, 315, 317, 318-A, 325 al 333; 346 al 350, en la Ley N° 27765 (Ley Penal contra el Lavado de Activos) o en el Decreto Ley N° 25475 (Establecen

Edificio Luis Alberto Sánchez Sánchez – Jirón Huallaga 398, Oficina 144 – Lima
Central Telefónica: 311-7777 Anexo: 7296



Firmado digitalmente por:
MIO YANO DELGADO Martha
Lupe FAU 20181740128 soft
Instituto. Soy el autor del
documento
Fecha: 23/06/2023 12:58:42-0500



CONGRESISTA CARMEN PATRICIA JUÁREZ GALLEGOS

“Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”
“Año de la unidad, la paz y el desarrollo”

la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio), la pena privativa de libertad será no menor de siete ni mayor de diez años y de ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa.

(...)

Artículo 405.- Encubrimiento real

El que dificulta la acción de la justicia procurando la desaparición de las huellas o prueba del delito u ocultando los efectos del mismo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años. Si el hecho se comete respecto a los delitos previstos en los artículos 152 al 153-A, 200, 200-A, 273 al 279-D, 296 al 298, 315, 317, 318-A, 325 al 333; 346 al 350 o en el Decreto Ley N° 25475 (Establecen la penalidad para los delitos de terrorismo o los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio), la pena privativa de libertad será no menor de siete ni mayor de diez años y de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.

Artículo 409-A.- Obstrucción de la justicia

(...)

Si el hecho se comete respecto en la investigación preliminar o proceso penal por delito previsto en los artículos 152 al 153-A, 200, 200-A, 296 al 298 o en la Ley N° 27765 (Ley Penal contra el Lavado de Activos), la pena privativa de libertad será no menor de cinco ni mayor de ocho años y de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.

Artículo 417-A.- Insolvencia provocada

(...)

Si el hecho se comete respecto a proceso por delito previsto en los artículos 152 al 153-A, 200, 200-A, 296 al 298, en la Ley N° 27765, Ley Penal contra el Lavado de Activos o en el Decreto Ley N° 25475 (Establecen la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio), será sancionado con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.”

Artículo 4. Vigencia de vigencia



Firmado digitalmente por:
JUAREZ GALLEGOS Carmen Patricia FAU 20181749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 23/08/2023 10:33:40-0500



Firmado digitalmente por:
ALEJANDRO ARELLANO Alejandro Arellano FAU 20181749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 23/08/2023 12:46:27-0500

Lima, junio de 2023.

CARMEN PATRICIA JUÁREZ GALLEGOS
Congresista de la República



Firmado digitalmente por:
JUAREZ GALLEGOS Carmen Patricia FAU 20181749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 23/08/2023 10:33:04-0500



Edificio Luis Alberto Sánchez Sánchez – Jirón Huallaga 398, Oficina 1440
Firmado digitalmente por:
GUERRA GARCIA CAMPOS Hernando FAU 20181749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 23/08/2023 10:41:42-0500



Firmado digitalmente por:
AGUINAGA RECUENCO Alejandro Arellano FAU 20181749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 23/08/2023 11:42:07-0500



CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Lima, **27** de **junio** de **2023**

Según la consulta realizada, de conformidad con el Artículo 77° del Reglamento del Congreso de la República: pase la Proposición N° **5474/2022-CR** para su estudio y dictamen, a la (s) Comisión (es) de:

1. JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS.

JAVIER ANGELES ILLMANN
Oficial Mayor
CONGRESO DE LA REPUBLICA

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I. PROBLEMÁTICA Y COYUNTURA QUE ORIGINA LA PRESENTE PROPUESTA

En los últimos años, debido a los beneficios que trae la estabilidad macroeconómica y política del país, tales como son un crecimiento económico sostenido, el aumento de la empleabilidad y la reducción de la pobreza, ha conllevado al ingreso de inmigrantes extranjeros, provenientes en su mayoría de Colombia y Venezuela en busca de mejores oportunidades de las que tienen en sus respectivos países de origen; sin embargo, no existió parte del Estado una política de control migratoria que haya permitido determinar si quienes ingresaban al país contaban con antecedentes por la comisión de ilícitos penales o si registraban alguna requisitoria penal vigente; ante esa descontrolada migración también se importaron conductas delictivas que los delincuentes colombianos y venezolanos han enquistado en el territorio nacional, formando bandas del crimen u organizaciones criminales dedicadas a la extorsión y el pago de cupos por medio de la violencia, entre ellos la modalidad de préstamo de dinero de fácil otorgamiento con altísimo intereses, conocido coloquialmente con el nombre de "gota a gota", "préstamos gota a gota", "prestadiano" o "prestafácil", por el cual los delincuentes ofrecen dinero fácil al público, colocando el crédito de manera rápida y sin mayores requisitos, lo cual resulta muy atractivo al principio, sin embargo a cambio cobran intereses excesivamente altos, por lo cual, los préstamos se vuelven imposibles de pagar con el transcurrir del tiempo, haciendo su aparición en ese momento los gestores de cobranza quienes ejecutan el cobro a través de diversas formas de intimidación, amenaza, coacción y hasta la violencia. Por lo general la Policía Nacional ha detectado que las víctimas son en su mayoría personas naturales y pequeños comerciantes.

Este tipo de modalidad extorsiva acompañado de la usura a gran escala ha venido creciendo a lo largo del territorio nacional, conforme lo señala la Policía Nacional del Perú, siendo en su mayoría conformado por bandas compuestas por extranjeros de nacionalidad venezolana y colombiana, incluso ya se han conformado bandas integradas por ciudadanos peruanos o mixtos en este ilícito negocio.

Se ha podido identificar toda una cadena de acciones para la constitución de esta modalidad extorsiva:

1. Se inicia con la promoción del crédito a través de avisos publicitarios en postes, veredas, paredes, mensajes de textos, anuncios en mercados, la entrega de tarjetas o volantes que dicen "ofrecemos dinero al toque", publicidad en los diarios, o en medios informáticos a través de las redes sociales que conducen a un aplicativo digital; siendo éste el primer paso donde a través del engaño el sujeto activo logra captar a la potencial víctima para que ingrese a este círculo de usura cuya finalidad es someterlo al pago de intereses leoninos en el tiempo.



Firmado digitalmente por:
CASTILLO RIVAS Eduardo
Enrique FAU 20181740120 soft
Ibvtivo: Soy el autor del
documento
Fecha: 23/08/2023 10:46:40-0500

Edificio Luis Alberto Sánchez Sánchez – Jirón Huallaga 398, Oficina 144 – Lima
Central Telefónica: 311-7777 Anexo: 7296

2. En segundo término, luego que la potencial víctima es captada, viene la gestión del crédito donde se ofrece el otorgamiento de una determinada suma de dinero, ni siquiera requieren garantía o fiador solidario, solicitándose tan solo el documento nacional de identidad y recibo de servicio público que acredite la dirección domiciliaria, así como el número de celular, obligándose a la víctima que descargue aplicaciones de tiendas en línea para acceder al dinero, lo cual permite ingresar a la información almacenada en el dispositivo móvil para ejecutar la cobranza mediante amenazas en caso no suceda el pronto pago; la característica principal del crédito otorgado es la excesiva tasa de intereses que hacen prometer a la víctima, los cuales serían impagables en el corto o mediano plazo, llegando hasta el 500% o más de interés anual.
3. Luego de la gestión se procede a la concesión o colocación del crédito ya sea entregando el dinero de manera física, mediante transferencia bancaria o a través de aplicaciones móviles en el celular de la víctima, dicho accionar puede ser ejecutado por la misma persona que promoció y/o gestione el crédito, o por un tercero; siendo parte de la cadena de usura extorsiva al colocar un monto dinerario que será muy difícil de pagar en el corto y mediano plazo, al obligar o hacer prometer a la víctima el pago de intereses excesivamente elevados, los mismos que se incrementan por cada día.
4. En caso la víctima deje de cumplir una cuota, entra a tallar el agente que hace la renovación de la deuda, esto es que automáticamente obliga o hace prometer al deudor a reiniciar los pagos desde cero, también conocido como el reseteo de la deuda.
5. En esta modalidad de delito, se evidencia que, desde la colocación del crédito, opera el descuento crediticio, que no es otra cosa que el pago a diario de los intereses sin que el saldo capital de la deuda pueda reducirse en el corto y mediano plazo, dependiente del dinero desembolsado. Posteriormente puede operar la prórroga del crédito; sin embargo, sería incurrir en un círculo vicioso que no sería otra cosa que pagar un sobre interés del propio interés de por sí elevado, haciendo imposible el pago de la deuda, beneficiando con creces a estas organizaciones dedicadas al ilegal negocio, con este dinero proveniente de economías ilegales o del lavado de activos.

De acuerdo con la Superintendencia Nacional de Banca, Seguros y AFPs, el promedio del interés financiero corriente es de 52% para préstamos personales de consumo, y del 39% para las microempresas¹. Por esta razón, se considerará usura un interés de una cifra muy superior.

Todo lo expuesto es parte de la etapa de la promoción, gestión y colocación del crédito a través del engaño, y obligar o hacer prometer el pago de intereses muy elevados; por lo que, ante el incumplimiento del pago de la deuda, la situación se agrava y es donde entran a tallar los cobradores o gestores de cobranza, quienes de manera personal o a través de terceros coaccionan al pago de los intereses a través de la intimidación o amenazas contra las víctimas,

¹ Consultado en el portal web de la SBS al 12/06/2023:

<https://www.sbs.gob.pe/app/pp/EstadisticasSAEEPportal/Paginas/TIActivaTipoCreditoEmpresa.aspx?tip=B>

ya sea a través de mensajes de textos al celular o yendo a su vivienda o centros de trabajo mediante vehículos motorizados empleando violencia verbal y/o física, bajo amenazas de agresiones físicas o de muerte en caso no opere el pago inmediato, incluso llegando a atentar contra la propiedad como mecanismo de cobranza, o ir al extremo de atentar contra familiares o amigos de la víctima para que paguen lo que debe la víctima teniendo en cuenta que dicha información ya lo maneja el cobrador al haberlo obtenido del propio celular del agraviado en el que se le obligó a instalar un dispositivo para obtener su información almacenada.

Por todo lo enunciado, resulta necesario plantear a una propuesta normativa que modifique el Código Penal vigente y se establezca la modalidad del delito de usura extorsiva con las agravantes señaladas en la fórmula legal, tanto para quienes actúen en la cadena de la colocación del crédito usurero, así como quienes actúen en la extorsión por el incumplimiento del pago, llegando hasta la amenaza de atentar contra la vida propia o de terceros, pudiéndose cerciorar que de acuerdo al observatorio criminal del Ministerio Público, desde el 2013 hasta el 2018 se registraron 30 336 denuncias por extorsión, de los cuales el 95.5% correspondían al presunto móvil de exigir una suma de dinero²; por lo que al incrementarse ésta modalidad delictiva el país, es que resulta necesario adoptar las medidas disuasivas correspondientes, como es su tipificación y persecución, para desincentivar su comisión.

II. JUSTIFICACION DE LA PROPUESTA

Establecimiento de la modalidad de usura extorsiva en el capítulo de extorsión del Código Penal:

El llamado “crédito gota a gota” es un préstamo de carácter informal, que se caracteriza por su inmediatez a la hora de desembolsarlo, atrayendo a personas en estado de necesidad que requieren el dinero con manera urgente, pero a cambio de una serie de condiciones agobiantes y plagado de irregulares, como es la devolución del dinero solicitado con intereses que son superiores de cinco hasta diez veces más del monto prestado.

Conforme al observatorio criminal señalado, se aprecia que las personas involucradas en éste tipo de delitos, en especial quienes se encargan de hacer la cobranza a través de llamadas telefónicas, la remisión de cartas, mensajes de texto, redes sociales o de manera presencial, con amenazas hacia la víctima, o atentando contra su integridad física o emocional, o en contra de terceros que mantienen algún vínculo con la víctima; por lo general son investigados y procesados por la modalidad de extorsión, tipificado en el artículo 200 del Código Penal; sin embargo, no sucede lo mismo con quienes promovieron, gestionaron, colocaron o renovaron el crédito con intereses muy elevados, aprovechándose del estado de necesidad de la víctima, quienes vienen siendo investigados y procesados por la comisión del delito de usura, tipificado en el artículo 214 del Código Penal, el mismo que tiene una sanción menor entre uno y tres

² [https://www.fiscalia.gob.pe/Docs/observatorio/files/extorsi%C3%B3n_\(1\)_rev.pdf](https://www.fiscalia.gob.pe/Docs/observatorio/files/extorsi%C3%B3n_(1)_rev.pdf)

años de pena privativa de libertad; en consecuencia, éstos últimos se acogerían a éste tipo penal cuya sanción no sería disuasivo y les permitiría seguir operando colocando este tipo de préstamos de manera informal, tal como vienen operando.

Al tipificarse este comportamiento criminal, como delito de usura extorsiva, se rompería la cadena del crédito, ya que la intimidación y/o ejecución violenta de la cobranza, solo es una arista, si se puede considerar como la parte más gravosa en este tipo de agiotismo, siendo la captación, gestión, colocación, así como la renovación, los demás elementos que al ser tipificados bajo esta modalidad dentro de nuestra legislación penal, bien podría generar un efecto disuasivo, si tomamos en cuenta que en Colombia, país desde donde se importó este accionar delictivo, en su código penal siguen considerando a este tipo penal como usura en el artículo 305³.

De acuerdo a los medios de comunicación colombianos, los prestamistas de dicho país ya tienen una red en 11 países de América Latina, incluido el Perú, pues las entidades judiciales aseguran que están estrechamente ligados al narcotráfico y al lavado de dinero⁴.

III. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

Como antecedente podemos apreciar que en el anterior período parlamentario se ha presentado la iniciativa del Poder Ejecutivo, recaído en el proyecto de ley 2029/2017-PE (19 de octubre de 2017), que propuso la implementación de acciones para la lucha contra la delincuencia común, para incorporar el delito de cobro coactivo en el Código Penal, cuyo dictamen fue elaborado y aprobado por la Comisión de Defensa Nacional, orden Interno, Desarrollo Alternativo y Luchas contra las Drogas; sin embargo, no logró ser sometido al debate y aprobación en su oportunidad ante el Pleno hasta el término de dicha legislatura.

IV. EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

A continuación, se recoge en un cuadro comparativo el efecto de la vigencia de la propuesta legislativa para modificar el Código Penal, de ser aprobada en sus exactos términos:

³ Código Penal Colombiano: “Artículo 305. USURA. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El que reciba o cobre, directo o indirectamente, a cambio de préstamo de dinero o por concepto de venta de bienes o servicios a plazo, utilidad o ventaja que exceda en la mitad del interés bancario corriente que para el período correspondiente estén cobrando los bancos, según certificación de la Superintendencia Bancaria, cualquiera sea la forma utilizada para hacer constar la operación, ocultarla o disimularla, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a noventa (90) meses y multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes. El que compre cheque, sueldo, salario o prestación social en los términos y condiciones previstos en este artículo, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento veintiséis (126) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) o seiscientos (600) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

⁴ <https://www.larepublica.co/opinion/editorial/gota-a-gota-quien-responde-2828841>

CONDICIÓN DE REINCIENCIA	CONDICIÓN DE HABITUALIDAD
<p>"Artículo 46-B. Reincidencia <i>El que, después de haber cumplido en todo o en parte una pena, incurre en nuevo delito doloso en un lapso que no excede de cinco años tiene la condición de reincidente. Tiene igual condición quien después de haber sido condenado por falta dolosa, incurre en nueva falta o delito doloso en un lapso no mayor de tres años.</i></p> <p><i>La reincidencia constituye circunstancia agravante cualificada, en cuyo caso el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.</i></p> <p><i>El plazo fijado para la reincidencia no es aplicable a los delitos previstos en los capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo y en los artículos 107, 108, 108-A, 108-B, 108-C, 108-D; 121, segundo párrafo, 121-B, 152, 153, 153-A, 153-B, 153-C; 173, 173-A, 186, 189, 195, 200, 297, 317-A, 319, 320, 321, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal, el cual se computa sin límite de tiempo. En estos casos, el juez aumenta la pena en no menos de dos tercios por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, sin que sean aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional. Tampoco se aplica el plazo fijado para la reincidencia si el agente previamente beneficiado por una gracia presidencial o por una norma especial de liberación, incurre en nuevo delito doloso; en estos casos el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.</i></p> <p><i>En los supuestos de reincidencia no se computan los antecedentes penales cancelados o que debieren ser cancelados, salvo en los delitos señalados en el tercer párrafo del presente artículo.</i></p>	<p>"Artículo 46-B. Reincidencia <i>El que, después de haber cumplido en todo o en parte una pena, incurre en nuevo delito doloso en un lapso que no excede de cinco años tiene la condición de reincidente. Tiene igual condición quien después de haber sido condenado por falta dolosa, incurre en nueva falta o delito doloso en un lapso no mayor de tres años.</i></p> <p><i>La reincidencia constituye circunstancia agravante cualificada, en cuyo caso el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.</i></p> <p><i>El plazo fijado para la reincidencia no es aplicable a los delitos previstos en los capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo y en los artículos 107, 108, 108-A, 108-B, 108-C, 108-D; 121, segundo párrafo, 121-B, 152, 153, 153-A, 153-B, 153-C; 173, 173-A, 186, 189, 195, 200, 200-A, 297, 317-A, 319, 320, 321, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal, el cual se computa sin límite de tiempo. En estos casos, el juez aumenta la pena en no menos de dos tercios por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, sin que sean aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional. Tampoco se aplica el plazo fijado para la reincidencia si el agente previamente beneficiado por una gracia presidencial o por una norma especial de liberación, incurre en nuevo delito doloso; en estos casos el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.</i></p> <p><i>En los supuestos de reincidencia no se computan los antecedentes penales cancelados o que debieren ser cancelados, salvo en los delitos señalados en el tercer párrafo del presente artículo.</i></p>
<p>Artículo 46-C. Habitualidad <i>Si el agente comete un nuevo delito doloso es considerado delincuente habitual, siempre que se trate por lo menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años. El plazo fijado no es aplicable para los delitos previstos en los capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo y en los artículos 107, 108, 108-A,</i></p>	<p>Artículo 46-C. Habitualidad <i>Si el agente comete un nuevo delito doloso es considerado delincuente habitual, siempre que se trate por lo menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años. El plazo fijado no es aplicable para los delitos previstos en los capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro</i></p>

<p>108-B, 108-C, 108-D; 121, segundo párrafo, 121-B, 152, 153, 153-A, 153-B, 153-C; 173, 173-A, 186, 189, 195, 200, 297, 317-A, 319, 320, 321, 322, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal, el cual se computa sin límite de tiempo. Asimismo, tiene condición de delincuente habitual quien comete de tres a más faltas dolosas contra la persona o el patrimonio, de conformidad con los artículos 441 y 444, en un lapso no mayor de tres años.</p> <p>La habitualidad en el delito constituye circunstancia cualificada agravante. El juez aumenta la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, salvo en los delitos previstos en los párrafos anteriores, en cuyo caso se aumenta la pena en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, sin que sean aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional. En los supuestos de habitualidad no se computan los antecedentes cancelados o que debieren estar cancelados, salvo en los delitos antes señalados.</p>	<p>Segundo y en los artículos 107, 108, 108-A, 108-B, 108-C, 108-D; 121, segundo párrafo, 121-B, 152, 153, 153-A, 153-B, 153-C; 173, 173-A, 186, 189, 195, 200, 200-A, 297, 317-A, 319, 320, 321, 322, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal, el cual se computa sin límite de tiempo. Asimismo, tiene condición de delincuente habitual quien comete de tres a más faltas dolosas contra la persona o el patrimonio, de conformidad con los artículos 441 y 444, en un lapso no mayor de tres años.</p> <p>La habitualidad en el delito constituye circunstancia cualificada agravante. El juez aumenta la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, salvo en los delitos previstos en los párrafos anteriores, en cuyo caso se aumenta la pena en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, sin que sean aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional. En los supuestos de habitualidad no se computan los antecedentes cancelados o que debieren estar cancelados, salvo en los delitos antes señalados.</p> <p>Artículo 200-A. Usura extorsiva El que, con el fin de obtener una ventaja patrimonial, para sí o tercero, empleando cualquier forma para hacer constar la operación, ocultarla o disimularla; engañe, oblique o hace prometer, de manera personal, o por medios telemáticos o a través de aplicativos digitales, en la promoción, gestión, concesión, renovación, descuento o prórroga del plazo de pago, sobre un crédito otorgado que exceda el interés bancario corriente que estén cobrando los bancos y demás empresas del sistema nacional financiero, según certificación del ente regulador; será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años y con cien a quinientos días-multa.</p> <p>La pena será no menor de quince ni mayor de veinte años y con trescientos a seiscientos días-multa, cuando para obtener beneficio propio o de tercero, mediante violencia o amenaza o la utilización de cualquier medio ilícito de coacción, obliga a otro a dar, parcial o íntegramente, el pago que fue objeto de</p>
---	--

<p>Artículo 316. Apología El que públicamente exalta, justifica o enaltece un delito o a la persona condenada por sentencia firme como autor o partícipe, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de un año ni mayor de cuatro años. Si la exaltación, justificación o enaltecimiento se hace de delito previsto en los artículos 152 al 153-A, 200, 273 al 279-D, 296 al 298, 315, 317, 318-A, 325 al 333, 346 al 350 o de los delitos de lavado de activos, o de la persona que haya sido condenada por sentencia firme como autor o partícipe, la pena será no menor de cuatro años ni mayor de seis años, doscientos cincuenta días multa, e inhabilitación conforme a los incisos 2, 4 y 8 del artículo 36 del Código Penal.</p> <p>Artículo 317-A. Marcaje o reglaje Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años el que para cometer o facilitar la comisión de</p>	<p>acuerdo crediticio relacionado en el párrafo anterior.</p> <p>La pena será no menor de veinte ni mayor de treinta años e inhabilitación conforme a los numerales 4 y 6 del artículo 36, si la violencia o amenaza es cometida:</p> <p>a) A mano armada, o utilizando artefactos explosivos o incendiarios.</p> <p>b) Participando dos o más personas; o.</p> <p>c) El empleo de vehículos motorizados</p> <p>d) Se causa lesiones leves a la víctima o de tercero con quien la víctima tenga vínculos familiares o de cercanía amical.</p> <p>e) Se atente contra la propiedad mueble, inmueble o semoviente de la víctima o de tercero con quien la víctima tenga vínculos familiares o de cercanía amical.</p> <p>Será reprimido con pena privativa de libertad de cadena perpetua si la conducta descrita en el párrafo anterior cause la muerte o lesiones graves a la víctima, o de tercero con quien tenga vínculos familiares o de cercanía amical. También se aplicará similar pena privativa de libertad si el agente se vale de menores de edad.</p> <p>Artículo 316. Apología El que públicamente exalta, justifica o enaltece un delito o a la persona condenada por sentencia firme como autor o partícipe, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de un año ni mayor de cuatro años. Si la exaltación, justificación o enaltecimiento se hace de delito previsto en los artículos 152 al 153-A, 200, 200-A, 273 al 279-D, 296 al 298, 315, 317, 318-A, 325 al 333, 346 al 350 o de los delitos de lavado de activos, o de la persona que haya sido condenada por sentencia firme como autor o partícipe, la pena será no menor de cuatro años ni mayor de seis años, doscientos cincuenta días multa, e inhabilitación conforme a los incisos 2, 4 y 8 del artículo 36 del Código Penal.</p> <p>Artículo 317-A. Marcaje o reglaje Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años el que para cometer o facilitar la comisión de</p>
---	--

cualquiera de los delitos previstos en los artículos 106, 107, 108, 108-A, 121, 152, 153, 170, 171, 172, 173, 173-A, 175, 176, 176-A, 177, 185, 186, 188, 189 o 200 del Código Penal, acopia o entrega información, realiza vigilancia o seguimiento, o colabora en la ejecución de tales conductas mediante el uso de armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos idóneos.

(...)

Artículo 404.- Encubrimiento personal

El que sustrae a una persona de la persecución penal o a la ejecución de una pena o de otra medida ordenada por la justicia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Si el Agente sustrae al autor de los delitos previstos en los artículos 152 al 153-A, 200, 273 al 279-D, 296 al 298, 315, 317, 318-A, 325 al 333; 346 al 350, en la Ley N° 27765 (Ley Penal contra el Lavado de Activos) o en el Decreto Ley N° 25475 (Establecen la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio), la pena privativa de libertad será no menor de siete ni mayor de diez años y de ciento ochenta a trescientos sesenticinco días multa.

Si el autor del encubrimiento personal es funcionario o servidor público encargado de la investigación del delito o de la custodia del delincuente, la pena será privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años.

Artículo 405.- Encubrimiento real

El que dificulta la acción de la justicia procurando la desaparición de las huellas o prueba del delito u ocultando los efectos del mismo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años. Si el hecho se comete respecto a los delitos previstos en los artículos 152 al 153-A, 200, 273 al 279-D, 296 al 298, 315, 317, 318-A, 325 al 333; 346 al 350 o en el Decreto Ley N° 25475 (Establecen la penalidad para los delitos de terrorismo o los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio), la pena privativa de libertad será no menor de siete ni mayor de diez años y de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.

cualquiera de los delitos previstos en los artículos 106, 107, 108, 108-A, 121, 152, 153, 170, 171, 172, 173, 173-A, 175, 176, 176-A, 177, 185, 186, 188, 189, 200 o 200-A del Código Penal, acopia o entrega información, realiza vigilancia o seguimiento, o colabora en la ejecución de tales conductas mediante el uso de armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos idóneos.

(...)

Artículo 404.- Encubrimiento personal

El que sustrae a una persona de la persecución penal o a la ejecución de una pena o de otra medida ordenada por la justicia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Si el Agente sustrae al autor de los delitos previstos en los artículos 152 al 153-A, 200, 200-A, 273 al 279-D, 296 al 298, 315, 317, 318-A, 325 al 333; 346 al 350, en la Ley N° 27765 (Ley Penal contra el Lavado de Activos) o en el Decreto Ley N° 25475 (Establecen la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio), la pena privativa de libertad será no menor de siete ni mayor de diez años y de ciento ochenta a trescientos sesenticinco días multa.

Si el autor del encubrimiento personal es funcionario o servidor público encargado de la investigación del delito o de la custodia del delincuente, la pena será privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años.

Artículo 405.- Encubrimiento real

El que dificulta la acción de la justicia procurando la desaparición de las huellas o prueba del delito u ocultando los efectos del mismo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años. Si el hecho se comete respecto a los delitos previstos en los artículos 152 al 153-A, 200, 200-A, 273 al 279-D, 296 al 298, 315, 317, 318-A, 325 al 333; 346 al 350 o en el Decreto Ley N° 25475 (Establecen la penalidad para los delitos de terrorismo o los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio), la pena privativa de libertad será no menor de siete ni mayor de diez años y de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.

Artículo 409-A.- Obstrucción de la justicia

El que mediante el uso de fuerza física, amenaza, ofrecimiento o concesión de un beneficio indebido, impide u obstaculiza se preste un testimonio o la aportación de pruebas o induce a que se preste un falso testimonio o pruebas falsas, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

Si el hecho se comete respecto en la investigación preliminar o proceso penal por delito previsto en los artículos 152 al 153-A, 200, 296 al 298 o en la Ley N° 27765 (Ley Penal contra el Lavado de Activos), la pena privativa de libertad será no menor de cinco ni mayor de ocho años y de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.

Artículo 417-A.- Insolvencia provocada

El responsable civil por un hecho delictivo que, con posterioridad a la realización del mismo y con la finalidad de eludir total o parcialmente el cumplimiento de la reparación civil correspondiente, realiza actos de disposición o contrae obligaciones que disminuyan su patrimonio, haciéndose total o parcialmente insolvente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos años ni mayor de cuatro.

La misma pena se aplicará a quien como representante de una persona jurídica, con posterioridad a la realización de un hecho delictivo, dispone de los bienes de su representada, con la finalidad de eludir total o parcialmente la imposición de una consecuencia accesoria en el proceso penal respectivo.

Si el hecho se comete respecto a proceso por delito previsto en los artículos 152 al 153-A, 200, 296 al 298, en la Ley N° 27765, Ley Penal contra el Lavado de Activos o en el Decreto Ley N° 25475 (Establecen la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio), será sancionado con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años."

Artículo 409-A.- Obstrucción de la justicia

El que mediante el uso de fuerza física, amenaza, ofrecimiento o concesión de un beneficio indebido, impide u obstaculiza se preste un testimonio o la aportación de pruebas o induce a que se preste un falso testimonio o pruebas falsas, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

Si el hecho se comete respecto en la investigación preliminar o proceso penal por delito previsto en los artículos 152 al 153-A, 200, 200-A, 296 al 298 o en la Ley N° 27765 (Ley Penal contra el Lavado de Activos), la pena privativa de libertad será no menor de cinco ni mayor de ocho años y de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.

Artículo 417-A.- Insolvencia provocada

El responsable civil por un hecho delictivo que, con posterioridad a la realización del mismo y con la finalidad de eludir total o parcialmente el cumplimiento de la reparación civil correspondiente, realiza actos de disposición o contrae obligaciones que disminuyan su patrimonio, haciéndose total o parcialmente insolvente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos años ni mayor de cuatro.

La misma pena se aplicará a quien como representante de una persona jurídica, con posterioridad a la realización de un hecho delictivo, dispone de los bienes de su representada, con la finalidad de eludir total o parcialmente la imposición de una consecuencia accesoria en el proceso penal respectivo.

Si el hecho se comete respecto a proceso por delito previsto en los artículos 152 al 153-A, 200, 200-A, 296 al 298, en la Ley N° 27765, Ley Penal contra el Lavado de Activos o en el Decreto Ley N° 25475 (Establecen la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio), será sancionado con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años."

V. ANÁLISIS COSTO – BENEFICIO

A continuación, se presentan los beneficios o ventajas y los costos o desventajas por cada sector o actor involucrado en la presente propuesta de reforma constitucional:

CUADRO DE ANÁLISIS COSTO – BENEFICIO

SECTORES / ACTORES PRINCIPALES	BENEFICIOS / VENTAJAS	COSTOS / PERJUICIOS
Poder Judicial	De ser aprobada la propuesta legislativa, el Poder Judicial a través de los juzgados penales, podrá administrar justicia procesándose éste tipo de ilícitos.	Ninguna.
Ministerio Público	El Ministerio Público, en su calidad de titular de la acción penal, podrá investigar de manera objetiva el delito de usura extorsiva con la finalidad de quebrar la cadena del crédito, y formular el respectivo requerimiento acusatorio.	Implementar las medias y estrategias de investigación para determinar el ilícito penal.
Policía Nacional del Perú	Al tipificarse el comportamiento delictivo, será más factible la persecución del delito por parte de la Policía Nacional del Perú, así como en su labor de prestar apoyo en la investigación del delito.	Se tendrá que adecuar los mecanismos y estrategias para el apoyo en la investigación del delito.
Ciudadanía	De ser aprobada la iniciativa legislativa, se mejorará la percepción ciudadana en la lucha contra la delincuencia y la inseguridad ciudadana.	No se percibe perjuicios directos para la ciudadanía.

VI. RELACIÓN DE LA INICIATIVA CON LA AGENDA LEGISLATIVA Y EL ACUERDO NACIONAL

La presente iniciativa legislativa tiene concordancia con las Políticas de Estado del Acuerdo Nacional, específicamente con la CUARTA política, referida al acuerdo 28 sobre acceso a la justicia. En ese sentido, es destacable su compatibilidad, en especial, con el acápite a), que se cita a continuación:



CONGRESISTA CARMEN PATRICIA JUÁREZ GALLEGOS

“Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”
“Año de la unidad, la paz y el desarrollo”

“Nos comprometemos a garantizar el acceso universal a la justicia, la promoción de la justicia de paz y la autonomía, independencia y el presupuesto del Poder Judicial así como regular la complementariedad entre éste y la justicia comunal. Asimismo, nos comprometemos a adoptar políticas que garanticen el goce y la vigencia de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales sobre la materia.

Con este objetivo el Estado: (a) promoverá la institucionalización de un Sistema de Administración de Justicia, respetando la independencia, la autonomía y el presupuesto del Poder Judicial, el Ministerio Público, el Consejo Nacional de la Magistratura y el Tribunal Constitucional, dentro de un proceso de modernización y descentralización del Estado al servicio del ciudadano; (b) promoverá la designación transparente de las autoridades judiciales, así como su valorización y permanente capacitación; (c) promoverá entre la justicia comunal y el Poder Judicial una relación que respete la interculturalidad y regulará las competencias, atribuciones y limitaciones de aquélla; (d) consolidará la regulación de la justicia de paz y la elección popular de los jueces de paz; (e) difundirá la conciliación, la mediación, el arbitraje y en general los mecanismos alternativos de resolución de conflictos; (f) adoptará medidas legales y administrativas para garantizar la vigencia y difusión de la Constitución, afianzará el respeto irrestricto de los derechos humanos y asegurará la sanción a los responsables de su violación; (g) establecerá mecanismos de vigilancia al correcto funcionamiento de la administración de justicia, al respeto de los derechos humanos, así como para la erradicación de la corrupción judicial en coordinación con la sociedad civil; (h) garantizará la cobertura nacional y el mejor funcionamiento de la Defensoría del Pueblo; e (i) fortalecerá las instancias de control interno de los órganos jurisdiccionales.”(énfasis nuestro)

Asimismo, la propuesta de reforma constitucional tiene concordancia con los objetivos de la Agenda Legislativa para el Período Anual 2022 - 2023, aprobada mediante Resolución Legislativa del Congreso N° 002-2022-2023-CR, del modo siguiente:

AGENDA LEGISLATIVA PARA EL PERÍODO ANUAL DE SESIONES 2022-2023		
ACUERDO NACIONAL		
OBJETIVOS	POLÍTICAS DE ESTADO	TEMAS / PROYECTOS DE LEY
IV. “ESTADO EFICIENTE, TRANSPARENTE Y DESCENTRALIZADO”	28. “PLENA VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LOS DERECHOS HUMANOS Y ACCESO A LA JUSTICIA E INDEPENDENCIA JUDICIAL”	99. “MODERNIZACIÓN EN EL SISTEMA DE JUSTICIA Y MODIFICACIONES A LOS PROCESOS Y TRÁMITES LEGALES”

Fuente: Resolución Legislativa del Congreso N° 002-2022-2023-CR. Parte pertinente.

¹ En: <https://acuerdonacional.pe/politicas-de-estado-del-acuerdo-nacional/politicas-de-estado/politicas-de-estado-castellano/i-democracia-y-estado-de-derecho/1-fortalecimiento-del-regimen-democratico-y-del-estado-de-derecho/> Consultado: 28 febrero 2023.



JORGE LUIS FLORES ANCACHI
Congresista de la República



PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULOS 189, ROBO AGRAVADO EN EL CÓDIGO PENAL, PARA ENDURECER LAS PENA POR ROBO DE VEHÍCULO AUTOMOTOR, SUS AUTOPARTES O ACCESORIOS

Proyecto de Ley

El Congresista de la República JORGE LUIS FLORES ANCACHI y los Congresistas que rubrican el presente documento, en ejercicio de sus facultades que le confiere el artículo 107° de la Constitución Política del Perú, y de conformidad con lo establecido en los artículos 75° y 76° del Reglamento del Congreso, presenta la siguiente iniciativa legislativa:

FÓRMULA LEGAL

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULOS 189, ROBO AGRAVADO EN EL CÓDIGO PENAL, PARA ENDURECER LAS PENA POR ROBO DE VEHÍCULO AUTOMOTOR, SUS AUTOPARTES O ACCESORIOS

Artículo 1.- OBJETO DE LA LEY

El objeto de la presente Ley es sancionar de forma drástica al delito de robo vehículos gran demanda; sancionados en el Artículos 189° del Código Penal; con el fin de mitigar el crecimiento alarmante del delito de robo de vehículos de gran demanda, por constituir una amenaza a la seguridad ciudadana.



REPUBLICA
PERU
CONGRESO
de la
REPUBLICA

200
Bicentenario

JORGE LUIS FLORES ANCAHI
Congresista de la República

ARTÍCULO 2.- MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 189 DEL CÓDIGO PENAL

modificar el artículo 189° del Código Penal, el que queda redactado de la siguiente manera:

ARTÍCULO 189°. - La pena será no menor de doce ni mayor de veinte años si el robo es cometido:

1. En inmueble habitado.
2. Durante la noche o en lugar desolado.
3. A mano armada.
4. Con el concurso de dos o más personas.
5. En cualquier medio de locomoción de transporte público o privado de pasajeros o de carga, terminales terrestres, ferroviarios, lacustres y fluviales, puertos, aeropuertos, restaurantes y afines, establecimientos de hospedaje y lugares de alojamiento, áreas naturales protegidas, fuentes de agua minero-medicinales con fines turísticos, bienes inmuebles integrantes del patrimonio cultural de la Nación y museos.
6. Fingiendo ser autoridad o servidor público o trabajador del sector privado o mostrando mandamiento falso de autoridad.
7. En agravio de menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor.

La pena será no menor de veinte ni mayor de treinta años si el robo es cometido:

1. Cuando se cause lesiones a la integridad física o mental de la víctima.
2. **Sobre vehículo automotor, sus autopartes o accesorios.**
3. Con abuso de la incapacidad física o mental de la víctima o mediante el empleo de drogas, insumos químicos o fármacos contra la víctima.
4. Colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica.
5. Sobre bienes de valor científico o que integren el patrimonio cultural de la Nación.

WWW.CONGRESO.GOV.PE

Teléfono: 01 222 42000

Jr. Huallaga N. 358, Oficina N° 306, Congreso de la República

Lima-Perú. Telf.: 311 1111 ANEXO 1222 Telf. 01 311 1222



PERU
CONGRESO
DE LA
REPÚBLICA

200
Bicentenario
de la Independencia

JORGE LUIS FLORES ANCACH
Congresista de la República

La pena será de cadena perpetua cuando el agente actúe en calidad de integrante de una organización criminal, o si, como consecuencia del hecho, se produce la muerte de la víctima o se le causa lesiones graves a su integridad física o mental.

DISPOSICIONES FINALES COMPLEMENTARIAS

PRIMERA. - VIGENCIA DE LA LEY

La presente Ley entra en vigencia al día siguiente de su publicación en el diario oficial el peruano.

SEGUNDA. – FINANCIAMIENTO


Las acciones contempladas en la presente Ley se financian con cargo al presupuesto institucional del Poder Judicial y el Ministerio Publico.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA DEROGATORIA

ÚNICAS. - NORMA DEROGATORIA

Deróguese o modifique todas las normas que se opongan a la presente Ley.

Lima, mayo de 2023.

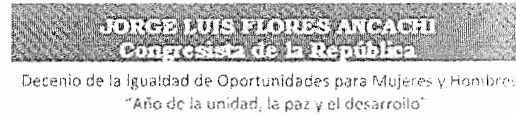
[Handwritten signatures and stamps]

JORGE LUIS FLORES ANCACH
 CONGRESISTA DE LA REPUBLICA


CONG. JOSE ALBERTO ARRIOLA TUEROS
 VOTERO TITULAR
 SANCAJA DEL GRUPO PARLAMENTARIO
 ACCION POPULAR

www.congreso.gob.pe
 Email: jlflores@congreso.gob.pe

Jr. Huallaga N. 358, Oficina N. 305, Congreso de la República
 Lima-Perú. Tel.: 311 7777 ANEXO 722 / Tel.: 3117222

[Handwritten signature]
Jose Alberto Arriola Tueros
 Congresista de la República



EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I. FUNDAMENTOS DE LA PROPUESTA.

El robo de vehículos ha sufrido un incremento en el país, debido al crecimiento demográfico, la migración de ciudadanos extranjeros que ingresan ilegalmente por nuestra frontera norte, el crecimiento del parque automotor, las facilidades con las que cuentan los ciudadanos para acceder a un vehículo cero kilómetros, así como por las jugosas ganancias que obtienen los delincuentes por comercializar vehículos robados, ya sea, vendiéndolos después de alterar sus números de identificación, placas de rodaje y documentación original, desmantelándolos para vender sus autopartes y accesorios, extorsionando a los propietarios para exigirles cupos de dinero a cambio de devolverles sus unidades móviles; o para el empleo del vehículo en la comisión de otros delitos, como el robo de entidades bancarias, farmacias, tiendas comerciales, restaurantes, mini market's, secuestros al paso, sicariato, raqueteo, asalto a transeúntes, transporte de drogas, etc.; empleando para ello placas falsas y/o adulteradas, o clonadas de vehículos que no tiene ningún tipo de problemas con la justicia; para lograr la impunidad de sus actos ilícitos.

La delincuencia relacionada con los vehículos hace referencia al robo y tráfico con vehículos y al comercio ilícito de piezas de recambio. Estas actividades afectan a la propiedad personal, los negocios, la economía y la seguridad pública en todas las regiones del mundo.

El robo organizado de vehículos de motor, a parte de la preocupación inmediata para el propietario, tiene implicaciones financieras para las compañías de seguros, es dañina para la reputación de los fabricantes de automóviles y, en la mayoría de los casos, está vinculado a otras operaciones delictivas organizadas.

www.congreso.gob.pe

Email: jfloresa@congreso.gob.pe

Jr. Huallaga N° 356, Oficina N° 306. Congreso de la República

Lima-Perú. Tef.: 311-7777 ANEXO 7222 Tef. 01 3117222



JORGE LUIS FLORES ANCACHI
Congresista de la República

Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres
"Año de la unidad, la paz y el desarrollo"

Para los grupos delictivos organizados, la adquisición, envío y comercio con vehículos robados es una forma de obtener beneficios con pocos riesgos. A menudo se trafica con vehículos robados con el fin de financiar y llevar a cabo otras actividades delictivas como tráfico de estupefacientes, armas o personas, y terrorismo internacional. Además, el mercado ilícito de piezas de repuesto es una lucrativa fuente de ingresos para las organizaciones criminales que ofrece muchos usos prácticos. Este fenómeno no solo tiene un impacto económico en la industria, sino que también pone en riesgo a los conductores porque es más probable que las piezas de repuesto ilegales no cumplan con los estándares de seguridad generalmente aceptados.

En los últimos años, el uso de Internet ha aumentado significativamente la reventa de autopartes ilegales, lo que se ha convertido en una gran preocupación para los organismos encargados de hacer cumplir la ley, los fabricantes de automóviles, los reguladores y los organismos encargados de hacer cumplir la ley.

Que, como se tiene conocimiento público, diariamente la población peruana es afectada por constantes robos de sus vehículos, otros bienes muebles, y para ejecutar los ilícitos penales, la delincuencia atenta contra la vida de las personas, o causan lesiones graves a su integridad física o mental, para luego los vehículos, son negociados o adquiridos por los receptadores, que en el caso de vehículos son desmantelados o pretenden negociar con los propietarios solicitándoles sumas de dinero para que sean devueltos su vehículo, y en muchos casos son amenazados, chantajeados o extorsionados, y que lamentablemente, en algunos casos han participado efectivos policiales.

www.congreso.gob.pe

Email: jfloresa@congreso.gob.pe

Jr. Huallega N° 358, Oficina N° 306. Congreso de la República

Lima-Perú. Telf.: 311-7777 ANEXO 7222 Tef. 01 3117222

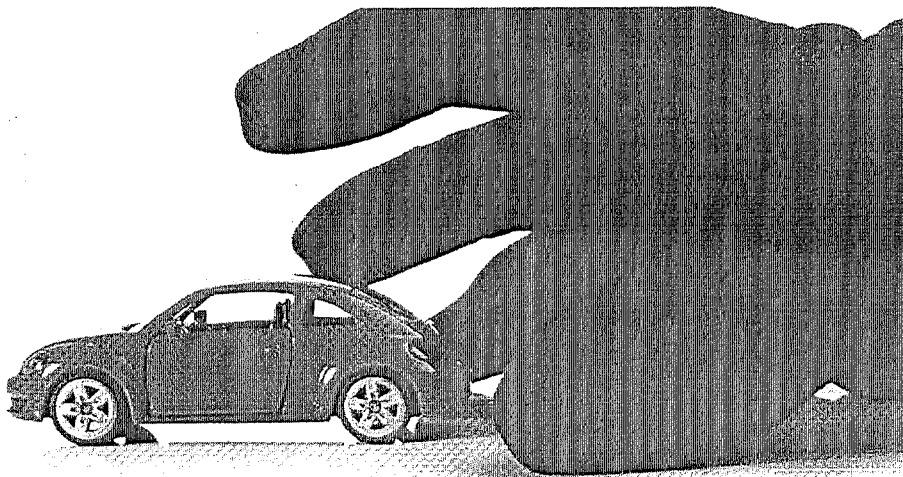


PERU
CONGRESO
de la
REPÚBLICA

200
Bicentenario
de la República

JORGE LUIS FLORES ANCACHI
Congresista de la República

Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres
"Año de la unidad, la paz y el desarrollo"



Fuente: <https://revistasiniestro.com.mx/2020/11/05/disminuyo-el-robo-de-autos-asegurados-un-17-4-en-los-ultimos-12-meses/>

1.1. ANTECEDENTES DE ROBO DE VEHÍCULOS EN EL PERU:

El hecho que diferentes organizaciones criminales, dedicadas al robo de vehículos vienen actuando en forma organizada, afectando al ciudadano; siendo necesario establecer medidas para prevenir e investigar el robo de vehículos, que viene afectando a esta población; determinándose si existe una falta de acción operativa del personal policial para contrarrestarla o si inciden diversos factores externos como la falta de apoyo del Ministerio Público o de las Autoridades Judiciales y/o los gobiernos locales, para así mejorar la tranquilidad de los habitantes de dicha zona de nuestra Capital. Asimismo, es necesario precisar el reducido número de trabajos de investigación relacionados al robo de vehículos.

Para el caso de la "clonación" de vehículos, los delincuentes toman los códigos del vehículo recién robado y lo transfieren en otro vehículo preparado para tal fin, para su ilegal comercialización, adquiriéndose oficialmente los documentos del vehículo clonado. Con esto, las organizaciones criminales legalizan la identidad del vehículo, poniéndolo en venta, pero a un menor costo.

www.congreso.gob.pe

Email: jfloresa@congreso.gob.pe

Jr. Huallaga N° 358, Oficina N° 306. Congreso de la República

Lima-Perú. Tef.: 311-7777 ANEXO 7222 Tef. 01 3117222



JORGE LUIS FLORES ANCACHI
Congresista de la República

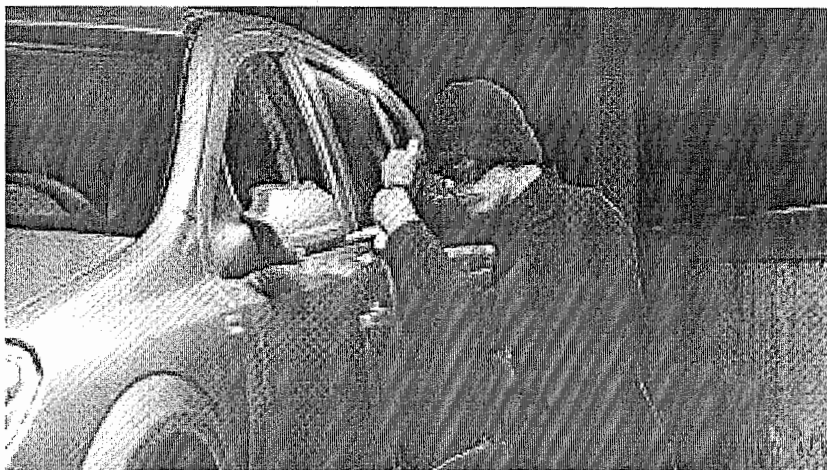
Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres
"Año de la unidad, la paz y el desarrollo"

La Policía cuenta con los datos desde los años 2014-2016, y en estos casos, existen 1462 vehículos con proceso en investigación procesados por la DIPROVE PNP, siendo el origen de este problema Ineficacia de la norma que debe obligar la gestión del certificado de identificación vehicular, expedido por la DIPROVE PNP¹

El grado de inseguridad vehicular del Perú con sede en la ciudad de Iquitos, durante el año 2018; donde concluyen que existe un alto grado de inseguridad en los estudiantes, puesto que al 17% de los estudiantes les han robado su vehículo menor dentro de la Universidad. Observándose un alto grado de inseguridad vehicular que afecta a los estudiantes, y la inquietud del 80% de encuestados al tener conocimiento de la gran cantidad de robos de motocicletas que se producen en dicha ciudad. Determinándose un alto grado de hechos delictivos que afectan la seguridad vehicular en los estudiantes, sobre todo en horas de la noche y en especial en la vía pública. Advirtiéndose un gran perjuicio e impacto económico en los estudiantes agraviados, debido a la inseguridad vehicular de la población estudiantil universitaria de la Universidad Científica del Perú de la ciudad de Iquitos.

Otra forma de lavar los vehículos robados, es adquirir en remate vehículos siniestrados con similares características y cambiar los datos de chasis y motor, obteniendo el duplicado de los documentos oficiales generándose la partida de nacimiento de un vehículo robado. Ante este panorama delictivo, surge la necesidad de determinar las razones del incremento del robo de vehículos en la jurisdicción del DIVPIRV-PNP, durante el año 2019, en perjuicio de sus habitantes, afectando la propiedad Vehicular y por consiguiente la seguridad ciudadana.

¹<http://repositorio.ulasamericas.edu.pe/bitstream/handle/upa/1900/TRABAJO%20DE%20INVESTIGACI%C3%93N%20DENNIS%20PINTO%20CONCLUIDO.pdf?sequence=3&isAllowed=y>



Fuente: Gilberto Mendoza Del Maestro <https://www.enfoquederecho.com/wp-content/uploads/2017/04/robo-de-veh%C3%ADculos.jpg>

1.2. ESTADÍSTICA DE ROBO DE VEHÍCULOS EN EL PERÚ:

Se han registrado 9.758 robos de vehículos a nivel nacional en los primeros siete meses del año 2022, según el reporte de la Policía Nacional a la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (Sunarp).

La delincuencia en el Perú continúa reportando altos índices de robos, asaltos, extorsiones y sicariato. El robo de vehículos es uno de los delitos que más se ha incrementado en los últimos meses.

De enero a julio del 2022 se ha registrado un total de 9.758 robos de vehículos a nivel nacional, según el reporte de la Policía Nacional a la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (Sunarp). Esto significa que, 46 vehículos son reportados como robados.

Por su parte, el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) informó que solo durante el 2021, 19 mil 991 vehículos fueron robados a nivel nacional. De esta cifra, 6.411 se registraron en Lima Metropolitana.



JORGE LUIS FLORES ANCACHI
Congresista de la República

Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres
"Año de la Unidad, la Paz y el Desarrollo"

De acuerdo a las estadísticas oficiales, entre el 2015 y el 2021 se reportaron un total de 125 mil 369 vehículos sustraídos.

DENUNCIAS POR ROBO DE VEHICULOS, SEGÚN DEPARTAMENTO, 2015 - 2021							
(Casos registrados)							
Departamento	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021
Total	16 501	17 544	18 106	19 084	20 159	13 984	19 991
Amazonas	44	47	58	153	24	171	396
Ancash	165	191	184	143	157	82	234
Apurímac	16	19	20	75	69	44	89
Arequipa	138	134	141	141	95	62	91
Ayacucho	308	260	309	100	170	234	476
Cajamarca	395	609	509	520	953	685	1 468
Prov. Const. del Callao	313	283	270	1 084	419	267	391
Cusco	93	59	438	130	194	257	188
Huancavelica	5	8	5	20	4	2	2
Huanuco	799	462	642	597	195	306	627
Ica	746	1 466	937	671	410	331	582
Junín	761	780	755	561	614	402	652
La Libertad	1 100	1 270	1 130	1 292	1 664	898	1 545
Lambayeque	662	287	225	1 205	1 114	756	960
Lima Metropolitana 1/ y Lima 2/	6 211	5 649	5 833	6 982	8 637	5 873	6 847
Lima Metropolitana 1/	8 031	5 527	6 411
Lima 2/	606	346	436
Loreto	1 741	2 062	2 138	2 519	2 605	1 095	1 797
Madre de Dios	730	465	811	544	585	47	436
Moquegua	13	15	23	13	19	16	14
Pasco	4	6	30	39	111	105	125
Piura	350	602	581	785	1 058	1 600	2 297
Puno	446	599	539	42	29	52	61
San Martín	194	338	737	1 048	584	440	285
Tacna	76	62	52	20	46	35	58
Tumbes	448	412	343	350	367	203	163
Ucayali	743	1 459	1 396	50	36	21	207

www.congreso.gob.pe

Email: jfloresa@congreso.gob.pe

Jr. Huallaga N° 358, Oficina N° 306, Congreso de la República

Lima-Peru. Tef.: 311.7777 ANEXO 7222 Tef. 01 3117222



JORGE LUIS FLORES ANCACHI
Congresista de la República

Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres
"Año de la unidad, la paz y el desarrollo"

Nota 1: El sector en los años 2015 al 2018 no tiene incorporada la desagregación en Lima Metropolitana (43 distritos) y Lima (comprende las provincias de: Barranca, Cajatambo, Canta, Cañete, Huaral, Huarochiri, Huaura, Oyón y Yauyos).



Fuente: <https://elcomercio.pe/lima/robo-vehiculos-alto-olivis-chorrillos-332115-noticia/>

Nota 2: En el año 2020, mediante Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, se declaró en Emergencia al país por la pandemia del COVID-19, estableciéndose la cuarentena obligatoria, el distanciamiento físico y la restricción de tránsito vehicular. Esta situación atípica ha cambiado la incidencia de los siniestros habituales, en consecuencia; la denuncia por robo de vehículos se ha reducido hasta un 70%.

1/ Denominación establecida mediante Ley N° 31140, las publicaciones estadísticas referidas a la Provincia de Lima se denominarán en adelante, Lima Metropolitana y comprende los 43 distritos.

2/ Denominación establecida mediante Ley N° 31140, las publicaciones estadísticas referidas a la Región Lima, se denominarán en adelante Departamento de Lima y

www.congreso.gob.pe

Email: jflores@congreso.gob.pe

Jr. Huallaga N° 358, Oficina N° 306, Congreso de la República

Lima-Perú. Tef.: 311.7777 ANEXO 7222 Tef.01 3117222



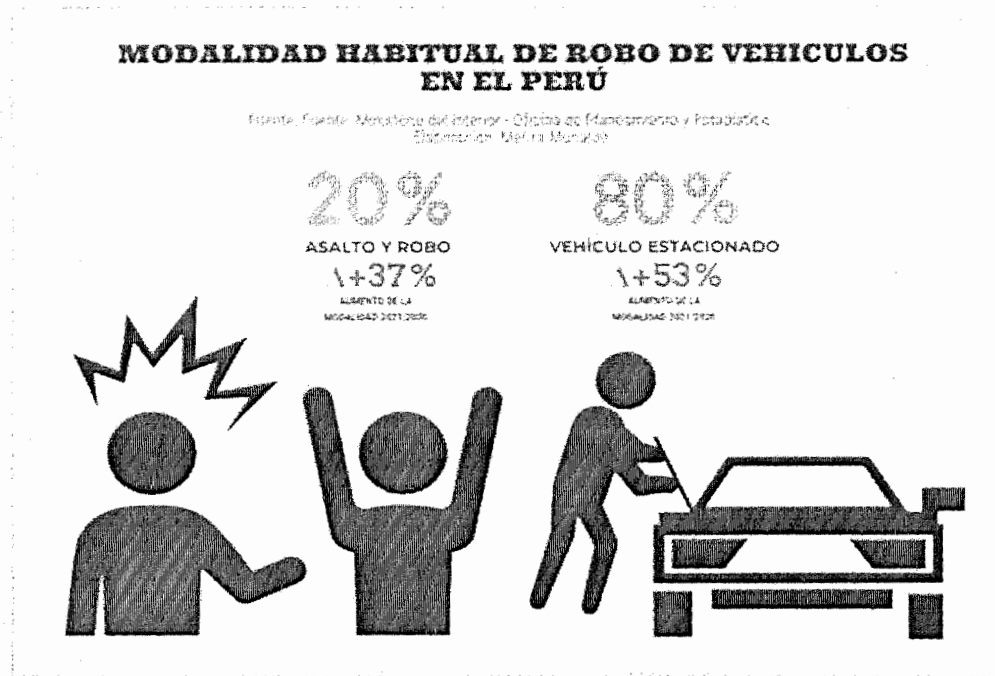
JORGE LUIS FLORES ANCACHI
Congresista de la República

Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres
"Año de la unidad, la paz y el desarrollo"

comprende las provincias de: Barranca, Cajatambo, Canta, Cañete, Huaral, Huarochirí, Huaura, Oyón y Yauyos.

Fuente: Ministerio del Interior (MININTER) - Oficina de Planeamiento y Estadística.²

Este panorama no solo refleja el robo de unidades vehiculares, sino la violencia con la que los delincuentes logran apropiarse de los vehículos, amedrentando a sus víctimas con armas de fuego.



Fuente: <https://www.revistaeconomia.com/en-el-2021-se-robaron-mas-de-1600-autos-por-mes-en-el-peru/>

²) <https://m.inei.gob.pe/estadisticas/indice-tematico/vehicle-theft/>



Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres
"Año de la unidad, la paz y el desarrollo"

1.3. IMPORTANCIA DEL PROYECTO LEY

La importancia de la presente iniciativa legislativa es endurecer la pena, ante la desigualdad punitiva que existe en el delito de robo agravado (robo de vehículos), puesto que origina una gran afectación patrimonial, las personas o familias que adquieren un vehículo muchas veces se endeudan, o utilizan sus ahorros de años para adquirir un vehículo nuevo o de segunda mano, siendo esto muchas veces utilizados como medio de trabajo, bien de uso familiar, o simplemente medio de transporte, pero en todos los casos hablamos de una gran pérdida patrimonial.

1.4. FUNDAMENTACIÓN LEGAL

- Constitución Política del Perú.
- Decreto Legislativo N° 635 – Código Penal.

II. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO.

La presente iniciativa legislativa, no requerirá ni generará gasto público adicional al Estado, ya que busca modificar el artículo 195 del Código Penal vigente, el cual desalentará el robo de vehículos, que provienen de la comisión del delito de robo agravado.

Por el contrario, la correcta aplicación de la norma que se pretende modificar, por lo que prestigiará al Estado, así como traerá beneficios tanto al agraviado del ilícito penal como al propio Estado, evitando injusticias, asimismo nuestros órganos jurisdiccionales podrán emitir sentencias justas y equitativas, acorde a la propuesta legislativa.

www.congreso.gob.pe

Email: jfloresa@congreso.gob.pe

Jr. Huallaga N° 358, Oficina N° 306. Congreso de la República

Lima-Perú. Tef.: 311-7777 ANEXO 7222 Tef. 01 3117222



JORGE LUIS FLORES ANCACHI
Congresista de la República

Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres
"Año de la unidad, la paz y el desarrollo"

III. VINCULACIÓN CON LA AGENDA LEGISLATIVA Y CON LAS POLÍTICAS DE ESTADO DEL ACUERDO NACIONAL.

El presente proyecto de ley se circunscribe y está alineada a las políticas de Estado determinadas por el Foro del Acuerdo Nacional. En específico concuerda directamente con las políticas:

Política de Estado I: DEMOCRACIA Y ESTADO DE DERECHO, que contienen la Séptima Política de Estado: ERRADICACIÓN DE LA VIOLENCIA Y FORTALECIMIENTO DEL CIVISMO Y DE SEGURIDAD CIUDADANA.

IV. EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La aprobación de la presente propuesta legislativa, no colisiona con ninguna norma vigente, en la legislación nacional; por el contrario, busca regular endureciendo la pena sobre el delito, se trata de bienes provenientes de la comisión del delito de robo agravado.

Asimismo, el presente Proyecto de Ley busca aclarar el texto del artículo 195 del Código Penal, separando el criterio y endureciendo la pena, de conformidad con la Constitución Política del Perú, el criterio desarrollado.

Finalmente, la iniciativa legislativa busca la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad, que son el fin supremo de la sociedad y del Estado. Asimismo, protege el derecho a la vida, a su integridad psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar de la persona.



Arq. **JORGE LUIS FLORES ANCACHI**
Congresista de la República

www.congreso.gob.pe

Email: jflores@congreso.gob.pe

Jr. Huallaga N° 358, Oficina N° 306, Congreso de la República

Lima-Perú. Tef.: 311-7777 ANEXO 7222 Tef. 01 3117222

Proyecto de Ley N° 5425/2022-CR



ISAAC MITA ALANOCA
Congresista de la República
"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"
"Año de la unidad, la paz y el desarrollo"

CONGRESO DE LA REPUBLICA
Mes de Junio - Día 21 de Junio de 2023
21 JUN. 2023
RECIBIDO
Firma: [Firma] Hora: 2:06 p

LEY QUE MODIFICA LOS ARTÍCULOS 304 Y 305 DEL CÓDIGO PENAL, SOBRE EL DELITO DE CONTAMINACION AMBIENTAL, PARA PROTEGER A LA POBLACION.

El grupo parlamentario Perú libre, a iniciativa del congresista Isaac Mita Alanoca, ejerciendo el derecho a iniciativa legislativa que les confiere el artículo 107 de la constitución política del Perú, y en concordancia con los artículos 22 inciso c) 67, 75 y 76 del reglamento del congreso de la república, propone el siguiente proyecto de ley.

FÓRMULA LEGAL

El Congreso de la Republica

Ha dado la siguiente Ley:

LEY QUE MODIFICA LOS ARTÍCULOS 304 Y 305 DEL CÓDIGO PENAL, SOBRE EL DELITO DE CONTAMINACION AMBIENTAL, PARA PROTEGER A LA POBLACION.

Artículo 1. Objeto y finalidad de la presente ley.

La presente ley tiene por objeto, modificar los artículos 304 y 305 del código penal para incrementar las penas por delito de contaminación ambiental, agravantes y días multa, con la finalidad de cuidar el ambiente y proteger a las poblaciones del territorio nacional.

Artículo 2. Modificación del artículo 304 del Código Penal.

Modifíquese, el artículo 304 del Código Penal, cuyo texto quedara redactado de la siguiente manera:

"Artículo 304.- Contaminación del ambiente

El que, realice descargas, emisiones, emisiones de gases tóxicos, emisiones de ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño grave al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco años ni mayor de ocho años y con doscientos a ochocientos días-multa.

Si el agente actuó por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de cuatro de años o prestación de servicios comunitarios de ochenta a ciento cuarenta".

Artículo 3.- modificación del artículo 305 del código penal.

Modifíquese, el artículo 305 del código penal, cuyo texto quedara redactado de la siguiente manera:

"Artículo 305.- Formas agravadas



CONGRESO
REPÚBLICA

ISAAC MITA ALANOGA
Congresista de la República

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"
"Año de la unidad, la paz y el desarrollo"

La pena privativa de libertad será no menor de siete ni mayor de diez años y con mil a tres mil días-multa si el agente incurre en cualquiera de los siguientes supuestos:

1. Falsea u oculta información sobre el hecho contaminante, la cantidad o calidad de las descargas, emisiones, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes referidos en el artículo 304, a la autoridad competente o a la institución autorizada para realizar labores de fiscalización o auditoría ambiental.
2. Obstaculiza o impide la actividad fiscalizadora de auditoría ordenada por la autoridad administrativa competente.
3. Actúa clandestinamente en el ejercicio de su actividad.
4. Desactiva o deja inactivas las áreas, labores, e instalaciones de una unidad minera sin contar o sin cumplir el respectivo Plan de Cierre de Minas aprobado.

Si por efecto de la actividad contaminante se producen lesiones graves o muerte, la pena será:


1. Privativa de libertad no menor de diez años ni mayor de doce años y con tres mil a cinco mil días multa, en caso de lesiones graves.
2. Privativa de libertad no menor de doce años ni mayor de catorce años y cinco mil a seis mil días-multa, en caso de muerte".

DISPOSICION FINAL


Única. La modificación de los artículos 304 y 305 del código penal, que incrementa la pena por delito de contaminación ambiental, agravantes y días multa, entrara en vigencia al día siguiente de publicada en el diario oficial el peruano.

Lima, junio de 2023.



Isaac Mita Alanoga

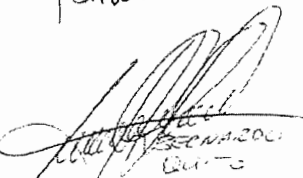

FLAVIO CRUZ MAMANI
VOCERO


F. Cruz M.


Kelly Portatituc Huab


Silvana Robles


ALEX FLORES


Kelly Portatituc Huab

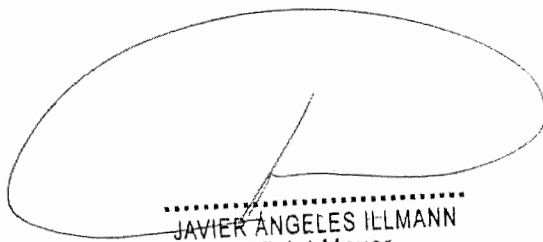


CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Lima, **22** de **junio** de **2023**

Según la consulta realizada, de conformidad con el Artículo 77° del Reglamento del Congreso de la República: pase la Proposición N° **5425/2022-CR** para su estudio y dictamen, a la (s) Comisión (es) de:

- 1. JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS.**



.....
JAVIER ANGELES ILLMANN
Oficial Mayor
CONGRESO DE LA REPUBLICA

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I. Fundamentos de la propuesta

Introducción

El presente Proyecto de ley tiene finalidad incrementar la pena, días multa, y se elimina el texto "el que, **infringiendo leyes, reglamentos o límites máximos permisibles**" para el **delito ambiental tipificado en el artículo 304 del código penal, seguidamente** incrementar la pena, días multa para la forma agravada del delito ambiental, tipificado en el artículo 305 del código penal. Conforme, el inciso 22 de artículo 2 de la Constitución Política del Estado reconoce, como derecho fundamental, el atributo subjetivo de "gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo" de la vida de la persona.

El ambiente se entiende como un sistema; es decir, como un conjunto de elementos que interactúan entre sí. Por ende, implica el compendio de elementos naturales (vivientes o inanimados) sociales y culturales existentes en un lugar y tiempo determinados, que influyen en la vida material y psicológica de los seres humanos. Por dicha razón, es objeto de protección jurídica y forma parte del bagaje de la tutela de los derechos humanos. El ambiente es concebido como el medio en el cual se encuentran contenidos todos los factores que hacen posible la existencia humana los demás seres vivos en su sana existencia y coexistencia.

El ambiente, entendido sistemáticamente como el conjunto de fenómenos naturales en que existen y se desarrollan los organismos humanos, encuentra en el comportamiento humano una forma de acción y de creación que condiciona el presente y el futuro de la comunidad humana. Nuestra Constitución apunta a que la persona pueda disfrutar de un entorno en simétrica producción, proporción y armonía acondicionada al correcto desarrollo de la existencia y convivencia. Desde una perspectiva práctica, y sin ánimo taxativo, un ambiente puede ser afectado por alguna de estas cuatro actividades:

- a) Actividades molestas: Son las que generan incomodidad por los ruidos o vibraciones, así como por emanaciones de humos, gases, olores, nieblas o partículas en suspensión y otras sustancias.
- b) Actividades insalubres: Se generan cuando se vierten productos al ambiente que pueden resultar perjudiciales para la salud humana.
- c) Actividades nocivas: Se generan cuando se vierten productos al ambiente que afectan y ocasionan daños a la riqueza agrícola, forestal, pecuaria o piscícola.

- d) Actividades peligrosas: Son las que ocasionan riesgos graves a las personas o sus bienes debido a explosiones, combustiones o radiaciones"¹

Según el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida humana, no solo constituye un atributo subjetivo del ser humano el vivir en un medio ambiente (pues todos vivimos en uno), sino que ese ambiente debe ser "equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida". Ello supone que, desde una perspectiva constitucional, se tenga que considerar el medio ambiente, con las características anotadas, como un componente esencial para el pleno disfrute de otros derechos que igualmente fundamentales y reconocidos por la Norma Suprema y los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Existe la obligación concurrente del Estado y de los particulares de mantener un ambiente equilibrado y adecuado, a fin de que la vida humana exista en condiciones ambientalmente dignas. Al reconocerse el derecho en mención, se pretende enfatizar que en el Estado social y democrático de derecho no solo se trata de garantizar la existencia física de la persona o cualquiera de los demás derechos que en su condición de ser humano le son reconocidos, sino también de protegerlo contra los ataques al medio ambiente en el que se desenvuelve esa existencia, para permitir que el desarrollo de la vida se realice en condiciones ambientales aceptables.

El Estado asume la obligación de abstenerse de realizar cualquier tipo de actos que afecten el medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida humana. Asimismo, tiene obligaciones destinadas a conservar el ambiente de manera equilibrada y adecuada, las que se traducen, a su vez, en un haz de posibilidades, entre las cuales puede mencionarse la de expedir normas destinadas a que desde diversos sectores se promueva la conservación del ambiente. Así, el papel del Estado no solo supone tareas de conservación, sino también de prevención. En efecto, por la propia naturaleza del derecho, dentro de las tareas de prestación que el Estado está llamado a desarrollar, especial relevancia tiene la tarea de prevención y, desde luego, la realización de acciones destinadas a ese fin.

Si el Estado no puede garantizar a los seres humanos que su existencia se desarrolle en un medio ambiente sano, estos sí pueden exigir del Estado que adopte todas las medidas necesarias de prevención que la hagan posible. En ese sentido, este Tribunal Constitucional estima que la protección del medio ambiente no es solo una cuestión de reparación frente a daños ocasionados, sino, y de manera especialmente relevante, de prevención para evitar que aquellos no sucedan. De este modo la protección del medio ambiente puede hacerse efectiva desde la previsión de medidas reactivas que hagan frente a los daños que ya se han producido, pasando por medidas que hagan frente a

Fuente recopilado y sistematizado ¹ <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/02775-2015-AA.pdf>

riesgos conocidos antes de que se produzcan (prevención), hasta medidas que prevean y eviten amenazas de daños desconocidos o inciertos (precaución).

El Estado puede afectar el derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado si es que, como consecuencia de decisiones normativas o prácticas administrativas que, por acción u omisión, en vez de fomentar la conservación del medio ambiente, contribuye a su deterioro o reducción y, en lugar de auspiciar la prevención contra el daño ambiental, descuida y desatiende dicha obligación. En buena cuenta el Estado está obligado a velar por la conservación y debida protección del derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado, procurando que el desarrollo económico y social sea compatible con las políticas que buscan salvaguardar las riquezas naturales y el medio ambiente de la Nación. Por ello, en el artículo 67 de la constitución se reconoce que el Estado determina la política nacional del ambiente y promueve el uso sostenible de sus recursos naturales. Señala también la constitución en su artículo 68, como deberes del Estado, entre otros, el de conservar la diversidad biológica y las áreas naturales.

En este orden de ideas, la protección del medio ambiente involucra aspectos relacionados con el manejo, uso, aprovechamiento y conservación de los recursos naturales, el equilibrio de los ecosistemas, la protección de la diversidad biológica, la conservación de las áreas de especial importancia ecológica, el desarrollo sostenible y la calidad de vida del hombre en condiciones dignas así como proteger a las poblaciones por ello se propone que este tipo de delito debería incrementar su figura delictiva".²

II. Análisis de la propuesta legislativa

2.1. Seguidamente haremos un comparativo del texto actual del artículo 304 del código penal, (Titulo XIII Delitos Ambientales, Capítulo I delito ambiental), con la propuesta de modificación del mismo artículo 304 que se plantea.

La propuesta normativa queda redactada en los términos siguientes:

Código penal	Proyecto de ley
<p>Artículo. - 304 delito ambiental El que, infringiendo leyes, reglamentos o límites máximos permisibles, provoque o realice descargas, emisiones, emisiones de gases tóxicos, emisiones de ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres,</p>	<p>Artículo. - 304 delito ambiental El que, realice descargas, emisiones, emisiones de gases tóxicos, emisiones de ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño grave</p>



<p>marítimas o subterráneas, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño grave al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de seis años y con cien a seiscientos días-multa.</p>	<p>al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco años ni mayor de ocho años y con doscientos a ochocientos días-multa.</p>
<p>Si el agente actuó por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de tres años o prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas.</p>	<p>Si el agente actuó por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de cuatro de años o prestación de servicios comunitarios de ochenta a ciento cuarenta jornadas.</p>

El bien jurídico protegido, en los delitos ambientales, previstos en el título XIII es el "medio ambiente".

Tipicidad objetiva: El que, realice descargas, emisiones, emisiones de gases tóxicos, emisiones de ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño grave al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental.

Tipicidad subjetiva. - es necesario como requisito el dolo o culpa.

Tentativa y consumación del delito. - el delito de contaminación ambiental, se consuma cuando se acredita la contaminación ambiental mediante informe técnico recibido por la autoridad competente o las que haga de él.

2.2 Justificación y proporcionalidad de incrementación de la pena por delito de contaminación ambiental e incrementación de días multa.

La incrementación de proporcionalidad de la pena y días multa, por el delito de contaminación ambiental, tiene como justificación proteger, salvaguardar a las poblaciones más vulnerables y al planeta, hecho que coincide con el LAUDATO SI "FRATELLI TUTTI" fue firmada por el Papa Francisco el 3 de octubre de 2020 en Asís. El texto se hizo público al día siguiente, el 4 de octubre", donde SE PRONUNCIA SOBRE EL ECOCIDIO "contaminación del ambiente" y cuestiona al poder judicial.

Seguidamente se elimina el texto que indica: "El que infringiendo leyes, reglamentos o límites máximos permisibles, provoque", por razones que ha

generado confusión al ministerio público como titular de la acción penal y al juzgador al momento de resolver, por pertenecer a una ley penal en blanco, y para alcanzar el objetivo de la justicia se tuvo que recurrir a otras teorías jurídicas y normas legales, **dicho texto eliminado va dirigido sobre todo al que infringe leyes reglamentos o límites máximos permisibles de contexto administrativo**, y tal circunstancia no puede condicionar, la tipicidad del tipo penal de contaminación ambiental.

- 2.3 Seguidamente haremos un comparativo del texto actual del artículo 305 del código penal, (Título XIII Delitos Ambientales, Capítulo I delito ambiental), con la propuesta de modificación del mismo artículo 305 que se plantea.

La propuesta normativa queda redactada en los términos siguientes:

Código penal	Proyecto de ley
<p>Artículo 305.- Formas agravadas La pena privativa de libertad será no menor de cuatro años ni mayor de siete años y con trescientos a mil días-multa si el agente incurre en cualquiera de los siguientes supuestos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Falsea u oculta información sobre el hecho contaminante, la cantidad o calidad de las descargas, emisiones, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes referidos en el artículo 304, a la autoridad competente o a la institución autorizada para realizar labores de fiscalización o auditoría ambiental. 2. Obstaculiza o impide la actividad fiscalizadora de auditoría ordenada por la autoridad administrativa competente. 3. Actúa clandestinamente en el ejercicio de su actividad. 4. Desactiva o deja inactivas las áreas, labores, e instalaciones de una unidad minera sin contar o sin cumplir el respectivo Plan de Cierre de Minas aprobado. <p>Si por efecto de la actividad contaminante se producen lesiones graves o muerte, la pena será:</p>	<p>Artículo 305.- Formas agravadas La pena privativa de libertad será no menor de siete ni mayor de diez años y con mil a tres mil días-multa si el agente incurre en cualquiera de los siguientes supuestos</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Falsea u oculta información sobre el hecho contaminante, la cantidad o calidad de las descargas, emisiones, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes referidos en el artículo 304, a la autoridad competente o a la institución autorizada para realizar labores de fiscalización o auditoría ambiental. 2. Obstaculiza o impide la actividad fiscalizadora de auditoría ordenada por la autoridad administrativa competente. 3. Actúa clandestinamente en el ejercicio de su actividad. 4. Desactiva o deja inactivas las áreas, labores, e instalaciones de una unidad minera sin contar o sin cumplir el respectivo Plan de Cierre de Minas aprobado.



<p>1. Privativa de libertad no menor de cinco años ni mayor de ocho años y con seiscientos a mil días-multa, en caso de lesiones graves.</p> <p>2. Privativa de libertad no menor de seis años ni mayor de diez años y con setecientos cincuenta a tres mil quinientos días-multa, en caso de muerte".</p>	<p>Si por efecto de la actividad contaminante se producen lesiones graves o muerte, la pena será:</p> <p>1. Privativa de libertad no menor de diez años ni mayor de doce años y con tres mil a cinco mil días multa, en caso de lesiones graves.</p> <p>2. Privativa de libertad no menor de doce años ni mayor de catorce años y cinco mil a seis mil días-multa, en caso de muerte".</p>
--	--

2.3 justificación de incrementación de la pena y días multa por su forma agravada del delito de contaminación ambiental.

Agravantes. - por la calidad del delito ambiental, se está incrementando las penas del código penal artículo 305 formas agravadas en general del delito de contaminación ambiental, así como también los días multa.

Si bien es cierto, el derecho penal surge como ultima ratio para reaccionar contra aquellos comportamientos que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos; al ser ultima ratio la sanción penal, ha de ser usada únicamente después que los otros mecanismos de control social han fracasado, es decir las normas penales han de ser subsidiarias a las demás. En ese sentido el derecho penal responde a la política criminal diseñada en la constitución de un determinado Estado, como mecanismo para controlar la existencia de comportamientos sociales desestabilizadores, sin embargo la realidad de la contaminación ambiental ha traspasado barreras de nada ha servido o muy poco sirvió, la tipificación actual, ha conllevado que las penas no sean con penas efectiva de cárcel, por el contrario ha permitido que se sostenga la contaminación ambiental, motivo por el cual vemos durante los medios de prensa escrita, radial, canales de televisión nacional e internacional y prensa alternativa como sigue aumentado la contaminación y con ello los cambios climatológicos, afectando gravemente a las poblaciones más vulnerables y al planeta, consecuencia de ello se presentan actualmente fenómenos naturales y muchas veces e impredecibles.

Como complemento de justificación incremento de la pena por contaminación ambiental y su forma agravada, se tuvo como parámetro a las penas impuestas al delito aduanero en la modalidad de contrabando y su forma agravada, sin embargo es necesario resaltar que son las mismas penas que se plantea en el presente proyecto, con la diferencia que en el delito aduanero el agraviado es el Estado, y en el delito de contaminación ambiental



En una carta enviada a la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal (AAPDDP) y difundida en los medios de comunicación, el papa Francisco reflexiona sobre el importante papel que desempeñan los expertos en Derecho Penal y hace un llamamiento a que éstos, además de que sean personas nutridas en formación técnica, sean sobre todo "personas apasionadas por la justicia, conscientes del gran deber que cumplen."

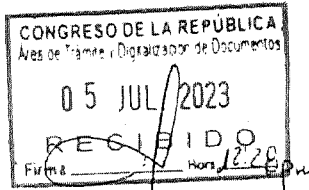
<https://stopecicidio.org/press-releases/el-papa-francisco-vuelve-a-pedir-la-incorporacin-del-ecocidio-como-quinta-categoria-de-crmenes-contra-la-paz>.

Lima, junio de 2023.



JUAN BARTOLOME BURGOS OLIVEROS

"Año de la unidad, la paz y el desarrollo"
"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"



**PROYECTO DE LEY QUE INCORPORA EL
DELITO DE TERRORISMO URBANO**

El congresista **JUAN BARTOLOME BURGOS OLIVEROS**, en ejercicio del derecho a iniciativa de formación de leyes que confiere el artículo 107° de la Constitución Política del Perú, y en concordancia con los artículos 22° inciso c), 67°, 74°, 75°, y, 76° del Reglamento del Congreso de la República, pone a consideración el siguiente Proyecto de Ley:

Fórmula legal

LEY QUE INCORPORA EL DELITO DE TERRORISMO URBANO

Artículo 1. Objeto y finalidad de la Ley

El objeto de la presente ley es incorporar el delito de terrorismo urbano, con la finalidad de reducir los índices de delincuencia y violencia, así como, garantizar la calidad de vida de los ciudadanos y la paz pública.

1

Artículo 2. Incorporación del artículo 315-B del Código Penal

Se incorpora el artículo 315-B del Código Penal en los siguientes términos:

"El que, de manera individual u organizada, indistintamente de su motivación o ideología, crea o mantiene un estado de inseguridad ciudadana en la población o una parte de ella a través de la delincuencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años.

La pena será no menor de treinta años, si se usan armas, artefactos explosivos o se genera la muerte de una persona".

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL

Única. Derogación

Quedan derogadas las leyes que se opongan o contradigan la presente.



Firmado digitalmente por:
BURGOS OLIVEROS Juan
Bartolome FAU 20181748128 soft
Intitvo: Soy el autor del
documento
Fecha: 05/07/2023 10:58:30-0500



CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Lima, **6** de **julio** de **2023**

Según la consulta realizada, de conformidad con el Artículo 77° del Reglamento del Congreso de la República: pase la Proposición N° **5525/2022-CR** para su estudio y dictamen, a la (s) Comisión (es) de:

- 1. JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS.**

.....
JAVIER ÁNGELES ILLMANN
Oficial Mayor
CONGRESO DE LA REPUBLICA



EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Fundamentación

La inseguridad ciudadana generada por la presencia de la violencia y la delincuencia es un problema recurrente y de larga data en nuestro país.

La delincuencia es un fenómeno muy complejo, pues no responde a criterios organizacionales ni a estrategias puntuales. Por ello, es considerado como un grave problema que agobia a las naciones en general, pues incluye diferentes delitos.

Hay que recordar que durante las décadas del 1980 a 2000, el Perú sufrió los efectos del fenómeno subversivo, que dio como resultado cerca de 30,000 muertos y unos 25 mil millones de dólares en pérdidas materiales.

Cuando en 1992, se produjo la captura del líder de Sendero Luminoso, se preveía una mejora en el escenario nacional. Sin embargo, la disminución de la violencia ideológica nos permitió visualizar un fenómeno que venía desarrollándose silenciosamente: la violencia delincencial. Desde entonces la percepción de inseguridad ciudadana se ha ido incrementando.

2

La inseguridad ciudadana se ha convertido en una constante preocupación tanto en Lima, como en los diferentes departamentos de nuestro país. Ello se grafica con establecido por el Barómetro de las Américas del Proyecto de Opinión Pública de América Latina, que indica que: "el Perú ocupa el sexto lugar de los países con mayor percepción de inseguridad con 46.7% por los resultados sobre experiencias vinculadas al crimen, la economía y la corrupción en la región".

La inseguridad ciudadana se define como la percepción o realidad de que los ciudadanos están expuestos a riesgos y amenazas en su entorno cotidiano. Estos riesgos pueden incluir delitos como robos, asaltos, homicidios, violencia doméstica, secuestros, entre otros.

La inseguridad ciudadana genera un impacto significativo en la calidad de vida de las personas, ya que afecta su sensación de seguridad, confianza y bienestar. Cuando los ciudadanos no se sienten seguros, es más probable que adopten comportamientos restrictivos, eviten ciertas áreas o actividades, y tengan una menor participación en la vida comunitaria.

Es importante destacar que la inseguridad ciudadana no solo tiene implicaciones individuales, sino también sociales y económicas. Puede afectar el desarrollo de una sociedad, debilitar la confianza en las instituciones y obstaculizar el progreso económico al disuadir la inversión extranjera y dañar la actividad comercial.

De acuerdo al Instituto de Estudios Peruanos (IEP), el 75% de ciudadanos se siente muy inseguro y teme ser víctima de un asalto, y, un 44% considera que la delincuencia es uno de los mayores problemas del país en la actualidad.

Esto se sustentaría en que, en nuestro país, el principal tipo de delincuencia que afecta a la población es el robo al paso (32%), seguido por el robo con amenaza (19%) y el robo con arma (18%). Los robos a las viviendas se ubican en un cuarto lugar (12%), seguido por la extorsión (8%).

3

Aunado a ello, en el vértice de la delincuencia urbana se encuentra la actividad de bandas conformadas por asaltantes de alta peligrosidad que generan un nivel de inseguridad alto que implica una mayor sofisticación para la preparación y ejecución de sus actos, el incremento en los niveles de violencia desplegados durante los mismos, y la disposición de armas con capacidad de fuego frecuentemente superior a la de los policías.

Si bien la pandemia provocó una disminución temporal en las tasas de delincuencia en 2020 y 2021, estas han aumentado radicalmente. Muestra de ello, es que, en el último año, se registraron alrededor de 700.000 víctimas de delitos adicionales en áreas urbanas.

Esta situación genera que población se sienta más amenazada que nunca por la delincuencia, los costos de seguridad, sin que las autoridades diseñen estrategias adecuadas para un problema latente y urgente.

De acuerdo al informe del año 2023 elaborado por el Instituto Nacional de estadística e Información, la percepción de inseguridad por tamaño de centros poblados urbanos es desalentadora. Lo cual se corrobora en el siguiente gráfico:

Cuadro N° 64
POBLACIÓN DE 15 Y MÁS AÑOS DE EDAD CON PERCEPCIÓN DE INSEGURIDAD EN LOS PRÓXIMOS DOCE MESES, POR TAMAÑO DE CENTROS POBLADOS URBANOS
Semestre: Setiembre 2022 - Febrero 2023
(Porcentaje)

Semestre móvil	Tamaño de centros poblados urbanos						
	Nacional urbano	De 2 mil a menos de 50 mil habitantes	De 50 mil a menos de 150 mil habitantes	De 150 mil a menos de 300 mil habitantes	De 300 mil a más habitantes	Lima Metropolitana ^{1/}	Prov. Const. del Callao
Sat 2020 - Feb 2021	83,1	74,4	77,7	80,3	80,1	91,3	87,7
Oct 2020 - Mar 2021	82,7	73,2	77,2	81,9	80,0	91,1	87,0
Nov 2020 - Abr 2021	82,3	72,3	77,1	81,9	79,9	90,3	87,3
Dic 2020 - May 2021	81,6	72,2	75,8	81,9	78,9	89,4	87,2
Ene 2021 - Jun 2021	82,0	73,0	75,8	82,3	78,4	90,1	87,2
Feb 2021 - Jul 2021	82,3	74,0	75,9	82,7	77,5	90,6	88,4
Mar 2021 - Ago 2021	83,0	74,6	75,9	84,7	78,2	91,2	89,8
Abr 2021 - Set 2021	83,6	75,1	77,2	84,3	78,4	91,8	90,5
May 2021 - Oct 2021	84,0	75,6	77,5	84,9	78,3	92,4	90,9
Jun 2021 - Nov 2021	84,4	75,2	78,7	84,7	79,4	93,0	91,2
Jul 2021 - Dic 2021	84,7	75,1	80,2	84,8	79,6	93,0	91,6
Ago 2021 - Ene 2022 P/	85,3	75,2	80,9	84,6	81,7	93,4	91,7
Sat 2021 - Feb 2022 P/	85,3	74,5	82,3	85,4	81,5	93,3	91,8
Oct 2021 - Mar 2022 P/	84,8	72,5	82,6	85,9	82,2	92,8	91,6
Nov 2021 - Abr 2022 P/	85,0	72,6	82,7	86,4	83,3	92,7	91,4
Dic 2021 - May 2022 P/	85,4	73,4	83,5	86,2	84,0	93,0	91,0
Ene 2022 - Jun 2022 P/	85,5	74,4	82,6	86,8	84,3	92,6	91,3
Feb 2022 - Jul 2022 P/	85,4	75,1	82,3	87,8	84,3	91,9	90,7
Mar 2022 - Ago 2022 P/	85,0	74,3	81,5	86,9	84,0	91,9	90,0
Abr 2022 - Set 2022 P/	85,0	73,5	81,4	87,7	84,4	91,9	88,9
May 2022 - Oct 2022 P/	84,3	72,8	79,9	87,7	83,8	91,2	88,2
Jun 2022 - Nov 2022 P/	83,7	73,2	79,4	88,8	82,4	90,1	87,9
Jul 2022 - Dic 2022 P/	83,0	71,8	78,7	88,1	82,1	89,4	87,6
Ago 2022 - Ene 2023 P/	82,9	70,7	79,7	88,0	82,1	89,4	88,0
Set 2022 - Feb 2023 P/	83,6	78,0	78,7	87,3	81,6	88,2	87,9
Diferencia con semestre similar del año 2020 (puntos porcentuales)							
Set 2020 - Feb 2021 /							
Set 2022 - Feb 2023 P/	0,5	1,6	1,0	7,0	1,5	-3,1	0,2
Diferencia con semestre similar del año 2021 (puntos porcentuales)							
Set 2021 - Feb 2022 P/							
Set 2022 - Feb 2023 P/	-1,7	1,5	-3,6	1,9	0,1	-5,1	-3,7

1/ Comprende los 43 distritos de la Provincia de Lima.

P/ Información preliminar.

Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática - Encuesta Nacional de Programas Presupuestales - ENAPRES.

La población de 15 a más años de edad que percibe que será víctima de algún hecho delictivo en Lima Metropolitana representa el 88,2%, en la Provincia Constitucional del Callao 87,9%, en centros poblados urbanos de 150 mil a menos a 300 mil habitantes 87,3% y en los centros poblados de 300 mil a más habitantes 81,6%. En tanto, en los centros poblados urbanos de 2 mil a menos de 50 mil y de 50 mil a menos de 150 mil habitantes, la percepción de inseguridad es el 76,0% y 78,7% respectivamente.

Comparada con los similares semestres móviles setiembre 2020 - febrero 2021 y setiembre 2021 - febrero 2022, el porcentaje de la población con percepción de inseguridad aumentó en los centros poblados de 150 mil a menos de 300 mil habitantes en 7,0 y 1,9 puntos porcentuales.

Por ello, para abordar la inseguridad ciudadana, es necesario implementar políticas integrales que incluyan aspectos como la prevención del delito, la aplicación efectiva de la ley, la rehabilitación y reintegración de delincuentes, así como la promoción de la participación ciudadana y la creación de entornos seguros.

Respecto a la prevención del delito y la aplicación efectiva de la ley, en la práctica podemos identificar que los tipos penales vigentes y sus sanciones no han logrado su finalidad, cual es la disuasión a la comisión del delito.

Por el contrario, de acuerdo a las estadísticas, el país vive una sensación de inseguridad tal que afecta sus derechos fundamentales, debido al incremento sostenido de la delincuencia que termina infundiendo mayor temor y zozobra en la sociedad.

De otro lado, hay que tener en cuenta que la tipificación de nuevas conductas como delictivas, requiere de la configuración de ciertos criterios como, por ejemplo:

- La evolución de las prácticas delictivas, puesto que con frecuencia los delincuentes se adaptan y desarrollan nuevas estrategias delictivas para aprovecharse de vacíos legales o lagunas en la legislación existente, por lo que es necesario abordar estas prácticas emergentes y proteger a la sociedad a través de la tipificación de nuevas conductas.
- La protección de derechos, pues existe una necesidad superior de proteger los derechos de las personas, sobre todo uno de naturaleza fundamental como lo es: la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad como fin supremo de la sociedad y del Estado, derecho fundamental consagrado en nuestra Constitución Política del Estado.
- Necesidad de mayor eficacia en la persecución penal, pues en algunos casos, la tipificación de nuevos delitos está destinada a fortalecer el marco legal y permitir una mejor persecución y sanción de ciertos comportamientos delictivos, lo que puede implicar la inclusión de elementos adicionales, agravantes o sanciones más severas para ciertos delitos.

5

Por lo antes expuesto, considerando los indicadores de inseguridad ciudadana antes mencionados, y teniendo en cuenta que la inseguridad ciudadana está generando un gran impacto en la calidad de vida de las personas, afectando su sensación de seguridad, confianza y bienestar, y, sobre todo vulnerando sus derechos fundamentales, es que consideramos que está plenamente justificada la tipificación del delito de terrorismo urbano, ya que servirá como un instrumento importante para garantizar la paz social.

Efecto de la vigencia de la norma sobre la legislación nacional

La presente iniciativa legislativa está formulada dentro del marco legal, pues pretende garantizar la aplicación de los derechos fundamentales como la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad como fin supremo de la sociedad y del Estado, así como, el derecho fundamental a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de vida de los ciudadanos.

6

Análisis costo beneficio

La presente iniciativa legislativa se resume el costo beneficio en el siguiente cuadro:

Beneficios	Costos
<ul style="list-style-type: none"> - Contribuye a la materialización del derecho fundamental de defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad como fin supremo de la sociedad y del Estado. - Contribuye a la materialización del derecho fundamental a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de vida de los ciudadanos, y, y la paz pública. - Genera un costo social positivo en la medida que se genera una sensación de seguridad y paz para con la ciudadanía. 	<ul style="list-style-type: none"> - Elaboración de nuevos programas para la reinserción social y la rehabilitación. - Aumento de la población penitenciaria.



JUAN BARTOLOME BURGOS OLIVEROS

"Año de la unidad, la paz y el desarrollo"
"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"

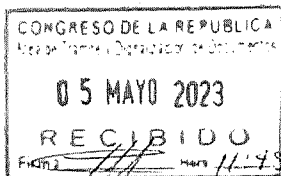
Vinculación con el acuerdo nacional

La presente iniciativa legislativa se encuentra enmarcada en las siguientes políticas de estado: Erradicación de la violencia y fortalecimiento del civismo y seguridad ciudadana (Política 07), y, Plena Vigencia de la Constitución y de los Derechos Humanos y Acceso a la Justicia e Independencia Judicial (Política 28).



JUAN BARTOLOME BURGOS OLIVEROS

"Año de la unidad, la paz y el desarrollo"
"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"



LEY QUE MODIFICA LA REDUCCIÓN DE PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y ESTABLECE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN PENAL Y LA PENA DE LOS DELITOS AMBIENTALES Y DELITOS CONTRA LOS PODERES DEL ESTADO Y EL ORDEN CONSTITUCIONAL

El congresista **JUAN BARTOLOME BURGOS OLIVEROS**, en ejercicio del derecho a iniciativa de formación de leyes que confiere el artículo 107° de la Constitución Política del Perú, y en concordancia con los artículos 22° inciso c), 67°, 74°, 75°, y, 76° del Reglamento del Congreso de la República, pone a consideración el siguiente Proyecto de Ley:

Fórmula legal

LEY QUE MODIFICA LA REDUCCIÓN DE PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y ESTABLECE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN PENAL Y LA PENA DE LOS DELITOS AMBIENTALES Y DELITOS CONTRA LOS PODERES DEL ESTADO Y EL ORDEN CONSTITUCIONAL

1

Artículo 1. Objeto de la Ley

El objeto de la presente ley es modificar la reducción de plazos de prescripción de la acción penal y establecer la imprescriptibilidad de la pena y la acción penal de los delitos ambientales y delitos contra los poderes del Estado y el orden constitucional.

Artículo 2. – Modificación del artículo 81 y 88-A del Código Penal

Se modifica el artículo 81 y 88-A del Código Penal en los siguientes términos:

Artículo 81.- Reducción de los plazos de prescripción

Los plazos de prescripción se reducen a la mitad cuando el agente tenga ~~menos de veintiún~~ más de sesenticinco años al tiempo de la comisión del hecho punible.

Artículo 88-A. Imprescriptibilidad de la pena y de la acción penal

La pena y la acción penal son imprescriptibles en los delitos previstos en los artículos 153, 153-A, 153-B y 153-C, en los capítulos IX, X y XI del Título IV, en los capítulos I, II y III del Título XIII, así como, en el capítulo I del Título XVI del libro segundo del Código Penal.



Firmado digitalmente por:
BURGOS OLIVEROS Juan
Bartolome FAU 2D161749128 soft
Motivo: Soy el autor del
documento
Fecha: 05/05/2023 11:21:03-0600

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Fundamentación

El Estado, tiene la potestad de prevenir y castigar las conductas delictivas con el fin de mantener la convivencia social y la seguridad pública, y con ese fin, establece normas penales y el procedimiento para investigar, juzgar y condenar.

Es allí donde el derecho penal, como expresión del *ius puniendi* del Estado, establece cuales son los bienes jurídicos susceptibles de protección penal, las conductas constitutivas de delitos y aquellas penas o medidas de seguridad que deben imponerse a quienes las cometen.

Precisamente, el *ius puniendi* (derecho de castigar) del Estado frente a un hecho ilícito; está conformada por el *ius procedendi* o el derecho de iniciar la investigación del delito y continuarla hasta el juzgamiento con la finalidad que el Estado declare su poder punitivo en un caso concreto.

3

Hay que precisar que, por regla general, la acción penal y la pena, pueden prescribir debido a circunstancias reguladas en la norma sustantiva penal, lo que significaría que el Ministerio Público no podría promover o proseguir con su actividad procesal penal.

En relación a la prescripción, nuestra legislación como el Derecho Comparado no han previsto fórmulas temporales uniformes para la prescripción de todos los delitos. Por el contrario, razones de política criminal han llevado a establecer plazos diferenciados de prescripción atendiendo a la gravedad y magnitud de los hechos.

En ese sentido, la prescripción de la acción penal ha sido concebida, doctrinaria y jurisprudencialmente, como una institución jurídica en virtud del cual se extingue la acción o cesa el derecho del Estado a imponer una sanción.

De acuerdo al tratadista Beling, *"las causas de extinción de la acción penal encuentran su fundamento en la impunidad. Por tanto, deviene impracticable, al carecer de*



CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Lima, 9 de mayo de 2023

Según la consulta realizada, de conformidad con el Artículo 77° del Reglamento del Congreso de la República: pase la Proposición N° **4911/2022-CR** para su estudio y dictamen, a la (s) Comisión (es) de:

1. **CONSTITUCIÓN Y REGLAMENTO; y**
2. **JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS.**

.....
JAVIER ÁNGELES ILLMANN
Oficial Mayor
CONGRESO DE LA REPUBLICA

todo objeto, promover o proseguir la actividad procesal cuando ha operado una de dichas causales, ya que la extinción del ius puniendi conlleva también la caducidad del ius procedendi".

Sin embargo, aun cuando la institución jurídica de la prescripción está vigente en nuestro ordenamiento jurídico, se ha incorporado de manera excepcional la imprescriptibilidad de determinados delitos, considerando la magnitud y la naturaleza del agraviado.

Así pues, con fecha 03 de agosto de 2018 se promulgó la Ley 30838, Ley que modifica el Código Penal y el Código de Ejecución Penal para fortalecer la prevención y sanción de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales; en donde se incorporó al Código Penal el artículo 88-A, en el cual se estableció que "la pena y la acción penal son imprescriptibles en los delitos previstos en los artículos 153, 153-A, 153-B y 153-C y en los capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo del Código Penal". Estas disposiciones se refieren los tipos de 153: Trata de personas; 153-A: Formas agravadas de la Trata de Personas; 153-B: Explotación sexual y 153-C: Esclavitud y otras formas de explotación.

4

De esa manera, en nuestro Código Penal se incorporó una excepción a la regla de prescripción, disponiendo la imprescriptibilidad de la acción penal y de la pena.

Al respecto hay que recordar que, en países del primer mundo como, Estados Unidos de América, en general, no hay norma de prescripción para los delitos federales que son castigados con la pena de muerte, para delitos federales de terrorismo, así como, delitos de abuso sexual o secuestro de un menor de 18 años, bajo jurisdicción federal. Lo mismo ocurre en Canadá, donde no hay plazo de prescripción para los delitos graves previstos en el Código Penal federal.

Como vemos, la figura de la imprescriptibilidad de la acción penal y la pena ha ido adquiriendo fuerza a nivel mundial, pues desde el punto de vista político criminal es viable incorporar otros supuestos atendiendo a la magnitud y trascendencia del delito, así como de la naturaleza de la víctima.

De igual modo, aunque no se encuentre regulado explícitamente por nuestro Código Penal, en los delitos, nuestro país ratificó el Estatuto de Roma el 10 de noviembre del 2001 entrando en vigor el 1 de julio de 2002, el mismo que dispone la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad como: asesinato, deportación o traslado forzoso de población, encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional, tortura, violación sexual, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable, desaparición forzada de personas, crimen de Apartheid, y, otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

En ese sentido, el presente proyecto pretende legislar en dos aspectos: en la incorporación de delitos en la lista de imprescriptibilidad de la pena y la acción penal, específicamente respecto de los delitos ambientales, contra la humanidad, y, contra los poderes del estado y el orden constitucional. Así mismo, modificar la reducción de plazos de prescripción de la acción penal, específicamente en relación a los menores de 21 años de edad.

5

Respecto al primer aspecto, los delitos ambientales, y, contra los poderes del estado y el orden constitucional tienen connotaciones trascendentales que agravan a la sociedad en su conjunto, y que repercuten en el Estado.

Por ello, hay que tener en cuenta lo dispuesto por la Corte Suprema de la República¹, en el sentido que: ***"(...) al hacer alusión a la Sociedad, nos referimos a un conjunto de individuos, los mismos que deben ser representados en el proceso penal. La Sociedad produce necesariamente, entre otras cosas, una serie de reglas o normas de conducta dirigidas a los miembros que la componen, cuya finalidad primera es posibilitar y garantizar la convivencia común, así como, la propia subsistencia de la Sociedad. Estas reglas o normas de conducta, que la Sociedad produce, son agrupables en torno a tres tópicos principales: los usos, la moralidad objetiva o moral social y el Derecho. Así mismo, surge la noción de Estado, que en su concepto y en sus fines, es una forma de organización de la sociedad y no un mecanismo***

¹ SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA CASACIÓN 103-2017 JUNÍN, fundamento décimo séptimo.

para sustituirla. El Estado ha de servir al colectivo y su actuación se enmarca en las atribuciones, competencias y procedimientos formalmente establecidos, con el objeto de desarrollar los principios y valores esenciales de la Sociedad contenidos en la Constitución, en la historia y en el espíritu esencial de un país. La Sociedad y el Estado representan entidades diferenciadas, con roles y jerarquías específicas, y en el cual reside el mandato político y la soberanía, como definición, además de jurídica, social y humana (...)"

En ese mismo sentido la casación citada, establece que "(...) en todos los procesos penales donde figura como agraviada la Sociedad, sin perjuicio de modificarse el auto de apertura de instrucción, o, en su caso la Disposición Fiscal de Formalización de Investigación Preparatoria, precisando al Estado como agraviado; el representante legal será el Estado, que se apersonará al proceso a través de sus Procuradurías correspondientes, teniendo todos los derechos del agraviado y actor civil, según sea el caso. En todos los delitos en que el agraviado no sea una persona natural o jurídica; tendrá tal condición, el Estado, como Sociedad políticamente organizada"

6

Respecto al segundo aspecto, hay que tener en cuenta que el artículo 81 del Código Penal establece que: *"los plazos de prescripción se reducen a la mitad cuando el agente tenía menos de veintiún o más de sesenticinco años al tiempo de la comisión del hecho punible"*.

Si bien el artículo en mención regula la reducción de los plazos tomando en cuenta los extremos de las edades de los agentes que cometen el delito, hay que considerar que las estadísticas indican pocos casos donde el agente delictivo cuenta con más de 65 años, a diferencia de los agentes menores de 21 años de edad, quienes se han incrementado a un ritmo considerable.

En nuestra sociedad y el mundo la incidencia de delitos cometidos por menores se ha incrementado, a tal punto que éstos se encuentran involucrados en delitos cada vez más graves. Sin embargo, aun cuando las estadísticas avalan el incremento de la actividad

delictiva de los menores de 21 años, la reducción de la edad de responsabilidad penal no se ha modificado en los diferentes ordenamientos jurídicos.

Por ello, ya que la reducción de la edad de responsabilidad penal aún está en debate, es necesario cuanto menos establecer que el Estado tenga la posibilidad de promover o proseguir con su actividad procesal penal por parte del Ministerio Público, así como, se mantenga el derecho del Estado a imponer una sanción y ejecutarla.

De allí que podemos concluir que debido a la trascendencia de los delitos en mención y su repercusión en la sociedad y el Estado, es necesario que se incorpore en el artículo 88-A del Código Penal, la imprescriptibilidad de la pena y de la acción penal en los delitos previstos en los capítulos I, II y III del Título XIII, capítulos I, II, III y IV del Título XIV-A, así como, en el capítulo I del Título XVI del Código Penal.

Así mismo, se modifique el artículo 81 del Código Penal, eliminando la posibilidad de la reducción de los plazos de prescripción para el caso de agentes menores de veintiún años al tiempo de la comisión del hecho punible.

7

Efecto de la vigencia de la norma sobre la legislación nacional

La presente iniciativa legislativa está formulada dentro del marco legal y en ese sentido pretende modificar el Código Penal para garantizar la persecución del delito y la imposición de la pena en los delitos ambientales y delitos contra los poderes del Estado y el orden constitucional, dada su trascendencia y magnitud en contra de la sociedad y el Estado.

El efecto sobre la norma se puede identificar en el siguiente cuadro:

Fórmula legal vigente – Código Penal	Propuesta modificatoria
<i>Artículo 81.- Reducción de los plazos de prescripción</i> <i>Los plazos de prescripción se reducen a la mitad cuando el agente tenga menos de veintiún o más de sesenticinco años al tiempo de la comisión del hecho punible.</i>	<i>Artículo 81.- Reducción de los plazos de prescripción</i> <i>Los plazos de prescripción se reducen a la mitad cuando el agente tenga más de sesenticinco años al tiempo de la comisión del hecho punible.</i>

Fórmula legal vigente – Código Penal	Propuesta modificatoria
<p><u>Artículo 88-A. Imprescriptibilidad de la pena y de la acción penal</u></p> <p>La pena y la acción penal son imprescriptibles en los delitos previstos en los artículos 153, 153-A, 153-B y 153-C, y, en los capítulos IX, X y XI del Título IV del libro segundo del Código Penal.</p>	<p><u>Artículo 88-A. Imprescriptibilidad de la pena y de la acción penal</u></p> <p>La pena y la acción penal son imprescriptibles en los delitos previstos en los artículos 153, 153-A, 153-B y 153-C, en los capítulos IX, X y XI del Título IV, en los capítulos I, II y III del Título XIII, así como, en el capítulo I del Título XVI del libro segundo del Código Penal.</p>

Análisis costo beneficio

El costo beneficio se resume en el siguiente cuadro:

Beneficios	Gastos
<ul style="list-style-type: none"> - Garantiza la prosecución de la actividad procesal penal por parte del Ministerio Público, así como, el derecho del Estado a imponer una sanción y ejecutarla. - Promueve tranquilidad en la sociedad y el Estado, dada la magnitud de los delitos relacionados. - Materializa políticas criminales para garantizar el orden público. 	<ul style="list-style-type: none"> - No genera costos económicos pues se trata de la modificación a una norma penal, que no tiene repercusiones en el tesoro público. - No genera costos sociales pues la trascendencia y magnitud de los delitos en mención merecen su persecución penal de manera indefinida. - No genera costos sociales pues la eliminación de la reducción de los plazos de prescripción en caso de menores de 21 años de edad está justificada por el incremento de los actos delictivos de ese grupo etario.



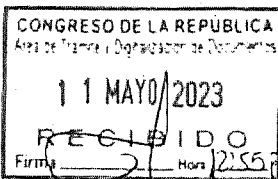
JUAN BARTOLOME BURGOS OLIVEROS

"Año de la unidad, la paz y el desarrollo"
"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"

Vinculación con el acuerdo nacional

La presente iniciativa legislativa se encuentra enmarcada en las siguientes políticas de estado: Erradicación de la violencia y Fortalecimiento del Civismo y de la Seguridad Ciudadana (Política 7); Afirmación de un Estado eficiente y transparente (Política 24), y, Plena Vigencia de la Constitución y de los Derechos Humanos y Acceso a la Justicia e Independencia Judicial (Política 28).

Proyecto de Ley N° 4959/2022 - CR



EDGARD C. REYMUNDO MERCADO
CONGRESISTA DE LA REPÚBLICA

"Decenio de la Igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"
"Año de la Unidad, la Paz y el Desarrollo"

**"PROYECTO DE LEY QUE SANCIONA EL
INGRESO ILEGAL DE EXTRANJEROS
EXPULSADOS Y REGULA CONDUCTAS Y
SANCIONES A EXTRANJEROS"**

El Grupo Parlamentario Cambio Democrático-Juntos Por el Perú, a propuesta del congresista de la República que suscribe Edgard Reymundo Mercado, en ejercicio de las facultades previstas en el artículo 107° de la Constitución Política del Estado, en concordancia con el artículo 75° y 76° del Reglamento del Congreso de la República, presenta el siguiente proyecto de ley:

FORMULA LEGAL

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA
HA DADO LA SIGUIENTE LEY:

**"PROYECTO DE LEY QUE SANCIONA EL INGRESO ILEGAL DE
EXTRANJEROS EXPULSADOS Y REGULA CONDUCTAS Y SANCIONES A
EXTRANJEROS"**

Artículo 1.- Objeto de la Ley

La presente iniciativa legislativa tiene por objeto incorporar el artículo 368-F del Decreto Legislativo N° 635, Código Penal, a fin de sancionar con pena privativa de libertad a los extranjeros que ingresan de forma ilegal, luego de haber sido expulsados; asimismo modificar los artículos 54, 56 y 58 e incorporar la Décimo Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1350 a fin de regular las conductas y sanciones a extranjeros; y, crear el Registro Nacional de Extranjeros Expulsado con la finalidad de tener información real, transparente y oportuna de los extranjeros expulsados.

Artículo 3.- Incorporación del artículo 303-C al Código Penal, Decreto Legislativo 635

Se incorpora el artículo 303-C al Código Penal, Decreto Legislativo 635, en los siguientes términos:

Artículo 303-C.- Ingreso ilegal de Extranjeros Expulsados

El que ingresa al país de manera ilegal, a sabiendas de encontrarse vigente la prohibición de reingreso, producto de una sanción de expulsión, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

Artículo 2.- Modificación de los artículos 54, 56 y 58 del Decreto Legislativo 1350, Decreto Legislativo de Migraciones.

Se modifica los artículos 54, 56 y 58 del Decreto Legislativo 1350, Decreto Legislativo de Migraciones, en los siguientes términos:

Artículo 54. Sanciones aplicables a los administrados

Las sanciones administrativas que puede imponer MIGRACIONES son:

(...)

c) **Expulsión;** Determina que el extranjero abandone el territorio nacional, y conlleva el impedimento de reingreso al Perú, en el caso de faltas administrativas, hasta por el plazo de quince años, contados desde el día que efectúe su control migratorio de salida del país.

En el caso de extranjeros expulsados, por la comisión de delitos, con penas privativas mayores a cuatro años, el impedimento de reingreso al Perú es de forma permanente.

Artículo 56. Multa a extranjeros

Son conductas infractoras pasibles de multas a los extranjeros, los siguientes:

(...)

g. **Por no optar por una calidad migratoria dentro del plazo de vigencia del permiso temporal de permanencia.**

Artículo 57. Salida obligatoria del país

57.1. Son situaciones pasibles de disponer la salida obligatoria de país de los extranjeros, las siguientes:

(...)

e. **Por rehusarse a pagar la multa por exceso de permanencia al momento de pretender salir del territorio nacional.**

Artículo 3. Incorporación de la décimo cuarta disposición complementaria de las disposiciones complementarias finales del Decreto Legislativo 1350, Decreto Legislativo de Migraciones.

Se incorpora la décimo cuarta disposición complementaria a las disposiciones complementarias finales al Decreto Legislativo 1350, Decreto Legislativo de Migraciones, en los siguientes términos:

"DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES"

(...)

DÉCIMO CUARTA. Creación del Registro Nacional de Extranjeros Expulsados

Créase el Registro Nacional de Extranjeros Expulsados, administrado por la Superintendencia Nacional de Migraciones en cooperación con el Poder Judicial, Ministerio Público, Policía Nacional del Perú y Fuerzas Armadas del Perú; la cual será reglamentada con norma interna.

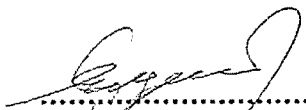
DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

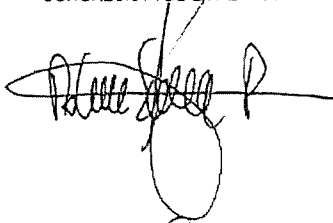
PRIMERA. Medidas complementarias


El Poder Ejecutivo, en un plazo máximo de sesenta días, contados a partir de la entrada en vigor de la presente ley, dicta, de ser necesario, medidas complementarias para el cumplimiento de las modificaciones previstas en esta ley.

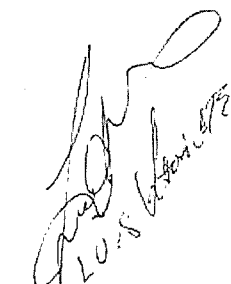
SEGUNDA. Adecuación de reglamento

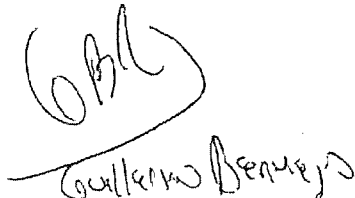
El Poder Ejecutivo, en coordinación con el Ministerio Interior, adecuará el reglamento del Decreto Legislativo 1350, Decreto Legislativo de Migraciones, aprobado por Decreto Supremo 007-2017-IN, a las modificaciones previstas en la presente ley en un plazo de sesenta días contados a partir de su entrada en vigor.


.....
EDGARD REYMUNDO MERCADO
CONGRESISTA DE LA REPÚBLICA


.....
Isabel Cortez


.....
EDGARD REYMUNDO MERCADO
Directivo Portavoz
Grupo Parlamentario Cambio Democrático - Juntos por el Perú


Luis Antonio


Guillermo Benavides



CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Lima, 15 de mayo de 2023

Según la consulta realizada, de conformidad con el Artículo 77° del Reglamento del Congreso de la República: pase la Proposición N° 4959/2022-CR para su estudio y dictamen, a la (s) Comisión (es) de:

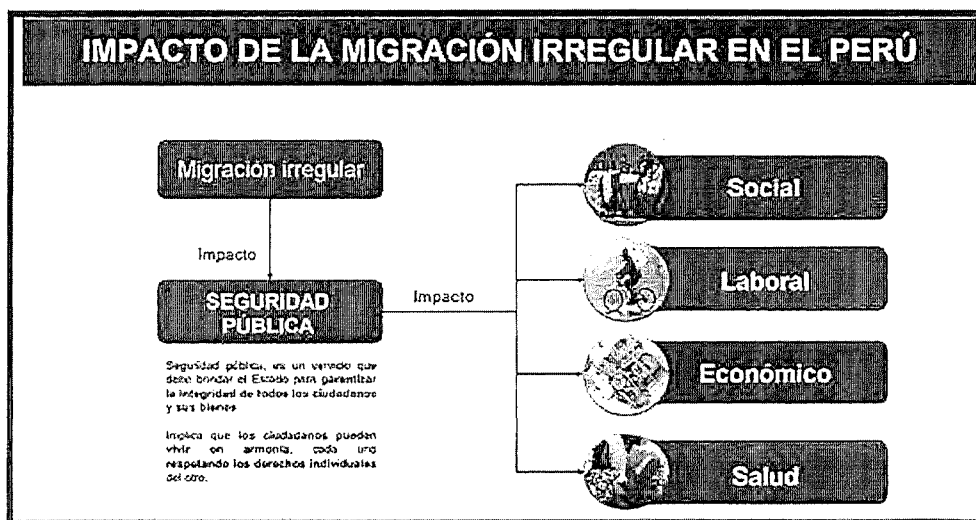
1. DEFENSA NACIONAL, ORDEN INTERNO, DESARROLLO ALTERNATIVO Y LUCHA CONTRA LAS DROGAS; y
2. JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS.

HUGO ROVIRA ZAGAL
DIRECTOR GENERAL PARLAMENTARIO
Encargado de la Oficina Mayor
CONGRESO DE LA REPUBLICA

I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La problemática que ha generado la migración irregular en nuestro país ha traído como consecuencia que los índices de inseguridad ciudadana incrementen, pues un gran porcentaje de la población extranjera cuenta con antecedentes policiales e incluso judiciales en sus países de origen.

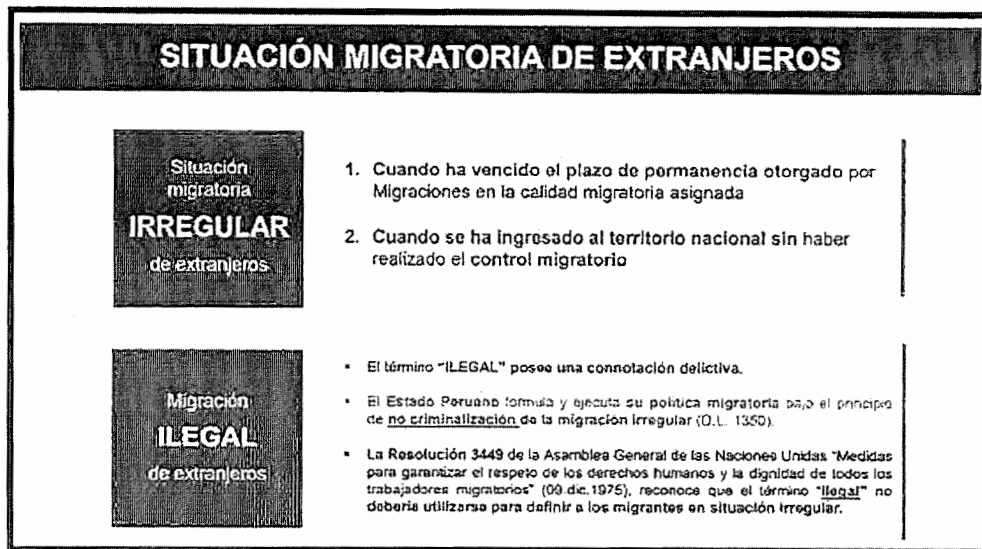
Dicha situación, la cual se vio reflejada en los últimos días, por la cantidad de migrantes que se encontraban en nuestra frontera en Tacna, ha originado retomar la evaluación de las políticas públicas sobre temas migratorios, debido a que nuestro país adolece de una regulación que permita atender la situación migratoria de una forma correcta, óptima y responsable.



Fuente: Ministerio del Interior

El presente proyecto de ley pretende regular y sancionar a los ciudadanos extranjeros que, habiendo sido expulsados, reingresan de manera ilegal a nuestro territorio, debido a que nuestras fronteras son abiertas, en el cual en la mayoría de los casos los ciudadanos extranjeros ingresan sin realizar el control migratorio respectivo, debido a la falta de interconexión de datos entre los entes competentes del manejo de información de los extranjeros expulsados, situación que conlleva a establecer reglas que puedan regular dicha problemática.

Es por ello que, el que ingresa al país de manera ilegal, a sabiendas de encontrarse vigente la prohibición del reingreso, producto de una sanción de expulsión, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años.



Fuente: Ministerio del Interior

Desde el cumplimiento de las funciones congresales, es necesario coadyuvar en la mejora de la normativa actual que estipulan las directrices para el tratamiento de la política migratoria, pues existen vacíos y modificaciones importantes que deben realizarse, a fin de que de alguna forma se pueda regular la crítica situación de los migrantes en nuestro país.

Es así que las modificaciones formuladas en la presente iniciativa legislativa tienen el objetivo de ordenar y resguardar la seguridad ciudadana corrigiendo los errores en el tratamiento de la situación de los condenados que se encuentran hacinados en nuestros establecimientos penitenciarios, siendo importante coadyuvar en el tratamiento idóneo del sistema penitenciario. Asimismo, modificar artículos del Decreto Legislativo 1350 a fin de precisar causales de cancelación de la calidad migratoria, multa y salida obligatoria, además de determinar el plazo de impedimento de ingreso al Perú.

Conforme al Instituto Nacional Penitenciario¹ el 4% de la población penitenciaria está conformada por internos de distintas nacionalidades. Se encuentran reclusos 3,635 internos extranjeros, divididos en 3,373 varones y 262 mujeres. La mayoría de estos internos (42% aproximadamente) se encuentran detenidos por delitos patrimoniales relacionados al robo y hurto.

Asimismo, aproximadamente el 30% están detenidos por la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas y, en general, se ubican dentro del tipo básico de transporte del ilícito cargamento que proviene de organizaciones criminales internacionales.

Entre los países que tienen mayor población, se encuentra Venezuela, Colombia y Ecuador; entre los países de África y Asia, se tiene a Sudáfrica, Nigeria, China y Malasia. El establecimiento penal de Lurigancho, alberga a la mayoría de los internos extranjeros, contando al mes de enero con 790 internos extranjeros, seguido del establecimiento penitenciario de Huaral, que alberga 261 internos al presente mes.

¹ Informe Estadístico Enero 2023 – Instituto Nacional Penitenciario – INPE

En cuanto a los centros de detención exclusivamente para mujeres, los establecimientos que cuentan con mayor población extranjera, son los E.P. Mujeres de Chorrillos (64 internas), E.P. Mujeres de Trujillo (40 internas), y E.P. Anexo de mujeres Chorrillos (39 internas).

Continente - País	Total	Total		Procesado			Sentenciado		
		Hombres	Mujeres	Total	Hombres	Mujeres	Total	Hombres	Mujeres
Europa	83	78	5	26	25	1	57	53	4
Albania	3	3	0	1	1	0	2	2	0
Alemania	1	1	0	1	1	0	0	0	0
Bélgica	1	1	0	1	1	0	0	0	0
Bosnia	1	1	0	0	0	0	1	1	0
Bulgaria	4	4	0	3	3	0	1	1	0
Croacia	1	1	0	0	0	0	1	1	0
España	21	19	2	9	8	1	12	11	1
Eslovenia	1	1	0	1	1	0	0	0	0
Francia	4	4	0	1	1	0	3	3	0
Holanda	7	7	0	0	0	0	7	7	0
Inglaterra	6	6	0	0	0	0	6	6	0
Irlanda	1	1	0	0	0	0	1	1	0
Italia	8	8	0	2	2	0	6	6	0
Lituania	5	4	1	1	1	0	4	3	1
Lituania	2	2	0	0	0	0	2	2	0
Polonia	1	1	0	1	1	0	0	0	0
Portugal	6	6	0	1	1	0	3	3	0
Rep. Checa	1	1	0	1	1	0	0	0	0
Rusia	2	1	1	1	1	0	1	0	1
Serbia	1	1	0	0	0	0	1	1	0
Ucrania	4	3	1	0	0	0	4	3	1

Fuente: Unidades de Registro Penitenciario
Elaboración: INPE Unidad de Estadística

ANEXO 16
POBLACIÓN PENITENCIARIA DE NACIONALIDAD EXTRANJERA SEGÚN
SITUACIÓN JURÍDICA, GÉNERO Y PAÍS DE PROCEDENCIA

Continente - País	Total	Total		Procesado			Sentenciado		
		Hombres	Mujeres	Total	Hombres	Mujeres	Total	Hombres	Mujeres
Total	3,635	3,373	262	2,246	2,097	149	1,389	1,276	113
África	11	11	0	3	3	0	8	8	0
Costa de Marfil	1	1	0	0	0	0	1	1	0
Liberia	1	1	0	0	0	0	1	1	0
Marruecos	1	1	0	0	0	0	1	1	0
Nigeria	4	4	0	1	1	0	3	3	0
Sudán	4	4	0	2	2	0	2	2	0
Asia	40	34	6	17	15	2	23	19	4
China	13	13	0	6	6	0	7	7	0
India	1	1	0	1	1	0	0	0	0
Indonesia	2	0	2	0	0	0	2	0	2
Irak	1	1	0	0	0	0	1	1	0
Israel	5	4	1	1	0	1	4	4	0
Japón	1	1	0	1	1	0	0	0	0
Jordania	1	1	0	0	0	0	1	1	0
Malasia	11	9	2	6	5	1	5	4	1
Singapur	1	1	0	0	0	0	1	1	0
Tailandia	1	0	1	0	0	0	1	0	1
Turquía	3	3	0	2	2	0	1	1	0
América	3,501	3,250	251	2,260	2,054	146	1,301	1,196	105
Argentina	44	41	3	16	15	1	28	26	2
Bolivia	73	44	29	29	17	12	44	27	17
Brasil	59	45	14	30	26	4	19	19	0
Canadá	2	2	0	1	1	0	1	1	0
Chile	43	38	5	16	15	1	27	23	4
Colombia	604	535	69	242	217	25	362	318	44
Cuba	7	5	2	2	2	0	5	3	2
Ecuador	131	111	20	62	53	9	69	58	11
Estados Unidos	12	10	2	3	3	0	9	9	0
Guatemala	1	1	0	0	0	0	1	1	0
Haití	2	2	0	2	2	0	0	0	0
Honduras	1	1	0	0	0	0	1	1	0
México	124	105	19	34	25	9	90	80	10
Paraguay	1	1	0	1	1	0	0	0	0
Rep. Dominicana	20	20	0	4	4	0	16	16	0
Surinam	1	1	0	1	1	0	0	0	0
Uruguay	1	1	0	0	0	0	1	1	0
Venezuela	2,385	2,287	98	1,757	1,674	83	628	613	15

PROPUESTAS NORMATIVAS QUE COADYUVAN A LA PROBLEMÁTICA DE LA SITUACIÓN MIGRATORIA IRREGULAR EN EL PAÍS

1. Incorporación del artículo 368-F del Decreto Legislativo 635.

En orden de ideas, se propone la incorporación del artículo 368-F del Código Penal, Decreto Legislativo 635 a fin que, se pueda regular el ingreso ilegal de extranjeros expulsados, pues lastimosamente nuestro sistema normativo no ha regulado cuando un extranjero es expulsado por su situación irregular, a fin de que no reingrese al país, debido a la falta de interconexión de datos entre los entes competentes del manejo de información de los extranjeros irregulares, situación que conlleva a establecer reglas que puedan regular dicha problemática.

Es por ello que, el que ingresa al país de manera ilegal, a sabiendas de encontrarse vigente la prohibición del reingreso, producto de una sanción de expulsión, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años.

SITUACIÓN MIGRATORIA DE EXTRANJEROS

<div style="border: 1px solid black; background-color: #333; color: white; padding: 5px; margin-bottom: 10px;">Situación migratoria IRREGULAR de extranjeros</div> <div style="border: 1px solid black; background-color: #333; color: white; padding: 5px;">Migración ILEGAL de extranjeros</div>	<ol style="list-style-type: none">1. Cuando ha vencido el plazo de permanencia otorgado por Migraciones en la calidad migratoria asignada2. Cuando se ha Ingresado al territorio nacional sin haber realizado el control migratorio <ul style="list-style-type: none">• El término "ILEGAL" posee una connotación delictiva.• El Estado Peruano formula y ejecuta su política migratoria bajo el principio de <u>no criminalización</u> de la migración irregular (D.L. 1550)• La Resolución 3449 de la Asamblea General de las Naciones Unidas "Medidas para garantizar el respeto de los derechos humanos y la dignidad de todos los trabajadores migratorios" (03 dic.1975), reconoce que el término "legal" no debería utilizarse para definir a los migrantes en situación irregular.
--	---

Fuente: Ministerio del Interior

Ello responde a que, en la actualidad existe un porcentaje alto de ciudadanos expulsados han reingresado a nuestro país, los cuales posteriormente han sido nuevamente detenidos por la comisión de delitos.

Necesario precisar que las fronteras del Perú son abiertas, tan es así que, en el norte del país, específicamente en Tumbes y Piura se advierte que los ingresos de extranjeros pueden realizarse sin registro alguno, lo que ha originado que muchos ciudadanos extranjeros puedan ingresar de manera irregular, hecho que no se criminaliza en virtud a los convenios y tratados suscritos por el Perú.

Lo que sí resulta necesario sancionar, es en el caso de los ciudadanos que luego de haber sido expulsados, vuelven al país de manera ilegal sin registrar su ingreso en los puestos de control migratorio, ello viene generando incluso que muchas

personas que han cometido delitos, reingresen al país para seguir cometiendo actos delictivos.

Por lo mismo se propone que estos ciudadanos sean reprimidos con una pena privativa de libertad efectiva.

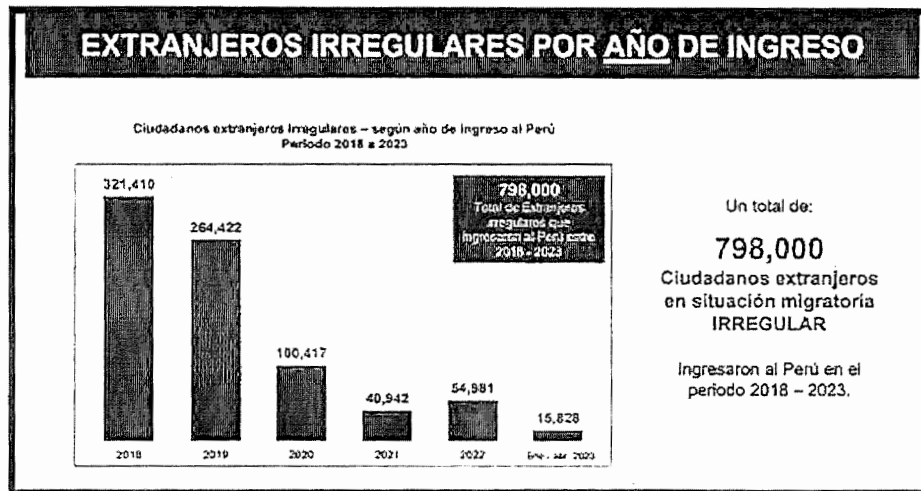
2. Modificación de los artículos 54, 56 y 58 del Decreto Legislativo 1350, Decreto Legislativo de Migraciones.

Es necesario modificar el Decreto Legislativo 1350, Decreto Legislativo de Migraciones, norma base de la política migratoria en nuestro país, a fin de efectuar algunas precisiones a fin de efectuar precisiones relacionados a la sanción de expulsión, supuesto en el que deba aplicarse multa a extranjeros y situaciones en los que procede la salida obligatoria del país; así como la necesidad de crear un registro nacional de extranjeros expulsados, con ello fortalecer la seguridad nacional y el orden interno.

Respecto al artículo 54 de dicha normativa, se propone incorporar un segundo párrafo precisando que los ciudadanos extranjeros, a quienes se haya emitido sentencia por la comisión de delitos cuyas penas son mayores a cuatro años, se propone que éstos no vuelvan a reingresar al país de forma permanente, con ello se podrá garantizar que estas personas no vuelvan a delinquir en el país.

En lo que respecta a las multas a extranjeros se propone a modificar el artículo 56, a fin que los ciudadanos extranjeros que hayan obtenido un permiso temporal de permanencia y no hayan podido optar por una calidad migratoria dentro del plazo otorgado, puedan regularizar y acceder a una calidad migratoria previo el pago de la multa, ello con la finalidad que el ciudadano extranjero no se encuentre en una situación irregular.

Al respecto, es necesario precisar que mediante Decreto Supremo N° 003-2023-IN se modifican e incorporan artículos al Reglamento del Decreto Legislativo N° 1350 vinculados, entre otros, al permiso temporal de permanencia, y el valor de la multa sólo para el procedimiento de prórroga de residencia, más no así a los ciudadanos que cuentan con un permiso temporal de permanencia, que se otorgaron a las personas que se encontraban en situación migratoria irregular, de distintas nacionalidades. Más aún cuando según información de Migraciones, al 25 de abril de 2023, un estimado de 294 509 personas extranjeras se encuentran en situación migratoria irregular.



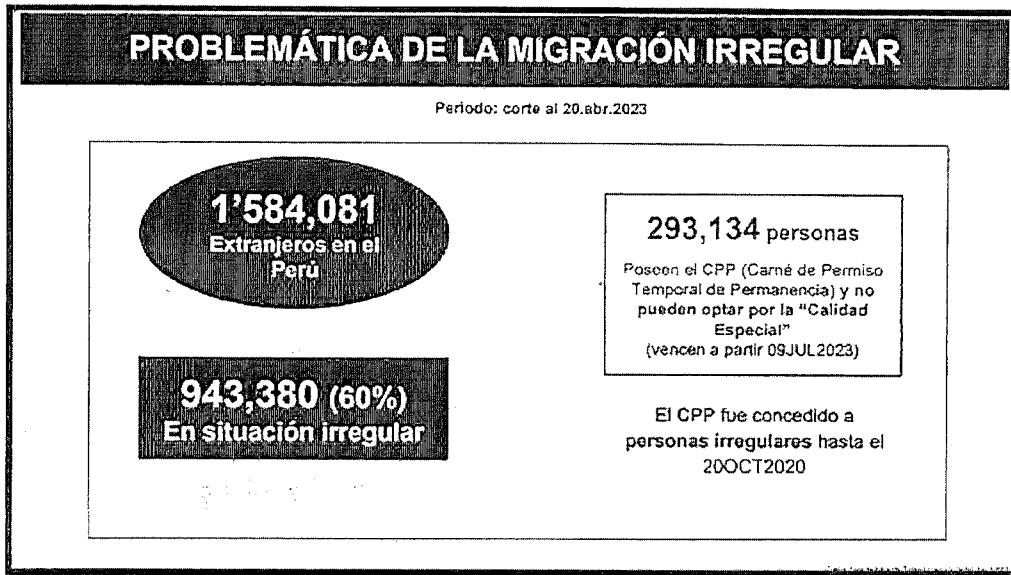
Fuente: Ministerio del Interior

Por otro lado, resulta necesario precisar que actualmente las multas por exceso de permanencia, dejan de ser cobradas por Migraciones cuando el ciudadano extranjero que sale del territorio nacional se rehusa a pagarlos, ello porque no existe ninguna sanción que aplique migraciones, previo a su salida. En ese sentido, se propone corregir dicho problema aplicando la sanción de salida obligatoria conllevando el impedimento de reingreso hasta por el plazo de cinco años, condicionado al pago de la multa respectiva.

3. Incorporación de la décimo cuarta disposición complementaria de las disposiciones complementarias finales del Decreto Legislativo 1350, Decreto Legislativo de Migraciones

La falta de sistematización y conocimiento de la data de los extranjeros expulsado en el país, originan que no se pueda ejercer una fiscalización oportuna y óptima sobre la cantidad, fechas, situación delictiva, entre otros aspectos que, permitirían conocer las verdaderas estadísticas sobre la condición de los extranjeros expulsado en el país.

Por ello, se está estipulando la Creación del Registro Nacional de Extranjeros Expulsados que deberá ser administrado por la Superintendencia Nacional de Migraciones en cooperación con el Poder Judicial, Ministerio Público, Policía Nacional del Perú y Fuerzas Armadas del Perú; la cual será reglamentada con norma interna.



Fuente: Ministerio del Interior

II. ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO

El presente proyecto de ley no genera gasto alguno al erario nacional, toda vez que el propósito de esta iniciativa legislativa repercutirá en la seguridad ciudadana y el orden interno.

Estas medidas permitirán tener mayor control que impida el reingreso ilegal de los ciudadanos extranjeros expulsados. Por otro lado, los artículos modificados al Decreto Legislativo 1350, permitirá que esta normativa sea más eficaz y eficiente en las acciones administrativas relacionadas a las sanciones a ciudadanos extranjeros. En consecuencia, el beneficio de esta propuesta redundará directamente en la paz social y seguridad de la población en general.

III. EFECTOS DE LA INICIATIVA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL VIGENTE

La iniciativa legislativa modifica el Decreto Legislativo 635 – Código Penal y el Decreto Legislativo 1350 coadyuva a proteger la seguridad nacional y orden interno.

IV. VINCULACIÓN CON EL ACUERDO NACIONAL

El presente proyecto de ley está enmarcado en la política del Acuerdo Nacional: "1. Democracia y Estado de Derecho" fundamentalmente en sus numerales 7 y 9 "Erradicación de la violencia y fortalecimiento del civismo y de la seguridad ciudadana", y "Política de Seguridad Nacional", respectivamente.

impliquen vigilancia y seguimiento de una persona (por ejemplo, acecho en línea); el acoso (sexual) en línea; el ciberacoso; las amenazas y los abusos sexuales y físicos en línea; y el acoso y el abuso de identidades digitales como los avatares."

b. Cuarta Revolución Industrial. Impulsores²

La palabra "revolución" indica un cambio abrupto y radical. Las revoluciones se han producido a lo largo de la historia cuando nuevas tecnologías y formas novedosas de percibir el mundo desencadenan un cambio profundo en los sistemas económicos y las estructuras sociales. Implican un mayor poder cognitivo que aumenta la producción humana.

Los descubrimientos científicos y las nuevas tecnologías que estos generan parecen ilimitados, desplegándose en muchos frentes y lugares diferentes. Estas nuevas tecnologías, impulsan la Cuarta Revolución Industrial.

Todos los nuevos desarrollos y tecnologías tienen una característica clave en común: **aprovechan el poder de penetración que tienen la digitalización y las tecnologías de la información**. Todas las innovaciones descritas son posibles y se mejoran a través del poder digital. Los robots avanzados, por ejemplo, no existirían sin la inteligencia artificial, que en sí misma depende, en gran medida, de la potencia de cómputo.

Con el fin de identificar las megatendencias y poner de relieve el amplio panorama de los impulsores tecnológicos de la Cuarta Revolución Industrial, he organizado la lista en tres grupos: físicos, digitales y biológicos.

1. Físicas

Principales megatendencias tecnológicas:

- Vehículos autónomos
- Impresión 3D
- Robótica avanzada
- Nuevos materiales

Vehículos autónomos

Los automóviles sin conductor dominan las noticias; no obstante ahora hay muchos otros vehículos autónomos, incluidos camiones, drones, aviones y barcos. A medida que progresen tecnologías como los sensores y la inteligencia artificial, las capacidades de todas estas máquinas se incrementarán a un ritmo rápido.

² La Cuarta Revolución Industrial. Klaus Schwab. 2017

2. Resoluciones.

Resolución para la Unidad 1 (Delitos contra la Dignidad Humana):

- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 2818/2022, de fecha 04.07.2022 (Procedencia: Recurso de Casación N° 2977/2020).

Respecto del delito de trata de seres humanos en el ordenamiento penal español, con el objetivo de evitar la vulneración del principio ne bis in idem, el Tribunal Supremo español brinda pautas interpretativas para poder diferenciar el estado de vulnerabilidad exigido en el tipo base del subtipo agravado.

Roj: **STS 2818/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2818**

Id Cendoj: **28079120012022100667**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/07/2022**

Nº de Recurso: **2977/2020**

Nº de Resolución: **677/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PABLO LLARENA CONDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ NA 371/2020,**
STS 2818/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 677/2022

Fecha de sentencia: 04/07/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2977/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 28/06/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Procedencia: Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Civil y Penal

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 001

Transcrito por: crc

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2977/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 001

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 677/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Pablo Llarena Conde





D.^a Susana Polo García

En Madrid, a 4 de julio de 2022.

Esta sala ha visto el recurso de casación 2977/2020 interpuesto por Ofelia , representada por la procuradora doña Olga Martín Márquez, bajo la dirección letrada de don Miguel José Arbunies Erce, contra la Sentencia dictada el 3 de junio de 2020 por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, en el Procedimiento Recurso de Apelación 5/2020, en el que se estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Ofelia , se revocó en parte la Sentencia dictada el 27 de noviembre de 2019 por la Audiencia Provincial de Navarra, Sección Segunda, en el Procedimiento Ordinario 341/2017, en el sentido de absolver libremente a Ofelia del delito de determinación coactiva a la prostitución de persona menor de edad; condenándola, en relación con la testigo protegida TP NUM000, como responsable en concepto de autora, de un delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual del artículo 177 bis 1 b) y 4 b) del Código Penal, y de un delito de favorecimiento de la inmigración clandestina del artículo 318 bis 1 del Código Penal.

Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal, así como Anselmo , representado por la procuradora doña Mónica Ana Liceras Vallina, bajo la dirección letrada de doña Ana María López Trigueros.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción n.º 3 de Pamplona incoó Sumario 3122/2016 por presuntos delitos de trata de seres humanos con fines de explotación sexual, de determinación coactiva a la prostitución y de favorecimiento de la inmigración clandestina, contra, entre otros, Ofelia , que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Navarra, Sección Segunda. Incoado Procedimiento Ordinario 341/2017, con fecha 27 de noviembre de 2019 dictó Sentencia n.º 250/2019 en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

" La Sala, examinada la prueba practicada en el acto de juicio oral, de conformidad a los principios de oralidad, inmediación, contradicción efectiva e igualdad de armas, DECLARA COMO HECHOS PROBADOS, los siguientes:

A.- Agentes del Grupo Operativo de Extranjeros de la U.C.R.I.F. de la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras de Navarra, del Cuerpo Nacional de Policía, que por motivo de las investigaciones policiales, tenían conocimiento de que en el POLIGONO000 de esta ciudad, concretamente en un lugar situado en las inmediaciones del DIRECCION000 , había mujeres muy jóvenes, incluso menores de edad, al parecer Nigerianas, que ejercían la prostitución, establecieron un dispositivo de vigilancia, el 5 de octubre de 2016, observando que entre las mujeres que se encontraban ejerciendo la prostitución destacaba una joven, delgada, la cual por sus rasgos físicos pudiera ser menor de edad.

Durante el tiempo que duró la vigilancia la joven no tuvo contacto con ningún usuario por lo que se decidió realizar un seguimiento a la misma. En su desarrollo los funcionarios observaron como la joven se desplazó andando desde el POLIGONO000 hasta el BARRIO000 , introduciéndose en el inmueble situado en la CALLE000 N° NUM001 de dicho barrio.

Sobre las 21:15 del día 7 de octubre de 2016 horas, los funcionarios con carnets profesionales NUM002 y NUM003 observaron como de la C/ CALLE000 N° NUM001 de BARRIO000 , salía la misma joven que había sido vista el pasado día 5 de octubre, en el POLIGONO000 ejerciendo la prostitución, la joven tomó el autobús urbano correspondiente a la línea N° NUM004 hasta el PASEO000 , donde hizo transbordo a la línea N° NUM005 para posteriormente bajarse en la localidad de DIRECCION001 ; una vez allí la joven atravesó la autopista y se dirigió hasta el aparcamiento del supermercado DIRECCION000 .

Los agentes sobre las 22:00 horas identificaron a la joven, quien se encontraba indocumentada, resultando ser la testigo protegida TP NUM000 , nacida en DIRECCION002 , Estado de Edo -República Federal de Nigeria-, el NUM006 de 1999, manifestando a los agentes que no tenía ningún familiar en Pamplona y que se encontraba sola, asimismo manifestó que vivía en una habitación alquilada en BARRIO000 , sin recordar el nombre de la calle, que llevaba unos cinco meses en Pamplona y que, de manera habitual, ejercía la prostitución en el POLIGONO000 . Revisadas sus pertenencias se comprobó que no portaba ningún tipo de documentación, ni llaves, ni dinero en efectivo, tan solo llevaba en su bolso 15 preservativos y un rollo de papel higiénico.

Puesta en comunicación de la Fiscalía de menores de la Fiscalía de la Comunidad Foral de Navarra de Navarra, la situación del testigo protegido TP NUM000 , se dispuso que ingresara la misma noche en el Centro de Observación y Acogida de la Fundación DIRECCION003 - DIRECCION004 . Permaneció en dicho un dispositivo asistencial hasta el 28 de noviembre de 2016, fecha en la que por Resolución de la Directora Gerente de la



Agencia Navarra de Autonomía y desarrollo de las Personas, se le declaró en situación de desamparo, cesando el acogimiento provisional de dicha menor, autorizando su baja en el COA, disponiendo el paso a un régimen de acogimiento administrativo residencial, en la residencia de protección de DIRECCION005 , gestionada por la Fundación DIRECCION003 - DIRECCION004 .

Mediante Resolución 4321/2017 de 28 de junio de la Directora Gerente de la Agencia Navarra de Autonomía y Desarrollo de las Personas, se autorizó su baja en el anterior recurso y el ingreso en un centro específico de la de la Asociación para la Prevención, Reinserción y Atención a la Mujer Prostituida, en régimen de acogimiento administrativo residencial.

Siguiendo con el dispositivo de vigilancia en la zona, los agentes policiales, detectaron el día 28 de octubre de 2016 la presencia de una mujer de nacionalidad extranjera, a quien consideraron menor de edad, ejerciendo la prostitución, quien resultó ser la testigo protegido TP NA NUM007 , posteriormente, se comprobó que había nacido en Benin City, Estado de Edo -República Federal de Nigeria-, el NUM008 de 1998. Siendo trasladada al Centro de Observación y Acogida de la Fundación DIRECCION003 - DIRECCION004 .

La testigo protegida TP NA NUM007 , se acogió al régimen de protección regulado en el artículo 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, prestando declaración en calidad de testigo protegido, en las dependencias de la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras de Navarra, con fechas 5 y 7 de diciembre de 2016 y el día 28 de febrero de 2017, ante los funcionarios con carnés profesionales número NUM009 y NUM010 , adscritos al Grupo IX de la Brigada Central contra la Trata de Seres Humanos de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras.

B.- Como consecuencia de las labores proactivas de investigación policial: vigilancias y seguimientos, análisis documental, teniendo en cuenta los elementos de convicción indiciaria derivados del resultado de las intervenciones, autorizadas mediante los Autos dictados por el Juzgado instructor, en los que inicialmente se acuerda, la intervención, escucha y grabación, de determinados teléfonos y los IMSI asociados, así como las sucesivas prórrogas; los resultados de las diligencias de entrada y registro, en los domicilios que a continuación se señalarán debidamente autorizados por dicho Juzgado instructor y el Juzgado de Primera Instancia e instrucción número 1 de DIRECCION006 -Comunidad Autónoma de Madrid-, así como la concreción de identidad de alguna de las personas posteriormente procesadas - Nuria , Otilia , Roman - conocido también como Roque - y Raimunda -, en base al reconocimiento fotográfico, realizado por la testigo protegida, TP NA NUM007 , se pudo concretar, que las expresadas testigos protegidas, habían llegado a Pamplona, en el marco de la actividad de un grupo de ciudadanos originarios, excepción hecha de Roman , de la ciudad de Benin City, Estado de Edo -República Federal de Nigeria-, lugar de nacimiento de testigo protegida TP NA NUM007 y a donde se había trasladado poco tiempo después de nacer la testigo protegida TP NUM000 .

Dichas personas procesadas, residían (excepción hecha de Vicenta , apodada " Yolanda ") en Pamplona, tenían una estrecha relación entre sí, en la dedicación de traer mujeres desde Nigeria, para explotarlas sexualmente a través de la prostitución, aprovechando su situación de vulnerabilidad, en relación con la precariedad en que se desarrollaba su vida en ese país, bajo la promesa de mejorar su vida.

En concreto Nuria , vivía junto a su pareja Otilia , en la CALLE001 número NUM011 , Roman y su pareja, Raimunda , en la AVENIDA000 número NUM012 , siendo esta hermana de Otilia .

Agustina , residía junto a su madre Ofelia , en la CALLE000 número NUM001 , NUM013 del BARRIO000 de esta Ciudad.

Anselmo , en la CALLE002 NUM014 , de Pamplona.

Y Vicenta , en la CALLE003 , núm NUM015 de DIRECCION006 (Comunidad Autónoma de Madrid).

Si bien dicho grupo no tenía una estructura jerarquizada, el procesado Nuria , desempeñaba un papel predominante, viajaba con frecuencia a Italia donde poseía sólidos contactos.

Las personas a quienes se explotaba sexualmente, eran captadas en el entorno de Benin City, Estado de Edo -República Federal de Nigeria-, de donde como antes se ha señalado, eran originarias la práctica totalidad de las personas procesadas.

Para captar a las mujeres, los procesados en su país contaban con familiares como la "madre de Nuria " y el hijo de Raimunda , Calixto , apodado " Casimiro " quienes localizaban y convencían a las personas que posteriormente eran explotadas sexualmente, aprovechando la extrema situación de vulnerabilidad en que estas se hallaban, además de someterlas en algunas ocasiones a ritos de "Vudú".

El grupo, disponía de personas en Italia, que posibilitaban el tránsito a España de las personas cuya explotación sexual se pretendía. En concreto, entre estas personas se encontraba Constancio hermano de Roman .



Asimismo, el dinero que conseguían los procesados con la explotación sexual de las personas afectadas se distribuía en el grupo, empleando, para conseguir enviar el dinero a Nigeria eludiendo los controles tributarios, el sistema euro a euro. Nuria y Otilia eran las personas encargadas principalmente de llevarlo, habiendo viajado a Nigeria a comienzos del año 2017.

C.- La testigo protegida TP NA NUM007, como antes se ha señalado, nacida en Benin City, Estado de Edo - República Federal de Nigeria-, el NUM008 de 1998, era la sexta de siete hermanos y gemela con otra chica. Antes de trasladarse a España vivía con sus padres, su hermana gemela, un hermano de 17 años y un sobrino. La relación entre sus padres no era buena, relatando episodios donde su padre le había pegado a ella y también otro episodio donde ella se había tenido que ponerse delante de su madre para que su padre no le pegara.

La familia carecía de recursos suficientes para poder subsistir, su padre no trabajaba y su madre era ama de casa, los únicos ingresos que tenían en la casa familiar eran los que ella y su hermana aportaban trabajando en una tienda de ropa, ascendían a unos 5.000 Nairas -moneda local-.

Según su relato, la madre quería que ella estudiara, siempre le decía que tenía que ir al colegio, que era importante, pero al tener que trabajar para sostener a su familia apenas podía asistir a clases. La relación con su madre siempre había sido muy buena, para la testigo protegida TP NA NUM007, era muy importante en su vida, y sufría mucho cuando su madre era agredida por su padre.

En el mes de enero de 2016, un vecino, conocido como antes se ha indicado bajo el nombre de Casimiro, hijo de la procesada Raimunda, conocedor de la situación de precariedad en que se encontraba la testigo protegida, las circunstancias que rodeaban la convivencia familiar y del deseo de ésta, de viajar a Europa, con la finalidad de obtener un trabajo con el que poder ayudar a su familia y enviar el dinero suficiente a Nigeria, siguiendo las instrucciones de su madre, quien actuaba en el contexto grupal señalado, le indicó que Raimunda, tenía una tienda muy grande de peluquería en España y le dijo que una vez que llegara a España, podía trabajar en la peluquería con ella.

Ante la situación de falta de recursos y el ambiente de violencia familiar, en la que se encontraba, confiando en la propuesta de trabajo que le había sido ofrecido, decidió viajar a Europa para poder ayudar a su familia y así enviar dinero suficiente para que su madre se pudiera trasladar de vivienda.

En este contexto, Casimiro proporcionó el teléfono de la testigo protegida a Raimunda, quien se comunicó con esta, ratificando la oferta que había sido realizada a través de su hijo, le indicó que su situación iba a cambiar, que iba a vivir bien y le propuso venir a España.

Días después Raimunda, puso en contacto a la testigo protegida con una señora con quien se citó, diciéndole que debía llevar un pollo al lugar donde habían quedado. Cuando llegó, le realizaron un ritual de vudú, cortando la cabeza al pollo, metiendo en un vaso la sangre, echando una especie de whisky, cola y se lo hicieron beber, mientras le manifestaron que iba a viajar a Europa diciéndole " *Si no obedeces y pagas a la persona que te lleva a Europa, morirás*". Pidiéndole que antes de abandonar Nigeria, debía entregarle una prenda de ropa interior suya.

Antes de iniciar el viaje, Raimunda, dió instrucciones a la testigo protegida en el sentido de que tenía que memorizar dos números de teléfono: el + NUM016 y el + NUM017, para que una vez llegara a Italia se pusiera en contacto con ella, así como acerca del modo en que debía realizar el viaje; marchando de Benin City junto a un grupo de 7 chicas y 10 chicos nigerianos, hasta DIRECCION007 en Nigeria, posteriormente a DIRECCION008 en Níger y finalmente a Libia, verificando todo el viaje sin ningún tipo de documentación.

Cuando llegó a Libia, la testigo protegida estuvo aproximadamente seis meses en un campamento donde había muchas personas. Raimunda le indicó que debía esperar allí hasta que pudieran cruzar el Mediterráneo, pero según manifiesta una madrugada escapó del campamento, junto con otras personas, huyendo y escondiéndose de los árabes, ya que los perseguían y los mataban si los encontraban. Llegaron a una nueva zona donde, pasadas 3 semanas, consiguieron cruzar el Mediterráneo, realizando el viaje unas 124 personas en barco neumático, en condiciones extremas, había mucha gente, que gritaba. Cuando llegó a tierra no paraba de llorar y llorar por haber llegado y daba gracias a Dios.

Una vez dichas personas fueron rescatadas por la DIRECCION009 les trasladaron a DIRECCION010 en Italia, posteriormente les llevaron a un campamento en refugiados en DIRECCION011, donde le hicieron fotos y le tomaron huellas digitales,

Pasados unos días en el campamento, la testigo protegida se puso en contacto con Raimunda, llamando por teléfono a uno de los números que había memorizado, contestando al teléfono su pareja, el procesado Roman, quien se mostró muy molesto con ella, gritándola e insultándola por no haberse puesto en contacto antes con ellos y haber huido del campamento en Libia.





Finalmente, dichos procesados le explicaron cómo podían abandonar el campamento, dándole indicaciones para que fuera a la estación de tren y se juntara con un chico nigeriano, quien iría vestido con una gorra y una chaqueta azul.

La testigo protegida contactó con el chico y viajó con él hasta la ciudad de DIRECCION012 ; una vez en DIRECCION012 el chico la llevó hasta su casa donde vivía con su novia y otros 5 chicos nigerianos. A la mañana siguiente el chico le compró un billete para ir a DIRECCION013 y le dijo que tenía que juntarse con una chica nigeriana llamada Juana .

La expresada Juana era la pareja sentimental del hermano de Roman , llamado Constancio , anteriormente reseñado.

Juana recogió a la testigo protegido en la estación y la llevó a la vivienda donde residía junto a Constancio , en DIRECCION013 , donde permaneció unas dos semanas.

En dicha ciudad, siguiendo las instrucciones de Roman , Constancio dispuso lo necesario para obtener unas fotos de la testigo protegida, que fueron enviadas al domicilio en Pamplona de Raimunda y Roman . Igualmente, Roman envió 100 €, a través de la compañía de envío de dinero RÍA, a Constancio , con fecha 24 de julio de 2016; con ese dinero se abonó el billete de tren para el desplazamiento de la testigo protegida de DIRECCION013 a DIRECCION014 .

Una vez en DIRECCION014 , la testigo protegida, siguiendo las indicaciones que se le hicieron, contactó con el procesado Nuria , quien proporcionó a la testigo protegida una tarjeta de residencia de España y un pasaporte de nacionalidad nigeriana, con su foto y datos de identidad, si bien la fecha de nacimiento estaba cambiada, indicándole que al día siguiente iban a realizar un viaje en avión, de DIRECCION015 a Zaragoza y posteriormente en autobús de Zaragoza a Pamplona, dándole instrucciones de cómo se debía comportar en caso de que le identificaran los agentes de la autoridad, pasando la noche en una casa de la expresada Ciudad.

El día 24 de agosto de 2016 la testigo protegida, llegó a España, en el vuelo NUM018 origen Milán (DIRECCION015) y destino Zaragoza, acompañada del procesado Nuria .

La reserva correspondiente a los datos de filiación de la testigo protegida, se realizó con el código NUM019 , las referencias asociadas, a la expresada reserva aportadas por la compañía Ryan Air, identifican como acompañante a Nuria en el mismo vuelo y en asientos contiguos.

Dicha reserva con código NUM019 fue realizada y pagada por el procesado Agustina , en el contexto de la actuación en grupo antes señalada, quien tenía pleno conocimiento de la finalidad con la que se realizaba el desplazamiento de la testigo protegida TP NA NUM007 a España, para realizar su explotación sexual, aportando como dirección de contacto la CALLE000 N° NUM001 , NUM013 de Pamplona.

El correo electrónico que se utilizó para la tramitación de dicha reserva, correspondía a la dirección de correo electrónico: DIRECCION016 , de la que era titular el procesado Anselmo quién, en su actuación dentro del grupo antes reseñado, puso a disposición de la agrupación dicha dirección de correo electrónico, con pleno conocimiento de la utilidad que la puesta disposición de dicho correo electrónico, tenía para la verificación del traslado de la testigo protegida a España y la realización de su explotación sexual.

Una vez en Zaragoza, Nuria trasladó en autobús a la testigo protegida hasta esta Ciudad; ya en Pamplona, Nuria , en el contexto de la actuación del grupo referida, contando con la connivencia y el pleno consentimiento de su pareja Otilia , dejó a la testigo protegida TP NA NUM007 bajo el control de Roman y Raimunda , comenzando a residir en la vivienda de estas personas, ubicada en la AVENIDA000 número NUM012 .

Raimunda dió de alta a la testigo protegida TP NA NUM007 en el padrón municipal de habitantes de Pamplona en dicho domicilio, el día 25 de agosto de 2016, aportando una autorización de domicilio en la que Raimunda , manifiesta el consentimiento de que la testigo protegida se aloje en esa vivienda, así como fotocopia de dos pasaportes de Raimunda y de la testigo protegida. Igualmente, Raimunda y Roman hablaron con la testigo protegida, comunicándole la primera que había contraído una deuda de 30.000 Euros y que además debía pagar el alojamiento y comida, a lo que la testigo protegido contestó que no sabía que tenía que pagar esa cantidad, diciéndole Raimunda que " *me da igual si lo sabes o no, pero esa es la cantidad que me tienes que pagar por haberte traído a Europa*", retirándole el pasaporte y el permiso de residencia que le habían facilitado y diciéndole que tendría que salir a pedir en la calle.

Al día siguiente de su llegada la testigo protegida fue, con Roman , a mendigar en la calle bajo el control de este, quien le indicó como debía pedir. Al regresar de noche a la vivienda reseñada, Raimunda le pidió todo el dinero que había recaudado, significándole que era poco los 11€ obtenidos.



La mañana siguiente, Raimunda llevó a la testigo protegida a comprar unos shorts y ropa interior transparente, pensando esta que era para ponérsela en casa, poniéndole de manifiesto, Raimunda, que ello no era así, pues la necesitaba para trabajar esa noche; al preguntarle la testigo protegida en qué tenía que trabajar, le dijo que tenía que ir a trabajar en la calle, vendiendo su cuerpo, para pagar de esta forma la deuda que había contraído. Manifestando la testigo protegida, su sorpresa y total desconcierto, pues eso no es lo que se le había indicado en Nigeria, para trasladarse a Europa, mejorar su modo de vida y ayudar a su familia.

En la noche, Roman y Raimunda llevaron andando a la testigo protegida a la zona del POLIGONO001 de esta ciudad, donde habían quedado con una chica, quien indicó a la testigo protegida que no tenía que ser tímida que tenía que saludar a los hombres y le enseñó varias palabras en español siendo estas: "hola", "chupar 20", "follar 30", "chupar y follar 50".

En este contexto, la testigo protegida, hallándose en un país desconocido, sin familia ni personas allegadas en las que pudiera confiar, sin saber el idioma y dada su juventud con apenas 18 años recién cumplidos, fue obligada a ejercer la prostitución, todos los días de la semana sin descanso, aunque estuviera con el período, desde las 20 horas, en que salía de la vivienda antes señalada, hasta alrededor de las 2 de la mañana. Estando controlada, por una mujer, que daba cuenta por teléfono a Raimunda, de la actitud de la testigo protegida. Las cantidades que obtenía por el ejercicio de la prostitución se las entregaba a Roman y Raimunda, llevándose la cuenta de los servicios de forma manuscrita en libretas y hojas cuadrículadas en las que se hacían constar los días del mes asociados a cantidades de dinero correspondientes al cobro de los servicios.

Nuria y Otilia conocían esta situación, la consentían e impulsaban en el contexto de la actuación del grupo señalada. En concreto, Otilia colaboraba activamente en el control que se ejercía sobre la testigo protegida, para asegurarse de que se prostituía y respecto de las cantidades que obtenía.

Tanto Nuria, como Otilia, intervinieron activamente para posibilitar el traslado a Nigeria, de las sumas dinerarias obtenidas por la explotación de la prostitución ajena mediante el sistema conocido como euro a euro.

Como consecuencia de estos hechos, la testigo protegida TP NA NUM007, ha recibido un tratamiento terapéutico en una institución de acogida; a lo largo de las intervenciones expresó en varias ocasiones su miedo y preocupación por el daño que le pudiera hacer a su familia, ya que las personas a las que ella ha denunciado conocen a su familia. Manifiesta tristeza, incertidumbre y desesperanza ante la vida que está llevando en España actualmente y hacia su futuro. Expresa pérdida de apetito en las ocasiones donde la preocupación le desborda y dificultades para mantener el sueño y poder obtener un buen descanso. En la actualidad se encuentra en un proceso de inserción, precisa de apoyo y tratamiento psicológico.

D.- La testigo protegida TP NUM000 nació, según antes se ha expresado, en DIRECCION002, Estado de Edo -República Federal de Nigeria- el NUM006 de 1999, si bien, al poco tiempo de nacer, fue trasladada a la localidad de Benin City; la familia estaba formada por sus padres y tres hermanos. Cuando la testigo protegida tenía 12 años, su padre les abandonó e inició la convivencia con otra mujer; a partir de este momento, la situación del grupo familiar era precaria de modo que, después de haber asistido a un colegio privado, tuvo que cambiarse a un centro público, que abandonó para realizar su formación en un taller de costura, teniendo la intención de permanecer en Nigeria y buscar un trabajo relacionado con su formación; en esa fase de su vida, no había desempeñado un empleo estable, dedicándose al cuidado de sus hermanos y realizando de forma puntual labores de limpieza en la vivienda de una conocida, lo que le permitía obtener algunos ingresos que entregaba a su madre.

A principios del año 2015, un pastor de la Iglesia a la que asistían, llamado Juana, conocido de la familia; preguntó a la testigo protegida si le gustaría viajar a Europa, ir a la universidad para estudiar aquello que le gustaba y cumplir sus sueños. La testigo protegida desconfió de esta propuesta, valorando que no podía hacer frente a un viaje al extranjero, dado el bajo poder adquisitivo de su familia, el pastor le persuadió de la conveniencia del desplazamiento aludiendo al hecho de que así ganaría dinero y podría ayudar a su familia y además el viaje no le costaría nada. A pesar de su desconfianza inicial, Corretejaos acabó convenciendo a la madre de la testigo protegida, quien siempre creyó en él por ser una persona muy religiosa, su madre le expuso las ventajas que tenía la aceptación de la propuesta, no quería que sufriera como ella y deseaba que tuviera un futuro. Finalmente, la testigo protegida se convenció de aceptar la propuesta, pensando en la angustiosa situación económica de su madre y hermanos y que así podría ayudarles.

El trayecto hasta Libia, se realizó utilizando autobús, taxi y en determinados tramos caminando, fundamentalmente en horas nocturnas, sin poder precisar el tiempo que emplearon hasta la llegada a Libia. La primera parada se produjo en una casa con más personas en la que recibió indicaciones de organizarse y fingir que uno de los hombres era su marido. Como relata la testigo protegida, en este momento tuvo un

mal presentimiento, destacando la implicación de otro hombre quién, según refiere la testigo protegida, hacía negocio con Juana .

A su llegada a Libia, le confiscaron el teléfono móvil y el dinero que le había dado su madre al partir de Benin City y le llevaron a una vivienda en la que había un gran número de personas presentes en estado de hacinamiento. Desde esa vivienda, la policía de Libia trasladó a las personas que permanecían en la vivienda a una prisión en la cual estuvo durante un periodo aproximado de dos meses. Tras varias semanas le permitieron llamar a su madre a quien informó de todo lo sucedido.

Según manifiesta la testigo protegida, a raíz de esta llamada, su madre contactó a Corretejaos y finalmente la dejaron en libertad.

Poco después contactó con el hombre que hacía negocio con Juana y permaneció unos días en casa de éste y su mujer, refiriendo a la testigo protegida que le habían engañado no iba a ir al colegio ni a la universidad, pero en la situación en que se encontraba, no podía llevarle a Europa porque no tenía dinero.

En estas circunstancias, la procesada Ofelia , quien actuaba en connivencia con Juana , conocedora de la minoría de edad de la testigo protegida y para posibilitar que esta llegara a España con la finalidad de ser explotada sexualmente, pagó lo necesario para que la testigo protegida, atravesara el Mediterráneo y llegara a Italia.

Una vez la testigo protegida TP NUM000 logró llegar a Italia, tras ser rescatadas las personas que realizaron la travesía en un bote neumático por los servicios de salvamento marítimo, fue trasladada a un centro en el que permaneció unos dos meses, donde se le proporcionó un permiso de estancia para extranjeros, expedido por el Ministerio del Interior de la República Italiana, en el que constaba como fecha de nacimiento el NUM006 de 1999.

Posteriormente contactó con Ofelia , a través del teléfono que le habían facilitado, siguiendo sus indicaciones y, utilizando los billetes que le proporcionaron, se desplazó en tren hasta una ciudad de Italia, donde Ofelia la recogió.

La procesada, Ofelia , viajó, por vía aérea, de Barcelona a Roma el día 6 de febrero de 2016; una vez que recogió a la testigo protegido, se desplazó con esta de Roma a Barcelona por vía aérea en 11 de febrero de 2016. Para realizar este viaje, Ofelia le dijo a la testigo protegida que tenía que hacerse pasar por su hija, le proporcionó una peluca y le estuvo enseñando la noche anterior varias palabras en castellano, utilizando como documentación durante el desplazamiento, la tarjeta de residencia en España y el pasaporte de la hija de la procesada Juana . En el billete de avión correspondiente al viaje de la testigo protegida TP NUM000 de Roma a Barcelona, el día 11 de febrero de 2016, figuraba en nombre de la hija de Ofelia , Juana .

Una vez en Pamplona, Ofelia alojó a la testigo protegida en la vivienda de la CALLE000 N° NUM001 , NUM013 de Pamplona, donde igualmente residían su hijo Agustina y su hija Juana .

Pasados unos días de estancia en dicha vivienda, durante los cuales Ofelia había indicado a la testigo protegida que si le preguntaban, cuando acudían a la Iglesia, o en otras situaciones similares, debía decir que era su sobrina; le manifestó a ésta que había invertido mucho dinero en ella y que le debería pagar ejerciendo la prostitución.

La testigo protegida reaccionó diciéndole que prefería morir a prostituirse, no podía dejar de llorar y le comunicó que no sabía nada de sexo, quería devolverle el dinero que debía por el viaje pero no de esa manera; desechando la idea de poner en conocimiento la situación a la policía, pues Ofelia le amenazó diciéndole que si llamaba a la policía le iban a meter en prisión y se asustó pensando que iba a tener que volver a estar en la cárcel como en Libia.

En esta situación, por razón de su corta edad, encontrándose sola y sin recursos, desconociendo el castellano, la testigo protegida, se vio obligada a ejercer la prostitución. Llevándole Ofelia en el autobús por la noche a una calle del POLIGONO001 , cerca del DIRECCION000 , donde había varias chicas prostituyéndose y le dijo que debía hacer lo mismo que ellas.

La testigo protegida permanecía en este lugar, ejerciendo la prostitución todos los días desde las 22 horas a las 7 de la mañana, exigiéndole Ofelia que lo hiciera incluso cuando se encontraba con la menstruación. Riñéndole cuando volvía antes sin traer dinero e incluso no le dejaba subir a la vivienda donde residía, si no había tenido clientes. Todo el dinero que recaudaba se lo entregaba a la procesada.

Como antes se ha señalado en el apartado "A", la testigo protegida TP NUM000 fue identificada el mes de octubre de 2016 por los Agentes que se expresan, ejerciendo la prostitución en el POLIGONO001 de esta ciudad, disponiéndose por la Fiscalía de menores de la Fiscalía de la Comunidad Foral de Navarra de Navarra,



en la noche del día 7 de octubre de 2016, su ingreso en el Centro de Observación y Acogida de la Fundación DIRECCION003 - DIRECCION004 .

Mientras que la testigo protegida residió en la vivienda de la CALLE000 número NUM001 , NUM013 del BARRIO000 de esta Ciudad, mantuvo relaciones sexuales completas con Agustina . En la expresada vivienda, fue hallado un " *informe médico de consulta externa*", correspondiente a la consulta en el Centro de atención a la Mujer de DIRECCION021 que se realizó a la testigo protegida, con fecha 17 de junio de 2016, en el que consta que el resultado de la prueba de embarazo es positiva. Apreciándose en la ecografía vaginal la existencia de una " *Gestación única intraútero con vesícula gestacional con embrión de LCR 3.1 milímetros y el EF positivo. Corresponde a seis semanas de gestación*".

Según se detalla en el informe del equipo de menores en conflicto social y de reforma de la Agencia Navarra de Autonomía y Desarrollo de las personas, emitido con fecha 28 de diciembre de 2016, durante la estancia de la testigo protegida TP NUM000 en el Centro de Observación y Acogida de la Fundación DIRECCION003 - DIRECCION004 : "... *Con respecto al proceso de gestación:*

-2016/10/17: la menor vomita en varias ocasiones y refiere dolor de cabeza. Acudimos a urgencias, le realizan una prueba de embarazo, dando como resultado positivo. Le realizan una ecografía tras la cual se confirma que se encuentra en proceso de gestación de cinco semanas.

-2016/11/10: Acudimos a Ginecología,' le realizan una ecografía, informándonos de que el feto desde la quinta semana no está creciendo y que el corazón no late, por lo tanto tendrá que expulsarlo de forma natural ayudada con medicación. La menor manifiesta negarse a la toma de medicación, alegando que en su país el expulsivo tiene que ser de forma natural.

-2016/11/17: Nos ponemos en contacto con el servicio de urgencias ya que la joven padece fuertes dolores abdominales. Le realizan exploración médica y programan ingreso para el día siguiente. El 18 de noviembre le ingresan, le suministran medicación para que dilate y expulse el feto y fe dan el alta médica tras comprobar que ha realizado el expulsivo. de forma limpia y se decide que no es necesario realizar una limpieza más en profundidad a través de un legrado".

Las manifestaciones realizadas por la testigo protegida en dependencias policiales, que constan en el acta de exploración de la menor practicadas el día 10 de octubre de 2016 y en su declaración testifical en sede judicial, formalizada como prueba preconstituída con arreglo a las prevenciones de la Ley 41/2015 del Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito, llevada a efecto 12 de abril de 2017, estuvieron condicionadas, por la situación de temor que le afectaba, ante el conocimiento de que la madre de la testigo protegida -con quien durante su estancia en el Centro de Observación y Acogida mantenía contacto telefónico cuatro días por semana (lunes, miércoles, viernes y domingo)-, había empezado a recibir amenazas en Nigeria, de los familiares de Ofelia , temiendo por lo que les pudiera ocurrir a su madre y hermanos.

Como consecuencia de los hechos declarados probados, la testigo protegida TP NUM000 , presenta daño psicológico, especialmente de carácter postraumático, en la actualidad objeto de tratamiento psicológico especializado.

No está probado que Juana , obligara a la testigo protegida a cumplir las órdenes de su madre Ofelia , aparentando tener una relación sentimental con ella.

E.- Agueda , nacida en DIRECCION017 (República Federal de Nigeria) el NUM020 de 1990, hermana de la procesada Raimunda , llegó a España procedente de Nigeria, en un proceso de inmigración irregular, cruzando en patera el mar Mediterráneo a finales del año 2015; figura dada de alta en el padrón municipal de habitantes de Pamplona, desde el 4 de noviembre de 2015, habiendo estado empadronada, en el domicilio de su hermana sito en la AVENIDA000 número NUM012 de esta Ciudad, desde el 1 de junio, hasta el 15 de noviembre de 2016.

A mediados del año 2016 Agueda se desplazó a Francia, pasando a residir en un piso alquilado en DIRECCION018 por la procesada Vicenta , apodada " Yolanda "; viéndose Agueda obligada a ejercer la prostitución bajo el control de Vicenta , quién de este modo le explotaba sexualmente.

No está probado que Agueda fuera obligada a ejercer la prostitución en esta Ciudad, bajo la dependencia directa y el control de Nuria y Otilia , como forma de saldar la deuda contraída con el grupo descrito en el apartado "B", por la realización del traslado de Nigeria a España; ni que Nuria , le hubiera proporcionado un pasaporte no auténtico para verificar dicho desplazamiento.

F.- En el registro judicialmente autorizado, realizado en la vivienda sita en la CALLE001 número NUM011 , donde residían Nuria y Otilia , se ocuparon, entre otros efectos: (i) Nueve teléfonos móviles, tres tabletas, un pendrive, un ordenador portátil; (ii) Un volante de empadronamiento de Agueda , en la AVENIDA000 número



NUM012 de esta Ciudad; (iii) Dos comunicaciones del Gobierno de Navarra dirigidas a Agueda ; (iv) Una fotocopia del pasaporte de Agueda ; (v) Un cuaderno con tapa de color azul, el que constan manuscritos el nombre y apellidos de la testigo protegido TP NA NUM007 ; (vi) Una citación de comparecencia en un proceso verbal, con asistencia de abogado para identificación y declaración o elección de domicilio, fechado el 12 de octubre de 2016, realizado por la Policía de Estado de la República italiana a Nuria ; (vii) Múltiples papeles manuscritos, que contiene números de teléfonos correspondientes a Italia; (viii) Documento bancario de "Caja Granada Monte de Piedad" el que consta la formalización, con fecha 21 de marzo de 2016, de un préstamo por importe de 2000 €, con garantía pignoratícia, siendo la prestataria Otilia ; (ix) Una libreta de direcciones en la que constan las correspondientes a diversos "clubs de alterne"; (x) Una agenda en la que figura la siguiente anotación manuscrita en inglés: " *Raimunda , how u dey? Have sent the account Lumber, and still (...) to hear from you*": " *Raimunda my dear sister hw igur Elath? Have u called u severally pas. Don't forget I wish to start d Business*"; (x) un cuaderno con anotaciones de diversas sumas de dinero, referidas con el nombre " Visitacion " y (xi) 575 €, provenientes de las actividades ilícitas realizadas por Nuria y Otilia .

G.- En el registro judicialmente autorizado que se realizó en la vivienda sita en la AVENIDA000 número NUM012 , de esta ciudad, donde residían Roman y Raimunda , se intervinieron entre otros los siguientes efectos: (i) Un volante de empadronamiento en el expresado domicilio, en el que consta el alta de la testigo protegido TP NA NUM007 , con fecha 25 de agosto de 2016 y la de Agueda , con fecha 1 de junio de 2016; (ii) Una solicitud de baja de empadronamiento en dicho domicilio de las personas antes expresadas, fechada el 15 de noviembre de 2016, realizada por Raimunda ; (iii) Un sobre marrón en el que figura manuscrito en el anverso como destinatario " Roque " y en el reverso, figura como remitente " Constancio ". En el interior de dicho sobre se encontraban cuatro fotografías de la testigo protegida TP NA NUM007 , contenidas a su vez en una funda plástica en la que figura impresa mecánicamente el nombre del establecimiento de fotografía " DIRECCION020 ", ubicada en DIRECCION019 , NUM021 , NUM022 de DIRECCION013 -AP (Italia), documento de asistencia sanitaria del Servicio Navarro de Salud y tarjeta de visita del Servicio Navarro de Salud, certificado de empadronamiento de la testigo protegida en el domicilio referido y partida de nacimiento, en la que constan manuscritos nombre y apellidos; (iv) Libretas y hojas cuadrículadas en las que de forma manuscrita, figuran los días del mes asociados a cantidades de dinero; (v) Contrato de alquiler de la expresada vivienda, fechado el 1 de enero de 2017, en el que interviene en calidad de arrendatarios Raimunda y Nuria ; (vi) Dos teléfonos móviles y un pendrive y (vii) 75 €, así como 87 dólares USA, provenientes de la actividad ilícita

H.- En el registro judicialmente autorizado, realizado en la vivienda sita en la CALLE000 número NUM001 , NUM013 del BARRIO000 , donde residían Ofelia y Juana , se intervinieron entre otros los siguientes efectos: (i) Billeto emitido por la compañía aérea Alitalia, relativo al viaje Barcelona-Roma el 6 de febrero de 2016 en que figura como pasajera Ofelia , así como dos billetes emitidos por la misma compañía, relativos al viaje Roma-Barcelona el 11 de febrero de 2016, en el que figura como viajeras Ofelia y Juana ; (ii) Permiso de estancia para extranjeros, expedido por el Ministerio del Interior de la República Italiana, relativo a la testigo protegida TP NUM000 , en el que constaba como fecha de nacimiento el NUM006 de 1999; (iii) Informe médico de consulta externa, correspondiente a la consulta en el Centro de atención a la Mujer de DIRECCION021 que se realizó a la testigo protegida TP NUM000 con fecha 17 de junio de 2016; (iv) Recibo en el que figura como remitente Ofelia y beneficiario Gaspar por importe de 23.379,20 NGN; recibo en el que consta como remitente Anselmo y beneficiario Íñigo , por importe de 23.387,84 NGN; recibo en el que figura como remitente Anselmo y beneficiario Íñigo , por importe de 11.776,01 NGN; recibo en el que consta como remitente Ofelia y beneficiario Gaspar , por importe de 23.588,54 NGN y recibo en el que figura como remitente Ofelia y beneficiario Gaspar , por importe de 400.000 NGN; (v) Dos teléfonos móviles, dos pendrive, un ordenador portátil y seis tarjetas de memoria

I.- Cuando fue detenido Anselmo , tras salir a las 10 horas del día 4 de abril de 2017 del portal número NUM001 de la CALLE000 , del BARRIO000 de esta Ciudad, le fueron intervenidos: (i) Un Teléfono móvil marca Wiko, color negro y rojo, carcasa plástica color rojo, nº de IMEI NUM023 e IMEI NUM024 , número de teléfono NUM025 de la compañía "Lyca Mobile y (ii) 310 € en efectivo que procedían de su actividad ilícita.

J.- En el registro judicialmente autorizado, realizado en la vivienda sita en la CALLE003 , núm NUM015 de DIRECCION006 (Comunidad Autónoma de Madrid), donde residía Vicenta , se intervinieron entre otros, los siguientes efectos: (i) Tres contratos de préstamo con garantía pignoratícia, concedidos con fecha 4 de enero de 2017 por un importe total de 2405,20 €, en los que figura como prestataria Otilia ; (ii) Un sobre con membrete del Servicio Navarro de Salud conteniendo preservativos y (iii) Diversos documentos bancarios relativos a pagos hechos en Francia, mediante cargos en la cuenta de Vicenta , en la "Banque Postale, Centre Financier de Marseille", por suministro de energía eléctrica a la vivienda sita en NUM004 Rue DIRECCION022 , etg, de DIRECCION018 (Francia), entre el 14 de agosto de 2016 y el 16 de enero de 2017."

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento:

" FALLO

En atención a lo expuesto **FALLAMOS**, que:

A.- DEBEMOS CONDENAR y CONDENAMOS:

1.- A Nuria -en relación con la testigo protegida TP NA NUM007 -, como responsable en concepto de autor, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de:

a) Un delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual del artículo 177 bis 1 b), 4 b) y 6 del Código Penal, en concurso medial con un delito de determinación coactiva a la prostitución del Art. 187.1. del mismo cuerpo legal, a la pena de **DOCE AÑOS de prisión**, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

Asimismo le imponemos la prohibición de acercamiento a la testigo protegida TP NA NUM007, su domicilio, lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por ella a una distancia inferior a los 100 metros así como la prohibición de comunicación, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, durante 17 años.

b) Un delito de favorecimiento de la inmigración clandestina del artículo 318 Bis 1 del Código Penal, a la pena de **SEIS MESES de prisión**, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Igualmente le condenamos a indemnizar conjunta y solidariamente, junto a Otilia, Roman, Raimunda, Agustina y Anselmo, a la testigo protegida TP NA NUM007, en la cantidad de 20.000 € por el daño moral causado. Con aplicación de lo dispuesto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Condenándole igualmente al pago de las costas procesales, relacionadas con los delitos por los que es condenado, incluyendo en tal imposición las derivadas del ejercicio de la acusación particular.

2.- A Otilia -por lo que respecta a la testigo protegida TP NA NUM007 -, como responsable en concepto de autora, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de:

a) Un delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual del artículo 177 bis 1 b), 4 b) y 6 del Código Penal, en concurso medial con un delito de determinación coactiva a la prostitución del Art. 187.1. del mismo cuerpo legal, a la pena de **DIEZ AÑOS de prisión**, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

Asimismo le imponemos la prohibición de acercamiento a la testigo protegida TP NA NUM007, su domicilio, lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por ella a una distancia inferior a los 100 metros así como la prohibición de comunicación, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, durante 15 años.

b) Un delito de favorecimiento de la inmigración clandestina del artículo 318 Bis 1 del Código Penal, a la pena de **CINCO MESES de prisión**, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Igualmente le condenamos a indemnizar conjunta y solidariamente, junto a Nuria, Roman, Raimunda, Agustina y Anselmo, a la testigo protegida TP NA NUM007, en la cantidad de 20.000 € por el daño moral causado. Con aplicación de lo dispuesto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Condenándole igualmente al pago de las costas procesales, relacionadas con los delitos por los que es condenado, incluyendo en tal imposición las derivadas del ejercicio de la acusación particular.

3.- A Roman -en relación con la testigo protegida TP NA NUM007 -, como responsable en concepto de autor, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de:

a) Un delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual del artículo 177 bis 1 a) y b), 4 b) y 6 del Código Penal, en concurso medial con un delito de determinación coactiva a la prostitución del Art. 187.1. del mismo cuerpo legal, a la pena de **ONCE AÑOS de prisión**, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

Asimismo le imponemos la prohibición de acercamiento a la testigo protegida TP NA NUM007, su domicilio, lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por ella a una distancia inferior a los 100 metros así como la prohibición de comunicación, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, durante 16 años.

b) Un delito de favorecimiento de la inmigración clandestina del artículo 318 Bis 1 del Código Penal, a la pena de **SEIS MESES de prisión**, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Igualmente le condenamos a indemnizar conjunta y solidariamente, junto a Nuria, Otilia, Raimunda, Agustina y Anselmo, a la testigo protegida TP NA NUM007, en la cantidad de 20.000 € por el daño moral causado. Con aplicación de lo dispuesto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Condenándole igualmente al pago de las costas procesales, relacionadas con los delitos por los que es condenado, incluyendo en tal imposición las derivadas del ejercicio de la acusación particular.

4.- A Raimunda -por lo que respecta a la testigo protegida TP NA NUM007-, como responsable en concepto de autora, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de:

a) Un delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual del artículo 177 bis 1 a) y b), 4 b) y 6 del Código Penal, en concurso medial con un delito de determinación coactiva a la prostitución del Art. 187.1. del mismo cuerpo legal, a la pena de **ONCE AÑOS de prisión**, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

Asimismo le imponemos la prohibición de acercamiento a la testigo protegida TP NA NUM007, su domicilio, lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por ella a una distancia inferior a los 100 metros así como la prohibición de comunicación, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, durante 16 años.

b) Un delito de favorecimiento de la inmigración clandestina del artículo 318 Bis 1 del Código Penal, a la pena de **SEIS MESES de prisión**, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Igualmente le condenamos a indemnizar conjunta y solidariamente, junto a Nuria, Otilia, Roman, Agustina y Anselmo, a la testigo protegida TP NA NUM007, en la cantidad de 20.000 € por el daño moral causado. Con aplicación de lo dispuesto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Condenándole igualmente al pago de las costas procesales, relacionadas con los delitos por los que es condenado, incluyendo en tal imposición las derivadas del ejercicio de la acusación particular.

5.- A Agustina -en relación con la testigo protegida TP NA NUM007-, como responsable en concepto de autor, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de:

a) Un delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual del artículo 177 bis 1 b), 4 b) y 6 del Código Penal, a la pena de **OCHO AÑOS y SEIS MESES de prisión**, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Asimismo le imponemos la prohibición de acercamiento a la testigo protegida TP NA NUM007, su domicilio, lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por ella a una distancia inferior a los 100 metros así como la prohibición de comunicación, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, durante 13 años y 6 meses.

b) Un delito de favorecimiento de la inmigración clandestina del artículo 318 Bis 1 del Código Penal, a la pena de **CUATRO MESES de prisión**, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Igualmente le condenamos a indemnizar conjunta y solidariamente, junto a Nuria, Otilia, Roman, Raimunda y Anselmo, a la testigo protegida TP NA NUM007, en la cantidad de 20.000 € por el daño moral causado. Con aplicación de lo dispuesto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Condenándole igualmente al pago de las costas procesales, relacionadas con los delitos por los que es condenado, incluyendo en tal imposición las derivadas del ejercicio de la acusación particular.

6.- A Anselmo -por lo que respecta a la testigo protegida TP NA NUM007-, como responsable en concepto de autor, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de:

a) Un delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual del artículo 177 bis 1 b), 4 b) y 6 del Código Penal, a la pena de **OCHO AÑOS y SEIS MESES de prisión**, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Asimismo le imponemos la prohibición de acercamiento a la testigo protegida TP NA NUM007, su domicilio, lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por ella a una distancia inferior a los 100 metros así

como la prohibición de comunicación, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, durante 13 años y 6 meses.

b) Un delito de favorecimiento de la inmigración clandestina del artículo 318 Bis 1 del Código Penal, a la pena de **CUATRO MESES de prisión**, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Igualmente le condenamos a indemnizar conjunta y solidariamente, junto a Nuria, Otilia, Roman, Raimunda y Agustina, a la testigo protegida TP NA NUM007, en la cantidad de 20.000 € por el daño moral causado. Con aplicación de lo dispuesto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Condenándole igualmente al pago de las costas procesales, relacionadas con los delitos por los que es condenado, incluyendo en tal imposición las derivadas del ejercicio de la acusación particular.

7.- A Ofelia -en relación con la testigo protegida TP NUM000-, como responsable en concepto de autora, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de:

a) Un delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual del artículo 177 bis 1 b) y 4 b) del Código Penal, en concurso medial con un delito de determinación coactiva a la prostitución de persona de menor edad, del Art. del 188.1 y 3 a) del mismo cuerpo legal, a la pena de **ONCE AÑOS de prisión**, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

Asimismo le imponemos la prohibición de acercamiento a la testigo protegida TP NUM000, su domicilio, lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por ella a una distancia inferior a los 100 metros así como la prohibición de comunicación, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, durante 16 años.

b) Un delito de favorecimiento de la inmigración clandestina del artículo 318 Bis 1 del Código Penal, a la pena de **SEIS MESES de prisión**, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Igualmente le condenamos a indemnizar a la testigo protegida TP NUM000, en la cantidad de 20.000 € por el daño moral causado. Con aplicación de lo dispuesto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Condenándole igualmente al pago de las costas procesales, relacionadas con los delitos por los que es condenada.

8.- A Vicenta -por lo que respecta a Doña Agueda-, como responsable en concepto de autora, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de un delito de determinación coactiva a la prostitución del artículo 187.1 del Código Penal, a la pena de **DOS AÑOS de prisión**, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 12 meses con una cuota diaria de cinco euros, determinando una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas.

Condenándole igualmente al pago de las costas procesales, relacionadas con los delitos por los que es condenada.

B.- DEBEMOS ABSOLVER y ABSOLVEMOS LIBREMENTE:

1.- A Agustina -en relación con la testigo protegida TP NUM000-, de: **a)** Un delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual del art. 177 bis 1 b), 4 b) y 6 del Código Penal, en concurso medial con un delito de determinación coactiva a la prostitución del Art. del 188.1 y 3 a) del mismo cuerpo legal; y **b)** Un delito de favorecimiento de la inmigración clandestina del Art 318 Bis 1 del Código Penal, del que venía acusado por el Ministerio Fiscal, por lo que se refiere a dicha testigo protegida TP NUM000, con declaración de oficio las costas procesales causadas con respecto a estos delitos.

2.- A Nuria, Otilia, Roman y Raimunda -por lo que respecta a Doña Agueda-, de: **a)** Un delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual del art. 177 bis 1 b) y 6 del Código Penal, en concurso medial con un delito de determinación coactiva a la prostitución del Art. 187.1 del mismo cuerpo legal; y **b)** Un delito de favorecimiento de la inmigración clandestina del Art 318 Bis 1 del Código Penal, de los que venían acusados por el ministerio Fiscal, en relación con Doña Agueda, con declaración de oficio las costas procesales causadas con respecto a estos delitos.

Se acuerda el decomiso del dinero, bienes y efectos, que se detallan en los apartados "F", "G", "H", "I" y "J", del Antecedente de Hechos Probados de la presente resolución, a los que se dará el destino legal procedente.

Se ratifica el Auto de declaración de solvencia parcial de Nuria y los de declaración de insolvencia de Otilia; Roman, Raimunda, Agustina, Anselmo, Ofelia y de Vicenta, dictados por el Juzgado Instructor.

Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad que imponemos, se declaran de abono el tiempo en que las personas procesadas han estado privadas provisionalmente de libertad, incluyendo en tal conjunto el periodo de detención, con el detalle que se expresa en el expositivo de la presente resolución.

Notifíquese la presente resolución a las partes y personalmente a las personas procesadas.

Librese por el Sr. Letrado de la Administración de Justicia certificación de la presente resolución, que se dejará en el rollo correspondiente, llevando la original al libro de Sentencias Penales de esta Sección.

La presente resolución no es firme y cabe interponer frente a ella recurso de apelación, ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, formalizándose ante esta Sección, con arreglo a lo dispuesto en el art. 846 ter. L.E.Crim, dentro de los diez días siguientes a la última notificación.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá testimonio a la causa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos..".

TERCERO.- Recurrída la anterior sentencia en apelación por la representación procesal de Ofelia, se remitieron las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra que, en fecha 3 de junio de 2020, dictó sentencia, en la que declaró como **HECHOS PROBADOS** los siguientes:

A.- Agentes del Grupo Operativo de Extranjeros de la U.C.R.I.F. de la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras de Navarra, del Cuerpo Nacional de Policía, que por motivo de las investigaciones policiales tenían conocimiento de que en el POLIGONO001 de esta ciudad, concretamente en un lugar situado en las inmediaciones del DIRECCION000, había mujeres muy jóvenes, incluso menores de edad, al parecer nigerianas, que ejercían la prostitución, establecieron un dispositivo de vigilancia el 5 de octubre de 2016, observando que entre las mujeres que se encontraban ejerciendo la prostitución destacaba una joven, delgada, la cual por sus rasgos físicos pudiera ser menor de edad.

Durante el tiempo que duró la vigilancia la joven no tuvo contacto con ningún usuario por lo que se decidió realizar un seguimiento a la misma. En su desarrollo los funcionarios observaron como la joven se desplazó andando desde el POLIGONO000 hasta el BARRIO000, introduciéndose en el inmueble situado en la CALLE000 N° NUM001 de dicho barrio.

Sobre las 21:15 horas del día 7 de octubre de 2016, los funcionarios con carnets profesionales NUM002 y NUM003 observaron como de la C/ CALLE000 N° NUM001 de BARRIO000 salía la misma joven que había sido vista el pasado día 5 de octubre en el POLIGONO000 ejerciendo la prostitución; la joven tomó el autobús urbano correspondiente a la línea N° NUM004 hasta el PASEO000, donde hizo transbordo a la línea N° NUM005 para posteriormente bajarse en la localidad de DIRECCION001; una vez allí la joven atravesó la autopista y se dirigió hasta el aparcamiento del supermercado DIRECCION000.

Los agentes, sobre las 22:00 horas, identificaron a la joven, quien se encontraba indocumentada, resultando ser la testigo protegida TP NUM000, nacida en DIRECCION002, Estado de Edo -República Federal de Nigeria-, el NUM006 de 1999, manifestando a los agentes que no tenía ningún familiar en Pamplona y que se encontraba sola, asimismo manifestó que vivía en una habitación alquilada en BARRIO000, sin recordar el nombre de la calle, que llevaba unos cinco meses en Pamplona y que, de manera habitual, ejercía la prostitución en el POLIGONO000. Revisadas sus pertenencias se comprobó que no portaba ningún tipo de documentación, ni llaves, ni dinero en efectivo, tan solo llevaba en su bolso 15 preservativos y un rollo de papel higiénico.

Puesta en comunicación de la Fiscalía de menores, de la Fiscalía de la Comunidad Foral de Navarra, la situación de la testigo protegido TP NUM000, se dispuso que ingresara la misma noche en el Centro de Observación y Acogida de la Fundación DIRECCION003 - DIRECCION004. Permaneció en dicho un dispositivo asistencial hasta el 28 de noviembre de 2016, fecha en la que por Resolución de la Directora Gerente de la Agencia Navarra de Autonomía y desarrollo de las Personas, se le declaró en situación de desamparo, cesando el acogimiento provisional de dicha menor, autorizando su baja en el COA, disponiendo el paso a un régimen de acogimiento administrativo residencial, en la residencia de protección de DIRECCION005, gestionada por la Fundación DIRECCION003 - DIRECCION004.

Mediante Resolución 4321/2017 de 28 de junio de la Directora Gerente de la Agencia Navarra de Autonomía y Desarrollo de las Personas, se autorizó su baja en el anterior recurso y el ingreso en un centro específico de la Asociación para la Prevención, Reinserción y Atención a la Mujer Prostituida, en régimen de acogimiento administrativo residencial.

Siguiendo con el dispositivo de vigilancia en la zona, los agentes policiales detectaron el día 28 de octubre de 2016 la presencia de una mujer de nacionalidad extranjera, a quien consideraron menor de edad, ejerciendo la prostitución, quien resultó ser la testigo protegido TP NA NUM007; posteriormente se comprobó que había

nacido en Benin City, Estado de Edo -República Federal de Nigeria-, el NUM008 de 1998. Siendo trasladada al Centro de Observación y Acogida de la Fundación DIRECCION003 - DIRECCION004 .

La testigo protegida TP NA NUM007 , se acogió al régimen de protección regulado en el artículo 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, prestando declaración en calidad de testigo protegido en las dependencias de la Brigada Provincial de extranjería y Fronteras de Navarra, con fechas 5 y 7 de diciembre de 2016 y el día 28 de febrero de 2017 ante los funcionarios con carnés profesionales número NUM009 y NUM010 , adscritos al Grupo IX de la Brigada Central contra la Trata de Seres Humanos de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras.

B.- Como consecuencia de las labores proactivas de investigación policial, vigilancias y seguimientos, análisis documental, teniendo en cuenta los elementos de convicción indiciaria derivados del resultado de las intervenciones, autorizadas mediante los Autos dictados por el Juzgado instructor, en los que inicialmente se acuerda, la intervención, escucha y grabación de determinados teléfonos y los IMSI asociados, así como las sucesivas prórrogas; los resultados de las diligencias de entrada y registro en los domicilios que a continuación se señalarán debidamente autorizados por dicho Juzgado instructor y el Juzgado de Primera Instancia e instrucción número NUM000 de DIRECCION006 -Comunidad Autónoma de Madrid-, así como la concreción de identidad de alguna de las personas posteriormente procesadas - Nuria , Otilia , Roman -conocido también como Roque - y Raimunda -, en base al reconocimiento fotográfico realizado por la testigo protegida TP NA NUM007 , se pudo concretar que esta testigo protegida había llegado a Pamplona en el marco de la actividad de un grupo de ciudadanos originarios, excepción hecha de Roman , de la ciudad de Benin City, Estado de Edo - República Federal de Nigeria-, lugar de nacimiento de testigo protegida TP NA NUM007 -y a donde se había trasladado poco tiempo después de nacer la testigo protegida TP NUM000 -.

Dichas personas procesadas, residían (excepción hecha de Vicenta , apodada " Yolanda ") en Pamplona, tenían una estrecha relación entre sí, en la dedicación de traer mujeres desde Nigeria, para explotarlas sexualmente a través de la prostitución, aprovechando su situación de vulnerabilidad, en relación con la precariedad en que se desarrollaba su vida en ese país, bajo la promesa de mejorar su vida.

En concreto Nuria , vivía junto a su pareja Otilia , en la CALLE001 número NUM011 ; Roman y su pareja, Raimunda , en la AVENIDA000 número NUM012 , siendo esta hermana de Otilia .

No ha quedado acreditado que Otilia participase en la indicada actividad, como tampoco el procesado Agustina , que residía junto a su madre Ofelia en la CALLE000 número NUM001 , NUM013 del BARRIO000 de esta Ciudad. Tampoco se ha acreditado la participación del procesado Anselmo en tal dedicación.

La procesada Vicenta residía en la CALLE003 , núm NUM015 de DIRECCION006 (Comunidad Autónoma de Madrid).

Las personas a quienes se explotaba sexualmente, eran captadas en el entorno de Benin City, Estado de Edo -República Federal de Nigeria-, de donde, como antes se ha señalado, eran originarias la práctica totalidad de las personas procesadas.

Para captar a las mujeres, los procesados contaban en su país con familiares como la "madre de Nuria " y el hijo de Raimunda , Calixto , apodado " Casimiro ", quienes localizaban y convencían a las personas que posteriormente eran explotadas sexualmente, aprovechando la extrema situación de vulnerabilidad en que estas se hallaban, además de someterlas en algunas ocasiones a ritos de "vudú".

El grupo disponía de personas en Italia que posibilitaban el tránsito a España de las mujeres cuya explotación sexual se pretendía. En concreto, entre esas personas se encontraba Constancio , hermano de Roman .

C.- La testigo protegida TP NA NUM007 , como antes se ha señalado nacida en Benin City, Estado de Edo - República Federal de Nigeria-, el NUM008 de 1998, era la sexta de siete hermanos y gemela con otra chica. Antes de trasladarse a España vivía con sus padres, su hermana gemela, un hermano de 17 años y un sobrino. La relación entre sus padres no era buena, relatando episodios donde su padre le había pegado a ella y también otro episodio donde ella se había tenido que poner delante de su madre para que su padre no le pegara.

La familia carecía de recursos suficientes para poder subsistir, su padre no trabajaba y su madre era ama de casa, los únicos ingresos que tenían en la casa familiar eran los que ella y su hermana aportaban trabajando en una tienda de ropa, que ascendían a unos 5.000 Nairas -moneda local-.

Según su relato, la madre quería que ella estudiara, siempre le decía que tenía que ir al colegio, que era importante, pero al tener que trabajar para sostener a su familia apenas podía asistir a clases. La relación con su madre siempre había sido muy buena, para la testigo protegida TP NA NUM007 era muy importante en su vida y sufría mucho cuando su madre era agredida por su padre.

En el mes de enero de 2016, un vecino, conocido como antes se ha indicado bajo el nombre de Casimiro , hijo de la procesada Raimunda , conocedor de la situación de precariedad en que se encontraba la testigo protegido, las circunstancias que rodeaban la convivencia familiar y del deseo de ésta, de viajar a Europa, con la finalidad de obtener un trabajo con el que poder ayudar a su familia y enviar el dinero suficiente a Nigeria, siguiendo las instrucciones de su madre, quien actuaba en el contexto grupal señalado, le indicó que Raimunda tenía una tienda muy grande de peluquería en España y le dijo que una vez que llegara a España podía trabajar en la peluquería con ella.

Ante la situación de falta de recursos y el ambiente de violencia familiar en la que se encontraba, confiando en la propuesta de trabajo que le había sido ofrecida, decidió viajar a Europa para poder ayudar a su familia y así enviar dinero suficiente para que su madre se pudiera trasladar de vivienda.

En este contexto, Casimiro proporcionó el teléfono de la testigo protegido a Raimunda , quien se comunicó con esta, ratificando la oferta que había sido realizada a través de su hijo, le indicó que su situación iba a cambiar, que iba a vivir bien y le propuso venir a España.

Días después, Raimunda puso en contacto a la testigo protegida con una señora con quien se citó, diciéndole que debía llevar un pollo al lugar donde habían quedado. Cuando llegó, le realizaron un ritual de vudú, cortando la cabeza al pollo, metiendo en un vaso la sangre, echando una especie de whisky, cola y se lo hicieron beber, mientras le manifestaron que iba a viajar a Europa diciéndole " *Si no obedeces y pagas a la persona que te lleva a Europa, morirás*". Pidiéndole que antes de abandonar Nigeria debía entregarle una prenda de ropa interior suya.

Antes de iniciar el viaje, Raimunda dio instrucciones a la testigo protegida en el sentido de que tenía que memorizar dos números de teléfono, el + NUM016 y el + NUM017 , para que una vez llegara a Italia se pusiera en contacto con ella, así como acerca del modo en que debía realizar el viaje; marchando de Benin City junto a un grupo de 7 chicas y 10 chicos nigerianos, hasta DIRECCION007 en Nigeria, posteriormente a DIRECCION008 en Níger y finalmente a Libia, verificando todo el viaje sin ningún tipo de documentación.

Cuando llegó a Libia, la testigo protegida estuvo aproximadamente seis meses en un campamento donde había muchas personas. Raimunda le indicó que debía esperar allí hasta que pudieran cruzar el Mediterráneo, pero una madrugada escapó del campamento, junto con otras personas, huyendo y escondiéndose de los árabes, ya que los perseguían y los mataban si los encontraban. Llegaron a una nueva zona donde, pasadas 3 semanas, consiguieron cruzar el Mediterráneo, realizando el viaje unas 124 personas en barco neumático, en condiciones extremas, pues había mucha gente que gritaba. Cuando llegó a tierra no paraba de llorar por haber llegado y daba gracias a Dios.

Una vez dichas personas fueron rescatadas por la DIRECCION009 , les trasladaron a DIRECCION010 en Italia, posteriormente les llevaron a un campamento de refugiados en DIRECCION011 , donde le hicieron fotos y le tomaron huellas digitales,

Pasados unos días en el campamento, la testigo protegido se puso en contacto con Raimunda , llamando por teléfono a uno de los números que había memorizado, contestando al teléfono su pareja, el procesado Roman , quien se mostró muy molesto con ella, gritándola e insultándola por no haberse puesto en contacto antes con ellos y haber huido del campamento en Libia.

Finalmente, dichos procesados le explicaron cómo podía abandonar el campamento, dándole indicaciones para que fuera a la estación de tren y se juntara con un chico nigeriano, quien iría vestido con una gorra y una chaqueta azul.

La testigo protegida contactó con el chico y viajó con él hasta la ciudad de DIRECCION012 ; una vez en DIRECCION012 el chico la llevó hasta su casa donde vivía con su novia y otros 5 chicos nigerianos. A la mañana siguiente el chico le compró un billete para ir a DIRECCION013 y le dijo que tenía que juntarse con una chica nigeriana llamada Juana .

La expresada Juana era la pareja sentimental del hermano de Roman , llamado Constancio , anteriormente reseñado.

Juana recogió a la testigo protegida en la estación y la llevó a la vivienda donde residía junto a Constancio , en DIRECCION013 , donde permaneció unas dos semanas.

En dicha ciudad, siguiendo las instrucciones de Roman , Constancio dispuso lo necesario para obtener unas fotos de la testigo protegida, que fueron enviadas al domicilio en Pamplona de Raimunda y Roman . Igualmente, Roman envió 100 €, a través de la compañía de envío de dinero RÍA, a Constancio , con fecha 24 de julio de 2016; con ese dinero se abonó el billete de tren para el desplazamiento de la testigo protegida de DIRECCION013 a DIRECCION014 .

Una vez en DIRECCION014 , la testigo protegida, siguiendo las indicaciones que se le hicieron, contactó con el procesado Nuria , quien proporcionó a la testigo protegida una tarjeta de residencia de España y un pasaporte de nacionalidad nigeriana, con su foto y datos de identidad, si bien la fecha de nacimiento estaba cambiada, indicándole que al día siguiente iban a realizar un viaje en avión de DIRECCION015 a Zaragoza y posteriormente en autobús de Zaragoza a Pamplona, dándole instrucciones de cómo se debía comportar en caso de que le identificaran los agentes de la autoridad, pasando la noche en una casa de la expresada Ciudad.

En fecha no precisada del mes de julio o agosto de 2016, la testigo protegida llegó a España en un vuelo origen DIRECCION023 (DIRECCION015) y destino Zaragoza, acompañada del procesado Nuria y en asientos contiguos.

No ha quedado acreditado que la reserva de este viaje fuese realizada y pagada por el procesado Agustina , ni que el correo electrónico utilizado para la tramitación de dicha reserva correspondiese a la dirección de correo electrónico: DIRECCION016 , de la que era titular el procesado Anselmo .

Una vez en Zaragoza, Nuria trasladó en autobús a la testigo protegida hasta esta Ciudad; ya en Pamplona, Nuria , en el contexto de la actuación del grupo referida, dejó a la testigo protegida TP NA NUM007 bajo el control de Roman y Raimunda , comenzando a residir en la vivienda de estas personas, ubicada en la AVENIDA000 número NUM012 .

Raimunda dio de alta a la testigo protegida TP NA NUM007 en el padrón municipal de habitantes de Pamplona en dicho domicilio, el día 25 de agosto de 2016, aportando una autorización de domicilio en la que Raimunda manifiesta el consentimiento de que la testigo protegida se aloje en esa vivienda, así como fotocopia de dos pasaportes de Raimunda y de la testigo protegida. Igualmente, Raimunda y Roman hablaron con la testigo protegida, comunicándole la primera que había contraído una deuda de 30.000 Euros y que además debía pagar el alojamiento y comida, a lo que la testigo protegido contestó que no sabía que tenía que pagar esa cantidad, diciéndole Raimunda que *" me da igual si lo sabes o no, pero esa es la cantidad que me tienes que pagar por haberte traído a Europa"*, retirándole el pasaporte y el permiso de residencia que le habían facilitado y diciéndole que tendría que salir a pedir en la calle.

Al día siguiente de su llegada la testigo protegida fue, con Roman , a mendigar en la calle bajo el control de este, quien le indicó como debía pedir. Al regresar de noche a la vivienda reseñada, Raimunda le pidió todo el dinero que había recaudado, significándole que era poco los 11€ obtenidos.

La mañana siguiente, Raimunda llevó a la testigo protegida a comprar unos shorts y ropa interior transparente, pensando esta que era para ponérsela en casa, poniéndole de manifiesto Raimunda que ello no era así, pues la necesitaba para trabajar esa noche; al preguntarle la testigo protegida en qué tenía que trabajar, le dijo que tenía que ir a trabajar en la calle, vendiendo su cuerpo, para pagar de esta forma la deuda que había contraído. Manifestando la testigo protegida su sorpresa y total desconcierto, pues eso no es lo que se le había indicado en Nigeria para trasladarse a Europa, mejorar su modo de vida y ayudar a su familia.

En la noche, Roman y Raimunda llevaron andando a la testigo protegida a la zona del POLIGONO001 de esta ciudad, donde habían quedado con una chica, quien indicó a la testigo protegida que no tenía que ser tímida, que tenía que saludar a los hombres y le enseñó varias palabras en español, siendo estas: *" hola"*, *"chupar 20"*, *"follar 30"*, *"chupar y follar 50"*.

En este contexto, la testigo protegida, hallándose en un país desconocido, sin familia ni personas allegadas en las que pudiera confiar, sin saber el idioma y dada su juventud con apenas 18 años recién cumplidos, fue obligada a ejercer la prostitución todos los días de la semana sin descanso, aunque estuviera con el período, desde las 20 horas, en que salía de la vivienda antes señalada, hasta alrededor de las 2 de la mañana. Estando controlada por una mujer que daba cuenta por teléfono a Raimunda de la actitud de la testigo protegida. Las cantidades que obtenía por el ejercicio de la prostitución se las entregaba a Roman y Raimunda , llevándose la cuenta de los servicios de forma manuscrita en libretas y hojas cuadrículadas en las que se hacían constar los días del mes asociados a cantidades de dinero correspondientes al cobro de los servicios.

Como consecuencia de estos hechos, la testigo protegida TP NA NUM007 ha recibido un tratamiento terapéutico en una institución de acogida; a lo largo de las intervenciones expresó en varias ocasiones su miedo y preocupación por el daño que le pudiera hacer a su familia, ya que las personas a las que ella ha denunciado conocen a su familia. Manifiesta tristeza, incertidumbre y desesperanza ante la vida que está llevando en España actualmente y hacia su futuro. Expresa pérdida de apetito en las ocasiones donde la preocupación le desborda y dificultades para mantener el sueño y poder obtener un buen descanso. En la actualidad se encuentra en un proceso de inserción, precisa de apoyo y tratamiento psicológico.

D.- La testigo protegida TP NUM000 nació, según antes se ha expresado, en DIRECCION002 , Estado de Edo - República Federal de Nigeria- el NUM006 de 1999, si bien, al poco tiempo de nacer, fue trasladada a la localidad

de Benin City; la familia estaba formada por sus padres y tres hermanos. Cuando la testigo protegida tenía 12 años su padre les abandonó e inició la convivencia con otra mujer; a partir de este momento la situación del grupo familiar era precaria de modo que, después de haber asistido a un colegio privado, tuvo que cambiarse a un centro público, que abandonó para realizar su formación en un taller de costura, teniendo la intención de permanecer en Nigeria y buscar un trabajo relacionado con su formación; en esa fase de su vida no había desempeñado un empleo estable, dedicándose al cuidado de sus hermanos y realizando de forma puntual labores de limpieza en la vivienda de una conocida, lo que le permitía obtener algunos ingresos que entregaba a su madre.

A principios del año 2015, un pastor de la Iglesia a la que asistían, llamado Juana , conocido de la familia, preguntó a la testigo protegida si le gustaría viajar a Europa e ir a la universidad para estudiar aquello que le gustaba y cumplir sus sueños. La testigo protegida desconfió de esta propuesta, valorando que no podía hacer frente a un viaje al extranjero, dado el bajo poder adquisitivo de su familia, pero el pastor le persuadió de la conveniencia del desplazamiento aludiendo al hecho de que así ganaría dinero y podría ayudar a su familia y además el viaje no le costaría nada. A pesar de su desconfianza inicial, Corretejaos acabó convenciendo a la madre de la testigo protegida, quien siempre creyó en él por ser una persona muy religiosa; su madre le expuso las ventajas que tenía la aceptación de la propuesta pues no quería que sufriera como ella y deseaba que tuviera un futuro. Finalmente, la testigo protegida se convenció de aceptar la propuesta, pensando en la angustiada situación económica de su madre y hermanos y que así podría ayudarles.

El trayecto hasta Libia se realizó utilizando autobús, taxi y en determinados tramos caminando, fundamentalmente en horas nocturnas, sin poder precisar el tiempo que emplearon hasta la llegada a Libia. La primera parada se produjo en una casa con más personas en la que recibió indicaciones de organizarse y fingir que uno de los hombres era su marido. En este momento tuvo un mal presentimiento, destacando la implicación de otro hombre, quien haría negocio con Juana .

A su llegada a Libia, le confiscaron el teléfono móvil y el dinero que le había dado su madre al partir de Benin City y le llevaron a una vivienda en la que había un gran número de personas en estado de hacinamiento. Desde esa vivienda, la policía de Libia trasladó a las personas que permanecían en la vivienda a una prisión en la cual estuvo durante un periodo aproximado de dos meses. Tras varias semanas le permitieron llamar a su madre, a quien informó de todo lo sucedido. A raíz de esta llamada, su madre contactó con Juana y finalmente la dejaron en libertad.

Poco después contactó con el hombre que hacía negocio con Juana y permaneció unos días en casa de éste y su mujer, refiriendo a la testigo protegida que le habían engañado, no iba a ir al colegio ni a la universidad, pero en la situación en que se encontraba no podía llevarle a Europa porque no tenía dinero.

En estas circunstancias, la procesada Ofelia , quien actuaba en connivencia con Juana , para posibilitar que la testigo protegida llegara a España con la finalidad de ser explotada sexualmente, pagó lo necesario para que atravesara el Mediterráneo y llegara a Italia.

Una vez la testigo protegida TP NUM000 logró llegar a Italia, tras ser rescatadas las personas que realizaron la travesía en un bote neumático por los servicios de salvamento marítimo, fue trasladada a un centro en el que permaneció unos dos meses, donde se le proporcionó un permiso de estancia para extranjeros, expedido por el Ministerio del Interior de la República Italiana, en el que constaba como fecha de nacimiento el NUM026 de 1993.

Posteriormente contactó con Ofelia a través del teléfono que le habían facilitado, siguiendo sus indicaciones y, utilizando los billetes que le proporcionaron se desplazó en tren hasta una ciudad de Italia, donde Ofelia la recogió.

La procesada Ofelia viajó por vía aérea de Barcelona a Roma el día 6 de febrero de 2016; una vez que recogió a la testigo protegida, se desplazó con esta de Roma a Barcelona por vía aérea el 11 de febrero de 2016. Para realizar este viaje, Ofelia le dijo a la testigo protegida que tenía que hacerse pasar por su hija, le proporcionó una peluca y le estuvo enseñando la noche anterior varias palabras en castellano, utilizando como documentación durante el desplazamiento la tarjeta de residencia en España y el pasaporte de la hija de la procesada Juana . En el billete de avión correspondiente al viaje de la testigo protegida tp NUM000 de Roma a Barcelona, el día 11 de febrero de 2016, figuraba el nombre de la hija de Ofelia , Juana .

Una vez en Pamplona, Ofelia alojó a la testigo protegida en la vivienda de la CALLE000 N° NUM001 , NUM013 de Pamplona, donde igualmente residían su hijo Agustina y su hija Juana .

Pasados unos días de estancia en dicha vivienda, durante los cuales Ofelia había indicado a la testigo protegida que si le preguntaban, cuando acudían a la Iglesia o en otras situaciones similares, debía decir que



era su sobrina, le manifestó a esta que había invertido mucho dinero en ella y que le debería pagar ejerciendo la prostitución.

La testigo protegida reaccionó diciéndole que prefería morir a prostituirse, no podía dejar de llorar y le comunicó que no sabía nada de sexo, quería devolverle el dinero que debía por el viaje pero no de esa manera; desechando la idea de poner su situación en conocimiento de la policía, pues Ofelia le amenazó diciéndole que si llamaba a la policía le iban a meter en prisión y se asustó pensando que iba a tener que volver a estar en la cárcel como en Libia.

En esta situación, por razón de su corta edad, encontrándose sola y sin recursos, desconociendo el castellano, la testigo protegida se vio obligada a ejercer la prostitución. Llevándole Ofelia en el autobús por la noche a una calle del POLIGONO001, cerca del DIRECCION000, donde había varias chicas prostituyéndose y le dijo que debía hacer lo mismo que ellas.

La testigo protegida permanecía en este lugar, ejerciendo la prostitución, todos los días desde las 22 horas a las 7 de la mañana, exigiéndole Ofelia que lo hiciera incluso cuando se encontraba con la menstruación. Riñéndole cuando volvía antes sin traer dinero e incluso no le dejaba subir a la vivienda donde residía si no había tenido clientes. Todo el dinero que recaudaba se lo entregaba a la procesada.

Como antes se ha señalado en el apartado "A", la testigo protegida TP NUM000 fue identificada el mes de octubre de 2016, por los Agentes que se expresan, ejerciendo la prostitución en el POLIGONO001 de esta ciudad, disponiéndose por la Fiscalía de menores de la Fiscalía de la Comunidad Foral de Navarra, en la noche del día 7 de octubre de 2016, su ingreso en el Centro de Observación y Acogida de la Fundación DIRECCION003 - DIRECCION004.

Mientras que la testigo protegida residió en la vivienda de la CALLE000 número NUM001, NUM013 del BARRIO000 de esta Ciudad, mantuvo relaciones sexuales completas con Agustina. En la expresada vivienda fue hallado un "informe médico de consulta externa", correspondiente a la consulta en el Centro de atención a la Mujer de DIRECCION021 que se realizó a la testigo protegida con fecha 17 de junio de 2016, en el que consta que el resultado de la prueba de embarazo es positiva. Apreciándose en la ecografía vaginal la existencia de una "Gestación única intraútero con vesícula gestacional con embrión de LCR 3.1 milímetros y el EF positivo. Corresponde a seis semanas de gestación".

Según se detalla en el informe del equipo de menores en conflicto social y de reforma de la Agencia Navarra de Autonomía y Desarrollo de las personas, emitido con fecha 28 de diciembre de 2016, durante la estancia de la testigo protegida tp NUM000 en el Centro de Observación y Acogida de la Fundación DIRECCION003 - DIRECCION004: "... Con respecto al proceso de gestación:

-2016/10/17: la menor vomita en varias ocasiones y refiere dolor de cabeza. Acudimos a urgencias, le realizan una prueba de embarazo, dando como resultado positivo. Le realizan una ecografía tras la cual se confirma que se encuentra en proceso de gestación de cinco semanas.

-2016/11/10: Acudimos a Ginecología, le realizan una ecografía, informándonos de que el feto desde la quinta semana no está creciendo y que el corazón no late, por lo tanto tendrá que expulsarlo de forma natural ayudada con medicación. La menor manifiesta negarse a la toma de medicación, alegando que en su país el expulsivo tiene que ser de forma natural.

-2016/11/17: Nos ponemos en contacto con el servicio de urgencias ya que la joven padece fuertes dolores abdominales. Le realizan exploración médica y programan ingreso para el día siguiente. El 18 de noviembre le ingresan, le suministran medicación para que dilate y expulse el feto y le dan el alta médica tras comprobar que ha realizado el expulsivo de forma limpia y se decide que no es necesario realizar una limpieza más en profundidad a través de un legrado".

Como consecuencia de los hechos declarados probados, la testigo protegida tp NUM000 presenta daño psicológico, especialmente de carácter postraumático, en la actualidad objeto de tratamiento psicológico especializado.

No está probado que Juana obligara a la testigo protegida a cumplir las órdenes de su madre Ofelia, aparentando tener una relación sentimental con ella.

E.- Agueda, nacida en DIRECCION017 (República Federal de Nigeria) el NUM020 de 1990, hermana de la procesada Raimunda, llegó a España procedente de Nigeria en un proceso de inmigración irregular, cruzando en patera el mar Mediterráneo a finales del año 2015; figura dada de alta en el padrón municipal de habitantes de Pamplona desde el 4 de noviembre de 2015, habiendo estado empadronada en el domicilio de su hermana sito en la AVENIDA000 número NUM012 de esta Ciudad, desde el 1 de junio hasta el 15 de noviembre de 2016.



A mediados del año 2016 Agueda se desplazó a Francia, pasando a residir en un piso alquilado en DIRECCION018 por la procesada Vicenta, apodada "Yolanda"; viéndose Agueda obligada a ejercer la prostitución bajo el control de Vicenta, quién de este modo le explotaba sexualmente.

No está probado que Agueda fuera obligada a ejercer la prostitución en esta Ciudad, bajo la dependencia directa y el control de Nuria y Otilia, como forma de saldar la deuda contraída con el grupo descrito en el apartado "B", por la realización del traslado de Nigeria a España; ni que Nuria, le hubiera proporcionado un pasaporte no auténtico para verificar dicho desplazamiento.

F.- En el registro judicialmente autorizado, realizado en la vivienda sita en la CALLE001 número NUM011, donde residían Nuria y Otilia, se ocuparon, entre otros efectos: (i) Nueve teléfonos móviles, tres tabletas, un pendrive, un ordenador portátil; (ii) Un volante de empadronamiento de Agueda, en la AVENIDA000 número NUM012 de esta Ciudad; (iii) Dos comunicaciones del Gobierno de Navarra dirigidas a Agueda; (iv) Una fotocopia del pasaporte de Agueda; (v) Un cuaderno con tapa de color azul, el que constan manuscritos el nombre y apellidos de la testigo protegido TP NA NUM007; (vi) Una citación de comparecencia en un proceso verbal, con asistencia de abogado para identificación y declaración o elección de domicilio, fechado el 12 de octubre de 2016, realizado por la Policía de Estado de la República italiana a Nuria; (vii) Múltiples papeles manuscritos, que contienen números de teléfonos correspondientes a Italia; (viii) Documento bancario de "Caja Granada Monte de Piedad" en el que consta la formalización, con fecha 21 de marzo de 2016, de un préstamo por importe de 2000 €, con garantía pignoratícia, siendo la prestataria Otilia; (ix) Una libreta de direcciones en la que constan las correspondientes a diversos "clubs de alterne"; (x) Una agenda en la que figura la siguiente anotación manuscrita en inglés: " Raimunda, how u dey? Have sent the account Lumber, and still (...) to hear from you": " Raimunda my dear sister hw igur Elath? Have u called u severally pas. Don't forget 1 wish to start d Business"; (x) un cuaderno con anotaciones de diversas sumas de dinero, referidas con el nombre " Visitacion " y (xi) 575 €.

G.- En el registro judicialmente autorizado que se realizó en la vivienda sita en la AVENIDA000 número NUM012 de esta ciudad, donde residían Roman y Raimunda, se intervinieron entre otros los siguientes efectos: (i) Un volante de empadronamiento en el expresado domicilio, en el que consta el alta de la testigo protegido TP NA NUM007 con fecha 25 de agosto de 2016 y la de Agueda con fecha 1 de junio de 2016; (ii) Una solicitud de baja de empadronamiento en dicho domicilio de las personas antes expresadas, fechada el 15 de noviembre de 2016, realizada por Raimunda; (iii) Un sobre marrón en el que figura manuscrito en el anverso como destinatario " Roque " y en el reverso figura como remitente " Constancio ". En el interior de dicho sobre se encontraban cuatro fotografías de la testigo protegida TP NA NUM007, contenidas a su vez en una funda plástica en la que figura impresa mecánicamente el nombre del establecimiento de fotografía " DIRECCION020 ", ubicado en DIRECCION019, NUM021, NUM022 de DIRECCION013-AP (Italia), documento de asistencia sanitaria del Servicio Navarro de Salud y tarjeta de visita del Servicio Navarro de Salud, certificado de empadronamiento de la testigo protegida en el domicilio referido y partida de nacimiento, en la que constan manuscritos nombre y apellidos; (iv) Libretas y hojas cuadrículadas en las que de forma manuscrita figuran los días del mes asociados a cantidades de dinero; (v) Contrato de alquiler de la expresada vivienda, fechado el 1 de enero de 2017, en el que intervienen en calidad de arrendatarios Raimunda y Nuria; (vi) Dos teléfonos móviles y un pendrive y (vii) 75 €, así como 87 dólares USA, provenientes de la actividad ilícita

H.- En el registro judicialmente autorizado, realizado en la vivienda sita en la CALLE000 número NUM001, NUM013 del BARRIO000, donde residían Ofelia y Juana, se intervinieron entre otros los siguientes efectos: (i) Billete emitido por la compañía aérea Alitalia, relativo al viaje Barcelona-Roma el 6 de febrero de 2016 en que figura como pasajera Ofelia, así como dos billetes emitidos por la misma compañía, relativos al viaje Roma-Barcelona el 11 de febrero de 2016, en el que figuran como viajeras Ofelia y Juana; (ii) Permiso de estancia para extranjeros, expedido por el Ministerio del Interior de la República Italiana, relativo a la testigo protegida tp NUM000, en el que constaba como fecha de nacimiento el NUM026 de 1993; (iii) Informe médico de consulta externa, correspondiente a la consulta en el Centro de atención a la Mujer de DIRECCION021, que se realizó a la testigo protegida tp NUM000 con fecha 17 de junio de 2016; (iv) Recibo en el que figura como remitente Ofelia y beneficiario Gaspar por importe de 23.379,20 NGN; recibo en el que consta como remitente Anselmo y beneficiario Santiago, por importe de 23.387,84 NGN; recibo en el que figura como remitente Anselmo y beneficiario Íñigo, por importe de 11.776,01 NGN; recibo en el que consta comoremitente Ofelia y beneficiario Gaspar, por importe de 23.588,54 NGN y recibo en el que figura como remitente Ofelia y beneficiario Gaspar, por importe de 400.000 NGN; (v) Dos teléfonos móviles, dos pendrive, un ordenador portátil y seis tarjetas de memoria

I.- Cuando fue detenido Anselmo, tras salir a las 10 horas del día 4 de abril de 2017 del portal número NUM001 de la CALLE000, del BARRIO000 de esta Ciudad, le fueron intervenidos: (i) Un Teléfono móvil marca Wiko,



color negro y rojo, carcasa plástica color rojo, nº de IMEI NUM023 e IMEI NUM024 , número de teléfono NUM025 de la compañía "Lyca Mobile y (ii) 310 € en efectivo.

J.- En el registro judicialmente autorizado, realizado en la vivienda sita en la CALLE003 , núm NUM015 de DIRECCION006 (Comunidad Autónoma de Madrid), donde residía Vicenta , se intervinieron entre otros, los siguientes efectos: (i) Tres contratos de préstamo con garantía pignoratícia, concedidos con fecha 4 de enero de 2017 por un importe total de 2405,20 €, en los que figura como prestataria Otilia ; (ii) Un sobre con membrete del Servicio Navarro de Salud conteniendo preservativos y (iii) Diversos documentos bancarios relativos a pagos hechos en Francia, mediante cargos en la cuenta de Vicenta , en la "Banque Postale, Centre Financier de Marseille", por suministro de energía eléctrica a la vivienda sita en NUM004 Rue DIRECCION022 , etg, de DIRECCION018 (Francia), entre el 14 de agosto de 2016 y el 16 de enero de 2017".

Y dictó el siguiente FALLO:

"1) Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por los procesados Roman y Raimunda contra la sentencia 250/2019 dictada por la Audiencia Provincial de Navarra (Sección segunda) en su rollo 341/2017, sentencia que por tanto confirmamos en lo que a estos recurrentes afecta, con la única precisión de que la indemnización fijada deberán abonarla conjunta y solidariamente con el procesado Nuria .

2) Estimamos el recurso de apelación interpuesto por los procesados Otilia , Agustina y Anselmo contra la expresada sentencia, resolución que revocamos en lo que a ellos afecta, pues **los absolvemos libremente de los delitos de trata de seres humanos, determinación coactiva a la prostitución - Otilia - y favorecimiento de la inmigración clandestina por los que venían condenados**, declarando de oficio las costas correspondientes a estos delitos. En consecuencia, les absolvemos asimismo de abonar la indemnización a la que se les condenaba.

3) Estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por el procesado Nuria contra la indicada sentencia, resolución que revocamos en parte en lo que a este recurrente afecta, pues **le absolvemos libremente del delito de determinación coactiva a la prostitución** por el que venía condenado, declarando de oficio las costas correspondientes a este delito. **En consecuencia, su condena queda así:**

Debemos condenar y condenamos a Nuria -en relación con la testigo protegida TP NA NUM007 -, como responsable en concepto de autor, sin que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de:

a) Un delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual del artículo 177 bis 1 b), 4 b) y 6 del Código Penal, a la pena de ONCE AÑOS de prisión, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

Asimismo le imponemos la prohibición de acercamiento a la testigo protegida TP NA NUM007 , su domicilio, lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por ella a una distancia inferior a los 100 metros, así como la prohibición de comunicación, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, durante 17 años.

b) Un delito de favorecimiento de la inmigración clandestina del artículo 318 Bis 1 del Código Penal, a la pena de SEIS MESES de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Igualmente le condenamos a indemnizar conjunta y solidariamente, junto a Roman y Raimunda , a la testigo protegida TP NA NUM007 en la cantidad de 20.000 € por el daño moral causado. Con aplicación de lo dispuesto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Condenándole igualmente al pago de las costas procesales, relacionadas con los delitos por los que es condenado, incluyendo en tal imposición las derivadas del ejercicio de la acusación particular.

4) Estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por la procesada Ofelia contra la indicada sentencia, resolución que revocamos en parte en lo que a esta recurrente afecta, pues **la absolvemos libremente del delito de determinación coactiva a la prostitución de persona menor de edad** por el que venía condenada, declarando de oficio las costas correspondientes a este delito. **En consecuencia, su condena queda así:**

Debemos condenar y condenamos a Ofelia -en relación con la testigo protegida TP NUM000 -, como responsable en concepto de autora, sin que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de

a) Un delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual del artículo 177 bis 1 b) y 4 b) del Código Penal, a la pena de DIEZ AÑOS de prisión, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.



Asimismo le imponemos la prohibición de acercamiento a la testigo protegida tp NUM000 , su domicilio, lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por ella a una distancia inferior a los 100 metros así como la prohibición de comunicación por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, durante 16 años.

b) Un delito de favorecimiento de la inmigración clandestina del artículo 318 Bis 1 del Código Penal, a la pena de SEIS MESES de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Igualmente le condenamos a indemnizar a la testigo protegida TP NUM000 , en la cantidad de 20.000 € por el daño moral causado. Con aplicación de lo dispuesto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Condenándole igualmente al pago de las costas procesales, relacionadas con los delitos por los que es condenada.

5) Confirmamos todos los demás extremos de la sentencia recurrida.

Declaramos de oficio las costas causadas en esta apelación.

Notifíquese la presente Sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer **RECURSO DE CASACIÓN**, en los supuestos previstos en el artículo 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que ha de prepararse mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, presentado ante este Tribunal dentro de los **CINCO DÍAS** siguientes al de la última notificación.

Y firme que sea, devuélvanse los autos originales al juzgado de su procedencia con testimonio de esta resolución.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá testimonio al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.".

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, la representación procesal de Ofelia anunció su propósito de interponer recurso de casación por infracción de precepto constitucional, quebrantamiento de forma e infracción de ley, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- El recurso formalizado por Ofelia , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por infracción de precepto constitucional del artículo 852 de la LECRIM y del artículo 5.4 de la LOPJ por vulneración del artículo 24 de la Constitución Española. Tras haber sido dictada sentencia se ha tenido conocimiento de que el Ministerio Fiscal estaba en posesión de un documento esencial del procedimiento, denuncia formulada por la testigo protegida tp NUM000 con fecha 14/9/2017 ante la Policía Nacional Grupo IX de la UCRIF (en Madrid). Esta declaración policial se ha unido a las actuaciones con posterioridad al dictado de la sentencia de apelación. Este documento no fue unido a la causa en el momento procesal oportuno, fue utilizado por el Ministerio Fiscal para formular su escrito de acusación y para guiar su interrogatorio en la vista oral, pero no fue en ningún momento incorporado al expediente judicial, ni al Tribunal Juzgador, ni a la defensa, generando indefensión, vulnerando el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional del artículo 852 de la LECRIM y del artículo 5.4 de la LOPJ por vulneración del artículo 24 de la Constitución Española. La Audiencia Provincial de Navarra elevó el expediente judicial al Tribunal Superior de Justicia sin incorporar al mismo dos informes de carácter pericial, de modo que la Sala del TSJ de Navarra resolvió el recurso de apelación sin poder acceder a la totalidad de las pruebas practicadas y sin el conocimiento de todos los elementos obrantes en el procedimiento, siendo estos informes esenciales para la argumentación desarrollada en el recurso de apelación, por lo que deber declararse la nulidad de la sentencia dictada en apelación ordenándose al TSJ que dicte nueva sentencia una vez incorporando la totalidad de la prueba practicada.

Tercero.- Por quebrantamiento de forma al amparo del artículo 850. 1 de la LECRIM, al haberse denegado prueba propuesta oportunamente y que se considera pertinente. Se interesó en la vista la práctica de prueba al amparo del artículo 746.6.º de la LECRIM que fue denegada por el Tribunal. Esta prueba se reiteró en el recurso de apelación conforme a lo establecido en el artículo 790.3 de la Ley procesal penal y nuevamente fue denegada.

Cuarto.- Por infracción de precepto constitucional del artículo 852 de la LECRIM por vulneración del artículo 24 de la Constitución Española. El Tribunal de instancia y el de apelación disponían en las actuaciones del testimonio de otras actuaciones seguidas por denuncia de la misma testigo protegida frente a Ofelia por un delito de obstrucción a la justicia. Esta documentación se incluyó en las actuaciones una vez estaba concluido el sumario y de la misma no se dio traslado a la defensa de la ahora recurrente hasta una fecha posterior

al dictado de la sentencia de apelación, privándose del conocimiento del contenido de estas actuaciones y de la posibilidad de proponer y practicar prueba que acreditase que en este otro procedimiento la testigo denunciante estaba faltando a la verdad, lo que tiene evidente relevancia en relación a la credibilidad de su testimonio.

Quinto.- Por infracción de precepto constitucional del artículo 852 de la LECRIM y del artículo 5.4 de la LOPJ, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24 de la Constitución Española. La valoración de la prueba es arbitraria, irrazonable e ilógica. La sentencia de apelación no hace una verdadera motivación de la sentencia, limitándose a descartar los argumentos del recurso y ratificar la valoración de la prueba desarrollada por la sentencia de la Audiencia Provincial.

Sexto.- Por infracción de precepto constitucional del artículo 852 de la LECRIM, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24 de la Constitución Española. El testimonio de la testigo víctima no reúne los requisitos jurisprudenciales para enervar la presunción de inocencia al no cumplir ninguno de los requisitos que la jurisprudencia ha definido para ello.

Séptimo y octavo.- Por infracción de ley al amparo del artículo 849.2.º de la LECRIM, por error en la apreciación de los hechos probados.

Noveno.- Por infracción de ley al amparo del artículo 849.2.º de la LECRIM por error en la apreciación de los hechos probados. Al amparo del artículo 851.1 de la LECRIM, por consignar en los hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, predetermina el fallo.

Décimo.- Por infracción de ley al amparo del artículo 849.1.º de la LECRIM, por indebida aplicación del tipo penal de trata de seres humanos del artículo 177 bis 1b) del Código Penal.

Undécimo.- Por infracción de ley al amparo del artículo 849.1.º de la LECRIM por indebida aplicación del subtipo agravado del apartado 4.b) del artículo 177 bis en cuanto a la situación de vulnerabilidad de la víctima.

Duodécimo.- Por infracción de ley al amparo del artículo 849.1.º de la LECRIM por indebida aplicación del tipo penal previsto en el artículo 318 bis del Código Penal.

SEXTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, en escrito de fecha 13 de enero de 2021, solicitó la inadmisión e impugnó de fondo los motivos del recurso e interesó su desestimación. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y hecho el señalamiento para el fallo, comenzó la deliberación el día 28 de junio de 2022, prolongándose hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra, en su Procedimiento Ordinario 341/2017, el 27 de noviembre de 2019 dictó Sentencia en la que, entre otros acusados, condenó a Ofelia como autora criminalmente responsable de: a) un delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual del artículo 177 bis 1 b) y 4 b) del Código Penal, en concurso medial con un delito de determinación coactiva a la prostitución de persona menor de edad del artículo 188.1 y 3 a) del mismo texto punitivo y b) de un delito de favorecimiento de la inmigración clandestina del artículo 318 bis 1 del Código Penal.

Contra dicha condena la condenada recurrió en apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, que estimó parcialmente su pretensión en Sentencia de 3 de junio de 2020, absolviendo a la recurrente del delito de determinación coactiva a la prostitución de persona menor de edad por el que venía condenada, imponiéndole por el delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual la pena de 10 años de prisión, inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y prohibición de comunicación o acercamiento a menos de 100 metros de la testigo protegida tp NUM000 durante el plazo de 16 años. Además de mantener su condena como autora de un delito de favorecimiento de la inmigración clandestina del artículo 318 bis 1 del Código Penal, a la pena de 6 meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

1.1. Contra esta resolución se interpone el presente recurso de casación, que la acusada estructura sobre doce motivos, el primero y el cuarto formalizados al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del artículo 5.4 de la LOPJ, por vulneración del artículo 24 de la Constitución Española, sin indicación del derecho que se sostiene infringido.

Del desarrollo de ambos alegatos se extrae que el derecho que se denuncia conculcado es el de someterse a un procedimiento con todas las garantías. Manifiesta el recurso que la testigo protegida, denominada procesalmente como "tp NUM000", el 14 de septiembre de 2017, estando ya iniciado el presente

procedimiento, interpuso denuncia ante la policía en la que relataba haber sufrido amenazas procedentes de la acusada y de su hijo. Aduce el recurso que la declaración no se ha unido a las actuaciones hasta después de haberse dictado la sentencia de apelación y que, sin embargo, fue utilizada por el Ministerio Fiscal para formular su escrito de acusación y para guiar después el interrogatorio en la vista oral, por lo que se ha privado a la defensa de proponer prueba que pudiera desvirtuar las afirmaciones vertidas en aquella denuncia y de contrastar esa denuncia de amenazas con la posterior declaración en juicio.

1.2. La cuestión es resuelta por el Tribunal Superior de Justicia en el fundamento quinto de la sentencia impugnada.

Admite que la denuncia interpuesta por la testigo "tp NUM000 " se unió al rollo de la Sala (f. 300 y ss.) omitiendo trasladar a las partes que se había realizado esa incorporación a los autos. La denuncia recogía un supuesto delito de obstrucción a la justicia por las supuestas amenazas que habría sufrido la testigo en relación con el presente juicio, sin embargo, la sentencia rechaza que la omisión del traslado a la representación de la recurrente haya generado indefensión, subrayando que la sentencia de primera instancia no fundaba ningún posicionamiento en esta cuestión, haciéndoles descansar únicamente en la prueba que había sido propuesta por las partes y admitida por la Sala.

1.3. El posicionamiento de la Sala de apelación se muestra acertado, sin que la alegación de la recurrente pueda sustentar la nulidad de procedimiento que se peticiona.

La constatación de una irregularidad procesal no es por sí sola suficiente para adquirir relevancia constitucional. Para que así sea, el defecto procesal ha de tener un efecto material concreto en las condiciones defensivas de la parte y sólo entonces puede reconocerse a la desviación una capacidad invalidatoria del proceso. En el presente supuesto, como se indica en la sentencia impugnada, ni la denuncia se propuso por las partes como elemento probatorio, ni la resolución ha extraído ninguna consecuencia de su incorporación. Por otro lado, tampoco puede identificarse ningún perjuicio en el desarrollo del juicio que venga derivado de la incorrecta actuación procesal. En primer lugar, porque no se identifica, ni se visualiza, que determinados extremos del interrogatorio de la acusación estén inspirados en esa denuncia y que hayan tenido relevancia para el proceso. En segundo término, porque la defensa tenía un perfecto conocimiento de la realidad y del contenido de esa denuncia, habiendo podido emplear esa información en la preparación de los interrogatorios, pues debe observarse que la denuncia se interpuso en septiembre del año 2017 y que motivó la efectiva tramitación de un procedimiento de instrucción contra la recurrente, por lo que se tuvo conocimiento de la imputación del delito y en todo caso antes de iniciarse el presente juicio oral en noviembre de 2019.

Los motivos se desestiman.

SEGUNDO.- El segundo motivo se formula por infracción de precepto constitucional de los artículos 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECRIM, en relación con el artículo 24 de la Constitución Española.

Tampoco aquí se identifica el derecho supuestamente conculcado, pero el alegato muestra nuevamente que se considera quebrantado el derecho a un procedimiento con todas las garantías.

Reprocha el recurso que obraban dos informes en la pieza separada correspondiente a la testigo protegida y que el órgano de enjuiciamiento no remitió esos documentos al Tribunal Superior de Justicia hasta que fueron reclamados por la parte. En todo caso, denuncia que el órgano de apelación resolvió el recurso sin que esos informes se hubieran todavía incorporado.

La pretensión de nulidad se construye de manera meramente formal, pues ni la parte recurrente desvela cuál es la materia sobre la que versan esos informes, ni siquiera apunta cuál es el efecto que su ausencia puede tener en la resolución del procedimiento en segunda instancia.

El motivo se desestima.

TERCERO.- 3.1. El tercer motivo se formaliza por cauce del artículo 850.1 de la LECRIM, al entender indebidamente denegada la prueba propuesta en tiempo y forma.

Subraya el motivo que la testigo protegida nunca sostuvo en instrucción lo que afirmó en el plenario. En juicio oral declaró haber sido víctima de un delito y relató los hechos acaecidos en la forma en la que se recogen en el relato de hechos probados, sosteniendo que no lo reconoció en sede de instrucción por haber sufrido supuestamente diversas amenazas. Considera la recurrente que el relato en plenario supuso una revelación inesperada y que justificaba la práctica de la prueba que peticionó, concretamente que se analizara la geolocalización del teléfono de la denunciante a fin de comprobar que durante la instrucción de la causa había acudido en diversas ocasiones al domicilio de la recurrente para encontrarse con su hijo, lo que sería demostrativo de una buena relación personal entre ellos y su conformidad con el contenido del testimonio sumarial.



3.2. Para momentos posteriores a los ordinariamente previstos para la proposición de pruebas, el artículo 746.6 de la LECRIM contempla la posibilidad de suspenderse el juicio oral "Cuando revelaciones o retractaciones inesperadas produzcan alteraciones sustanciales en los juicios, haciendo necesarios nuevos elementos de prueba o alguna sumaria instrucción suplementaria".

Esta Sala ha proclamado que la norma procesal, al concretar el artículo 24.2 de la Constitución Española en lo relativo a las posibilidades de defensa de las partes en un procedimiento, reconoce su derecho a producir nueva prueba. Sin embargo, consecuencia última del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y a la preclusión de las fases procesales, no toda aparición de nueva información abre la oportunidad de realizar una indagación complementaria y demorar la celebración o conclusión del juicio oral previsto o iniciado, sino que sólo es procesalmente admisible en aquellos supuestos en los que la insuficiencia del material probatorio inicialmente propuesto no deriva de un cambio de estrategia o de la inactividad o descuido de la parte, sino de una modificación de los elementos estructurales de los que debe defenderse, esto es, cuando se producen *revelaciones inesperadas con una alteración sustancial del juicio*, entendiéndose que suponen el descubrimiento de aspectos que no eran conocidos y que resultan relevantes para el objeto del proceso.

Cumplida esta exigencia es factible pretender una nueva fase probatoria que, sólo en tal caso, deberá administrarse a partir de los ordinarios requisitos de pertinencia y necesidad de la prueba propuesta. Esto es, por el primero se entiende que exista una relación con el objeto del proceso o, más exactamente, con el tema de prueba. Si aquello que se propone demostrar es ajeno a lo que la nueva decisión del proceso exige que sea demostrado, el medio es no pertinente. En otro caso, la prueba ha de ser también necesaria, que desde su significación constitucional supone que entre el medio y lo que ahora se trata de demostrar exista una relación instrumental ineludible, en el sentido de ofrecer un pronóstico de relevancia para la tesis de alguna de las partes.

3.3. Lo expuesto evidencia que la decisión del Tribunal de instancia de denegar la indagación pericial resultó acertada.

La declaración de la testigo en el juicio oral no introdujo ninguna alteración esencial en el procedimiento. Desde su fase inicial de instrucción se contemplaba como objeto del proceso determinar si la recurrente, con violencia, intimidación, engaño o abuso de necesidad o vulnerabilidad, había captado, transportado y acogido a la menor para explotarla sexualmente. La totalidad de las fuentes de prueba que se recabaron -y que se propusieron después para el juicio oral- buscaron aclarar esta cuestión, con uno u otro alcance. Incluso las intervenciones telefónicas recogían, como la recurrente subraya, cierto vínculo afectivo entre la menor y el hijo de la recurrente, también acusado. Ciertamente es que cuando la menor fue preguntada en sede de instrucción, negó la realidad del abuso. En todo caso, valorando su testimonio en conjunción con las circunstancias de su presencia en España, así como con la prueba pericial, con el testimonio de los agentes, e incluso con las intervenciones telefónicas ya expresadas, la Juez de instrucción consideró que concurrían indicios racionales de responsabilidad criminal en la recurrente.

Ese era también el objeto del enjuiciamiento, ante el que las partes propusieron las fuentes de prueba que consideraron conducentes a sus pretensiones. Y en esa realidad procesal, con ocasión de recabarse el relato de la menor durante el juicio oral, se produjo una modificación del contenido de su testimonio que, desdiciéndose de su declaración anterior de descargo, vino a reforzar la tesis acusatoria. Consecuentemente, ninguna alteración se ha producido respecto al sentido del juicio, sin que pueda sostenerse que acontezca porque la prueba personal ofrezca una capacidad incriminatoria que no era inicialmente previsible, sin perjuicio, eso sí, de que la parte pueda indagar, en los términos expresados en el artículo 714 de la LECRIM, sobre la diferencia o contradicción entre la versión sustentada en el juicio oral y la previamente expresada en sede sumarial.

El motivo se desestima.

CUARTO.- 4.1. Los motivos quinto y sexto se formulan por infracción de precepto constitucional de los artículos 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECRIM, al entender la recurrente que se ha producido un quebranto de su derecho a la presunción de inocencia.

Reprocha el recurso que la sentencia de instancia descansó en una valoración ilógica y arbitraria de la prueba, limitándose a otorgar más credibilidad al relato de la víctima que al de la acusada cuando, a su juicio, el testimonio de cargo no reviste credibilidad, pues: es voluble entre la fase de instrucción y la de enjuiciamiento, presenta contradicciones o ambigüedades y, además, puede venir impulsado por móviles espurios, dado que la testigo, que negó inicialmente que la recurrente hubiera tenido un comportamiento de abuso, a partir de sustentar que era una víctima del delito de trata de seres humanos, podía obtener el permiso de residencia que recoge el artículo 59 bis de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.



Además, frente a esa situación procesal, el recurso denuncia que la sentencia de apelación se ha limitado a descartar los argumentos de su recurso y a ratificar la valoración de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, sin hacer una verdadera motivación de la sentencia.

4.2. La jurisprudencia de esta Sala tiene establecido que en los procedimientos con doble instancia contemplados en el artículo 847.1 a) de la LECRIM, el control casacional de las sentencias que les pongan término, no sólo comporta realizar un control de legalidad referido a la interpretación y aplicación de la ley por los tribunales encargados de la apelación, sino que también puede ajustarse a revisar los juicios de inferencia que se hayan alcanzado en la instancia, a través del análisis que de esta cuestión haya efectuado el Tribunal de apelación en el caso de que el argumento hubiera sustentado el previo recurso devolutivo ante él, de suerte que, en definitiva, el ámbito del control casacional se refiere a la ponderación y argumentación que sobre la cuestión haya exteriorizado el Tribunal de apelación en respuesta a las alegaciones del apelante.

Se ha explicitado también en numerosas resoluciones de esta Sala (SSTS 1126/2006, de 15 de diciembre; 742/2007, de 26 de septiembre o 52/2008, de 5 de febrero), que la labor que corresponde al Tribunal de apelación en la encomienda de supervisar la valoración de la prueba hecha por el juzgador de instancia, cuando se alega ante él la infracción del derecho a la presunción de inocencia, no consiste en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador a quo, porque solo a éste corresponde esa función valorativa, sino verificar que, efectivamente, el Tribunal de instancia contó con suficiente prueba de signo acusatorio. Una verificación que entraña que la prueba de cargo se haya obtenido sin violar derechos o libertades fundamentales, así como que su práctica responda al procedimiento y supuestos para los que fue legalmente prevista, comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso fundamental de su raciocinio (STS 1125/2001, de 12 de julio) y que ese razonamiento de la convicción obedece a los criterios lógicos y razonables que permiten corroborar las tesis acusatorias sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, sustentando de este modo el fallo de condena.

Es cierto, como se ha dicho, que la inserción del elemento de la razonabilidad dentro del contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia genera un espacio común en el que se entremezcla con el derecho a la tutela judicial efectiva. En todo caso, el control por parte del Tribunal de apelación de la coherencia del juicio probatorio del Tribunal a quo, particularmente cuando lo que se invoca es un quebranto del derecho a la presunción de inocencia, no pasa por exigir un juicio valorativo en el que se detallen todas las pruebas que se han tenido en cuenta, sino que el Tribunal de instancia fije con claridad cuáles son las razones que ha contemplado el Tribunal para declarar probados los aspectos fundamentales de los hechos -muy especialmente cuando hayan sido controvertidos-, tanto porque permite al justiciable, y a la sociedad en general, conocer las razones de las decisiones de los órganos jurisdiccionales, o la corrección técnica de la decisión dada por el Tribunal, cuanto porque facilita el examen de la lógica y racionalidad de sus conclusiones fácticas.

De este modo, por más que no sea necesario razonar lo que resulta obvio, ni sea tampoco exigible un discurso exhaustivo sobre hechos aceptados por el acusado, en lo que se refiere a los hechos negados, no reconocidos por éste o de cualquier forma cuestionados o discutidos, las pruebas a considerar al verificar la racionalidad del proceso valorativo no son sólo aquellas que lógicamente conduzcan a la conclusión obtenida por el Tribunal, sino todas aquellas que hayan sido traídas por las partes y que puedan destruir o debilitar la convicción hasta conducirla al campo de lo incierto, lo remoto o lo especulativo.

Por último, debe recordarse, conforme la doctrina constitucional, que el control de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o cohesión (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él), como desde la suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues, razonable, cuando la inferencia sea excesivamente abierta, débil o imprecisa). En todo caso, es pacífica la doctrina constitucional y la jurisprudencia de esta Sala que proclama que el control en este último supuesto ha de ser especialmente prudente, puesto que son los órganos judiciales de instancia quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías, del acervo probatorio; de modo que sólo puede considerarse insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable (SSTC 300/2005, de 21 de noviembre o 123/2006, de 24 abril, entre otras).

4.3. En lo tocante a la declaración de la víctima, la jurisprudencia de este Tribunal y la doctrina del Tribunal Constitucional, entienden que puede ser considerada prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, incluso aunque fuese la única prueba disponible porque, en numerosas ocasiones, al perpetrarse



el delito en búsqueda de una absoluta clandestinidad, se dificulta la concurrencia de otra prueba diferenciada (SSTC 229/1991, de 28 de noviembre; 64/1994, de 28 de febrero y 195/2002, de 28 de octubre, así como SSTS 339/2007, de 30 de abril; 187/2012, de 20 de marzo; 688/2012, de 27 septiembre; 788/2012, de 24 de octubre; 469/2013, de 5 de junio; 553/2014, de 30 de junio o 355/2015, de 28 de mayo, entre muchas otras).

Lógicamente, conforme con lo expuesto anteriormente, la credibilidad del testimonio de la víctima corresponde evaluarla al órgano de enjuiciamiento, mientras que al Tribunal de revisión le compete el control de la valoración realizada por el Tribunal de instancia en lo que concierne a su racionalidad en función de los parámetros de la lógica, la ciencia y la experiencia. Y para verificar la estructura racional del proceso valorativo de la declaración testifical de la víctima, esta Sala tiene establecidos unos parámetros que, sin ser cada uno de ellos una exigencia axiomática para la validez del testimonio, sí facilitan que la verosimilitud responda a criterios lógicos y racionales, con elusión de posicionamientos internos o intuitivos del Juez.

Estos parámetros consisten en el análisis del testimonio desde la perspectiva de su credibilidad subjetiva, de su credibilidad objetiva y de la persistencia en la incriminación.

La credibilidad subjetiva se refleja por una aptitud física del testigo para percibir lo que relata cuando entra en confluencia con el plano psíquico, en el sentido de carecer el testigo de móviles espurios que debiliten la credibilidad de su versión.

La credibilidad objetiva o verosimilitud de su testimonio, según pautas jurisprudenciales ya muy reiteradas, debe estar basada en la lógica de la declaración (coherencia interna), con el suplementario y relevante apoyo de datos objetivos que corroboren periféricamente la versión sustentada en el relato (coherencia externa).

Por último, la persistencia en la incriminación, presta su eficacia analítica desde la evidencia de que los hechos vividos son únicos e inmutables, de modo que su descripción en sucesivas declaraciones, no solo debe estar despojada de modificaciones esenciales, sino que debe ser concreta, eludir vaguedades o generalidades, estar ausente de contradicciones, y ofrecer una conexión lógica con las versiones ofrecidas con anterioridad.

Obviamente estos criterios son una guía para un análisis racional del fuste o de la solidez del testimonio, pero no constituyen un patrón inmutable y preciso desde el que extraer siempre su validez o suficiencia. Como decíamos en nuestra Sentencia 355/2015, de 28 de mayo, que *"La deficiencia en uno de los parámetros no invalida la declaración y puede compensarse con un reforzamiento en otro, pero cuando la declaración constituye la única prueba de cargo, una deficiente superación de los tres parámetros de contraste impide que la declaración inculpatoria pueda ser apta por sí misma para desvirtuar la presunción de inocencia"*.

4.4. Desde esta consideración de la función casacional como evaluadora de que la supervisión que ha hecho el Tribunal de apelación respete las reglas anteriormente expuestas de valoración del juicio probatorio del Tribunal de instancia, debe rechazarse la pretensión que sustenta el motivo y que responde a la particular lectura que de la prueba realiza la representación de Ofelia .

En modo alguno puede acogerse el planteamiento de la recurrente de que la función de revisión se haya abordado por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra sin ningún rigor o esfuerzo analítico.

De ello son expresión las razones por las que el Tribunal proclamó que no puede asegurarse, indubitada y racionalmente, que la acusada supiera de la minoría de edad de su víctima, revocando por esta razón la condena impuesta a la recurrente como autora de un delito de determinación coactiva a la prostitución de persona menor de edad.

Respecto del resto de delitos, la supervisión que se ha realizado de la actividad probatoria es igualmente correcta.

El Tribunal de apelación confirma que la decisión de condena descansa en un relato detallado de la denunciante y, aun cuando su versión inculpativa es contraria a lo que la menor había sustentado en sede sumarial, de modo que alguna de sus dos versiones tenía que ser necesariamente falsa, considera racional y jurídicamente sólido que la Sala de enjuiciamiento concluya que el testimonio del juicio oral es el que se ajusta a lo verdaderamente acontecido. El posicionamiento de la Sala de apelación no sólo descansa en que éste es el resultado de la inmediación en la valoración probatoria y, con ello, de que el órgano de enjuiciamiento haya otorgado credibilidad subjetiva al relato de la menor, sino que deriva también de un análisis objetivo de las circunstancias concurrentes que, además de ser concordantes con lo que la testigo depuso en el plenario y con el resto de material probatorio, resultan absolutamente incompatibles y desconectadas de la versión de la recurrente.

La menor afirmó que fue la acusada quien abonó los gastos de su desplazamiento de Libia a Italia y que, dos meses después, la trajo a España. Afirma que la recurrente viajó a Roma para recogerla y que la acompañó



después en un vuelo hasta Barcelona. Añade que en ese último trayecto se identificó como hija de la recurrente, sirviéndose de la documentación que la acusada le facilitó. Una vez llegadas a Pamplona, fue impulsada a ejercer la prostitución para pagar los gastos que había generado su traslado a España (lo que habían *invertido* en ella, le dijeron) y para ganarse el *derecho* a residir en casa de la recurrente. Afirma que la acusada le amenazó con llamar a la policía si no accedía a ejercer la prostitución, intimidándole con que le llevarían a la cárcel por su irregular presencia en España, lo que la denunciante creyó firmemente porque ésta había sido su situación en Libia e Italia. Y concluye su relato sosteniendo que fue la propia acusada quien, una noche, le condujo hasta el polígono donde ejercer la prostitución junto a otras jóvenes.

Frente a su narración, la acusada sostiene que si se hizo cargo de la menor y fue a recogerla a Roma, fue precisamente para prestarle amparo, lo que vendría a coincidir con la versión sostenida por la testigo en instrucción y de la que se retractó en el juicio.

Sin embargo, esta tesis de descargo no es compatible con la realidad constatada por los agentes policiales actuantes, que confirmaron personalmente que la menor acudía reiteradamente a un polígono industrial y que ejercía la prostitución hasta altas horas de la madrugada o las horas del alba, lo que se hacía sin que la acusada objetara los horarios de actividad de la niña, cuando aduce ser absolutamente contraria a la prostitución como actividad de la mujer. Valora además que los billetes de avión correspondientes al desplazamiento Roma-Barcelona, se encontraron en el registro efectuado en el domicilio de la acusada y que uno de ellos había sido efectivamente emitido a nombre de la hija de la recurrente. Por último, contempla que la explicación que ofreció la menor sobre su cambio de versión, resulta coherente con su situación y con otros elementos probatorios, pues adujo que inicialmente declaró a favor de la acusada por miedo, reserva y reticencia, siendo este estado anímico y su actitud inicial confirmados por los informes periciales de los cuatro peritos actuantes.

Por último, la racional valoración del material probatorio no se desvanece ante la circunstancia de que pueda otorgarse el permiso de residencia a los extranjeros cuya estancia irregular en España confluya con ser víctimas del delito de trata de seres humanos, recogido en la actual redacción del artículo 59 bis.4 de la LO 4/2000. La referida tutela responde a la actual previsión recogida en el artículo 11.6 de la *Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, 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*, que sustituyó la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo, y el otorgamiento del permiso de estancia que recoge el precepto, ni es un beneficio automático y de obligatoria concesión a las supuestas víctimas del delito que colaboren en la investigación de los hechos, ni puede interpretarse que pueda suponer la invalidez de todos los testimonios que no están acompañados de elementos de incredulidad o de aprovechamiento abusivo, lo que la sentencia de apelación contempla desde la afirmación de que, en este supuesto, no hay ningún reflejo probatorio en la causa que apunte a una colaboración pervertida con la Administración de Justicia.

Los motivos se desestiman.

QUINTO.- 5.1. Los motivos séptimo y octavo, formalizados por infracción de ley al amparo del artículo 849.2 de la LECRIM, argumentan error de hecho en la apreciación de la prueba, materializado en diversos documentos obrantes en autos que muestran la equivocación del juzgador.

En su desarrollo la defensa argumenta que no hay ninguna prueba que preste soporte a que la familia de la testigo hubiera sido abandonada por su padre y que pasara por una angustiosa situación económica, rechazando que esa realidad se haya descrito por la testigo, que se recoja por las peritos que emitieron informe o, incluso, que se detalle en el propio informe policial. Reprocha además que se declare probado que fue conducida a la prostitución "pasados unos días de estancia" en la vivienda que la recurrente tiene en Pamplona, cuando lo que la testigo refirió es que pasó un mes hasta que, según ella, se le impuso la obligación de prostituirse.

5.2. El artículo 849.2 de la LECRIM entiende infringida la ley, para la interposición del recurso de casación, "*Cuando haya existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios*".

La estricta observancia de la jurisprudencia estable de esta Sala (ver por todas STS 1205/2011) indica que la previsión del artículo 849.2.º de la LECRIM exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el Tribunal omitió erróneamente declarar probado o bien para excluir de dicho relato un hecho que el Tribunal declaró probado erróneamente.

En todo caso, como consecuencia última de que el principio de inmediación y el contacto con el conjunto de la prueba no es predicable de la intervención jurisdiccional en casación, es exigencia de esta Sala que el error fáctico o material se muestre con documentos, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba, ni tener que

recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones, así como que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba.

La prosperabilidad del motivo exige, en esencia, que el tenor de los documentos acredite en casación, de la misma forma incontrovertible a como debió hacerlo en la instancia, una contradicción de su contenido con los enunciados del relato fáctico de la sentencia o la insuficiencia de este relato en aspectos esenciales del juicio de responsabilidad, y que lo hagan de forma tan manifiesta, indiscutible y clara, que evidencien la arbitrariedad de la decisión del Tribunal por haberse separado sin fundamento del resultado de la prueba (STS 982/2011, de 30 de septiembre).

5.3. Ninguna de estas exigencias se cumple en el supuesto que aquí contemplamos. Ningún documento se aporta que evidencie la insuficiencia o equivocación del relato fáctico. Lo que el recurso suscita es una discrepancia con la valoración de todo el material probatorio, tratando de extraer conclusiones de instrumentos probatorios que sobrepasan la prueba documental y que han sido ya analizados en el fundamento anterior.

En todo caso, como complemento del análisis de la prueba que puede prestar sustento a los distintos elementos del tipo **penal**, es conveniente puntualizar que la situación familiar en Nigeria no ofrece relevancia para el sentido del fallo, pues la situación de necesidad de la víctima que exige la antijuridicidad de la conducta puede constatarse en cualquier momento de la actuación del sujeto activo, requiriéndose únicamente que sea aprovechada para la obtención del consentimiento. Una situación de necesidad de la que, según el relato fáctico, se sirvió la recurrente cuando asumió los gastos de desplazamiento de la menor al encontrarse en Libia desamparada, así como cuando la recogió después en Italia y la trasladó a Barcelona, o cuando, estando ya sola en España sin ninguna atención adulta y sin sustento, la acogió en su domicilio en Pamplona y le exigió ejercer la prostitución con el argumento de que debía retornar el esfuerzo económico realizado con su traslado. Unos hechos que cuentan con el respaldo probatorio que ya se expuso en el fundamento cuarto y que son reflejo de que la recurrente actuaba conforme a un dolo inicial, con independencia del tiempo que transcurrió hasta que se materializó una exigencia.

Los motivos se desestiman.

SEXTO.- 6.1. El noveno motivo del recurso, también formulado por infracción de ley al amparo del artículo 849.2 de la LECRIM, aduciendo error de hecho en la apreciación de la prueba, denuncia que los hechos probados predeterminan el fallo, lo que identifica en el pasaje del relato fáctico que recoge que " *la procesada Ofelia, quien actuaba en connivencia con Juana para posibilitar que la testigo protegida llegara a España con la finalidad de ser explotada sexualmente, pagó lo necesario para que atravesara el mediterráneo y llegara a Italia* ". Expresa que el aspecto intencional señalado en este párrafo no es un aspecto fáctico que se desprenda de los hechos probados, sino una deducción que corresponde a los fundamentos de derecho. Además, aduce que esta expresión predetermina el fallo al contener la definición jurídica del tipo **penal** contemplado en el artículo 177 bis.

6.2. El motivo equivoca el cauce procesal empleado, además de confundir lo que la legislación proscribe y que se aspira corregir con esta previsión casacional.

El artículo 851.1 de la LECRIM contempla que podrá interponerse recurso extraordinario de casación cuando en la sentencia se consignen como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, impliquen la predeterminación del fallo.

Una reiterada doctrina jurisprudencial (SSTS 1904/2001, de 23 de octubre; 1130/2002, de 14 de junio; 801/2003, de 28 de mayo; 789/2004, de 18 de junio; 1199/2006, de 11 de diciembre; 253/2007, de 26 de marzo; 378/2010, de 26 de abril; 552/2014, de 1 de julio; 298/2015, de 13 de mayo o 414/2016, de 17 de mayo, entre tantas otras), ha reconocido que este vicio procesal exige para su estimación: a) que se trate de expresiones técnico-jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado; b) que tales expresiones sean tan sólo asequibles por regla general para los juristas y no sean compartidas en el uso del lenguaje común; c) que tengan valor causal respecto al fallo y d) que suprimidos tales conceptos jurídicos, dejen el hecho histórico sin base alguna.

Nada de esto se aprecia en la sentencia impugnada, y nada de esto desarrolla el motivo que analizamos.

El relato histórico de la sentencia debe recoger el sustrato fáctico que permite apreciar la concurrencia de los distintos requisitos del tipo **penal** de aplicación, incluyendo los elementos subjetivos o intelectuales que impulsaron el comportamiento de su autor. Así acontece en el caso enjuiciado, en el que los hechos cometidos por la recurrente y las circunstancias en que los abordó, han sido descritos con palabras comunes y entendibles por todos, resultando precisamente de la prueba practicada y de su valoración expresada en la fundamentación jurídica de la sentencia. Y aunque es evidente también que la lectura de los hechos probados cincela con claridad el pronóstico de cuál será el sentido jurídico de la sentencia y, consecuentemente, el fallo, ello es

una consecuencia lógica de la estructura argumentativa de todo pronunciamiento, que lleva a que cualquier conocedor del Derecho puede identificar la dimensión penal de una realidad que observe o que se le describa, siempre que el pronunciamiento se ajuste después a derecho y no sucumba a la arbitrariedad jurídica. Como decíamos en nuestra Sentencia 526/2015, de 17 de septiembre: "En realidad, el relato de hechos probados debe en todo caso, predeterminar el fallo, pues si no fuese así, la absolución o condena carecería de la imprescindible lógica en la subsunción jurídica que conduce al fallo. Lo que pretende este motivo casacional no es evitar dicha predeterminación fáctica - imprescindible- sino impedir que se suplante el relato fáctico por su significación jurídica, es decir que se determine la subsunción no mediante un relato histórico, sino mediante una valoración jurídica que se lleve indebidamente al apartado de hechos probados".

De esta forma, la predeterminación del fallo, como vicio de procedimiento, queda limitada a aquellos supuestos en los que la significación jurídica se incorpora a la descripción histórica, de modo que cierre a las partes procesales el debate propio del juicio de subsunción legal. Algo que no acontece en el caso presente pues, por más que la sentencia describa el propósito que impulsaba la acción de la recurrente a partir de las convicciones obtenidas de la prueba, la punición no descansa en esa expresión sino en el juicio de subsunción típica de su comportamiento que desarrolla la fundamentación jurídica.

El motivo se desestima.

SÉPTIMO.- 7.1. El décimo motivo de impugnación se formaliza por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, al entender indebidamente aplicado el artículo 177 bis del Código Penal.

El recurso alega que los hechos probados no integran el tipo penal previsto en el artículo 177 bis del Código Penal, pues al haber pasado un mes desde la llegada de la testigo a la vivienda de la acusada sin hacerle ninguna exigencia, no existe una relación directa entre la captación y el destino a la prostitución, ni tampoco que ejerciera ningún tipo de violencia o intimidación.

7.2. El artículo 849.1 de la LECRIM fija como motivo de casación "*Cuando dados los hechos que se declaran probados (...) se hubiera infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal*".

Se trata, por tanto, como tiene pacíficamente establecido la jurisprudencia más estable del Tribunal, de un motivo por el que sólo se plantean y discuten problemas relativos a la aplicación de la norma jurídica, lo que exige ineludiblemente partir de unos hechos concretos y estables, que deberán ser los sometidos a reevaluación judicial. Es este un cauce de impugnación que sirve para plantear discrepancias de naturaleza penal sustantiva, buscándose corregir o mejorar el enfoque jurídico dado en la sentencia recurrida a unos hechos ya definidos.

El motivo exige así el más absoluto respeto del relato fáctico que se declara probado, u obliga a pretender antes su modificación por la vía del error en la apreciación de la prueba (art. 849.2 LECRIM) o por vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 852 de la ley procesal), pues no resulta posible pretender un control de la juridicidad de la decisión judicial alterando argumentativamente la realidad fáctica de soporte, con independencia de que se haga modificando el relato fáctico en su integridad mediante una reinterpretación unilateral de las pruebas o eliminando o introduciendo matices que lo que hacen es condicionar o desviar la hermenéutica jurídica aplicada y aplicable.

7.3. La referida doctrina conduce a la desestimación del motivo, que desatiende la naturaleza de la acción prevista por el legislador como delito y además sostiene la inaplicabilidad del tipo penal a partir de una realidad diferente de la que se ha declarado válidamente probada.

7.3.1. En nuestra Sentencia 144/2018, de 22 de marzo, con cita de la STS 214/2017, de 29 de marzo, subrayábamos que los elementos típicos de la conducta criminal de la trata de seres humanos del artículo 177 bis del Código Penal, reflejan los comportamientos que identifica la UNODC (Oficina de la Naciones Unidas contra la Droga y el Delito) en las sucesivas fases por las que evoluciona la trata de personas:

i) Una fase de captación. La primera fase del delito de trata de seres humanos -decíamos en aquella sentencia- consiste en una inicial conducta de captación, que consiste en la atracción de una persona para controlar su voluntad con fines de explotación, lo que equivale al reclutamiento de la víctima. En esta fase de captación o reclutamiento, se utiliza habitualmente el engaño, mediante el cual el tratante, sus colaboradores o su organización articulan un mecanismo de acercamiento directo o indirecto a la víctima para lograr su "enganche" o aceptación de la propuesta. También se combina con frecuencia el engaño con la coacción. El engaño consiste en utilizar datos total o parcialmente falsos para hacer creer a la víctima algo que no es cierto y que generalmente se traduce en ofertas de trabajo legítimo, bien en el servicio doméstico, bien en establecimientos fabriles o comerciales, o incluso como modelos, y en general en ofrecer a personas desvalidas unas mejores condiciones de vida. Normalmente el engaño es utilizado para mantener a la víctima bajo control durante la



fase de traslado e inicialmente en los lugares de explotación, aunque pronto se sustituye o se combina con la coacción.

La coacción implica fuerza, violencia o intimidación para que las víctimas acepten las condiciones impuestas. Los tratantes utilizan este medio sobre las víctimas mediante diferentes elementos generadores: la amenaza de ejercer un daño directo y personal a la víctima o la de afectar a sus familiares o allegados que se quedan en el país de origen es una de las más frecuentes.

La aportación de documentación, y su sustracción, tienen un papel determinante en la trata: los documentos de identidad y viaje (pasaporte, etc.) son falsificados con frecuencia, y en cualquier caso retenidos por los tratantes o sus colaboradores para dificultar la fuga de las víctimas.

ii) Una fase de traslado. Ocupa el segundo eslabón de la actividad delictiva en la trata de seres humanos. El traslado consiste en mover a una persona de un lugar a otro utilizando cualquier medio disponible (incluso a pie). La utilización de la expresión traslado enfatiza el cambio que realiza una persona de comunidad o país y está relacionado con la técnica del "desarraigo", que es esencial para el éxito de la actividad delictiva de trata. El traslado puede realizarse dentro del país, aunque es más habitual con cruce de fronteras.

El desarraigo consiste en que la víctima es separada del lugar o medio donde se ha criado o habita, cortando así los vínculos afectivos que tiene con ellos mediante el uso de fuerza, la coacción y el engaño. El objetivo del desarraigo es evitar el contacto de la víctima con sus redes sociales de apoyo: familia, amistades, vecinos, a fin de provocar unas condiciones de aislamiento que permiten al tratante mantener control y explotarla. El desarraigo se materializa en el traslado de la víctima al lugar de explotación. Cuando se llega al destino final la víctima es despojada, con mucha frecuencia, de sus documentos de identidad y viaje, así como de otras pertenencias que la relacionen con su identidad y con sus lazos familiares y afectivos.

iii) Una fase de explotación. Consiste -siguiendo todavía la STS 144/2018- en la obtención de beneficios financieros, comerciales o de otro tipo a través de la participación forzada de otra persona en actos de prostitución, incluidos actos de pornografía o producción de materiales pornográficos. El Protocolo de Palermo de 15 de diciembre de 2015 se refiere como finalidad de la trata de seres humanos a la explotación de la prostitución ajena, a otras formas de explotación sexual, a los trabajos o servicios forzados, a la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, a la servidumbre o a la extracción de órganos.

7.3.2. Desde la observación de esta realidad, los bienes jurídicos que tutela la norma penal son indiscutiblemente la libertad y la dignidad de las personas. Y hay acuerdo también en la jurisprudencia y en la doctrina en considerar como conceptos estrechamente vinculados a la interpretación del tipo penal el traslado, el desarraigo, la indefensión, la cosificación y la comercialización de las víctimas.

Hemos proclamado además que el delito de trata de seres humanos del artículo 177 bis del Código Penal, en su redacción dada por la LO 1/2015, de 30 de marzo (vigente al menos en los momentos últimos de la ejecución de los hechos enjuiciados), comprende las acciones de captar, transportar, trasladar, acoger, recibir o alojar. Contempla además como medios de ejecución, tipifica la violencia, intimidación, engaño, abuso de situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima, y la entrega o recepción de pagos o beneficios. Y se completa el cuadro tipificador con los fines de imposición de trabajos o servicios forzados, explotación sexual, realización de actividades delictivas, extracción de órganos corporales y celebración de matrimonios forzados. Todo con la excepción de aquellos supuestos en los que la conducta de abuso se proyecte sobre un menor de 18 años, en cuyo caso el delito concurre aun cuando no se haya recurrido a ninguno de los medios de ejecución anteriormente expresados, según recoge el artículo 177 bis 2 del Código Penal y deriva el artículo 2.5 de la DIRECTIVA 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, 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.

Por último, y en lo que a este proceso interesa, pese a la identificación de todas estas fases y a pesar de que normalmente culminen con la explotación de las personas cosificadas por la acción delictiva, esta Sala Casacional ha subrayado (SSTS 420/2016, de 18 de mayo o 396/2019, de 24 de julio), que se trata de un delito de intención proyectada sobre alguna de las finalidades expresadas en su apartado 1.º, lo cual significa que basta el propósito para la consumación de la infracción, sin que sea necesario realizar las conductas de explotación descritas, que podrán dar lugar en su caso a otros tipos delictivos tal y como se recoge por el legislador en la regla concursal que incorpora en el apartado 9.º del artículo 177 bis.

7.4. Lo expuesto conduce a la desestimación del motivo.

Como se ha visto, la sentencia declara probado que la recurrente, desde que la menor se encontraba en Libia y aprovechando su situación de necesidad, la condujo hasta España y la alojó en su casa, todo con la intención de lograr que aceptara la explotación sexual a la que fue finalmente sometida. Y como hemos visto también, esta



conclusión se extrae por inferencia del comportamiento que observó la acusada desde los primeros momentos y que ha reflejado la creíble declaración de la menor en los términos que también se han expuesto.

El motivo se desestima.

OCTAVO.- 8.1. Su undécimo motivo de impugnación se formaliza por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, al entender indebidamente aplicada la agravación específica recogida en el punto 4 b) del artículo 177 bis del Código Penal.

La defensa alega que las circunstancias que se han descrito en la sentencia sobre la situación de la víctima en el momento de su captación en Nigeria no acreditaban una situación de especial vulnerabilidad.

8.2. El artículo 177 bis 4 dispone que el delito de trata de seres humanos se castigará con la pena superior en grado a la prevista para el tipo básico ya analizado, esto es, con la pena agravada de 8 a 12 años de prisión, cuando se hubiera puesto en peligro la vida o la integridad física o psíquica de las personas objeto de delito (letra a), así como cuando "la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad" (apartado b).

Ya hemos expresado también, que el tipo básico contempla y exige la utilización de cualquiera de los medios de ejecución que el precepto señala, concretamente la violencia, la intimidación, el engaño, la entrega de pagos o beneficios, o incluso el abuso de superioridad, necesidad o vulnerabilidad.

De este modo, surge un problema de ajuste entre el tipo básico y el subtipo agravado contemplado en el apartado b. En todos aquellos supuestos en los que la modalidad comisiva descansa en que el autor se sirve de la *vulnerabilidad* de la víctima para imponer su conducta de abuso, se suscita la cuestión de cuándo el aprovechamiento de la vulnerabilidad puede ser merecedor, sin quebrantar la proscripción del *bis in idem*, de la agravación específica de *especial vulnerabilidad* del artículo 177 bis 4.b).

Una primera aproximación al precepto expresa que la agravación exige de un *plus* de antijuricidad respecto de la conducta ordinaria, lo que el legislador habría recogido con la exigencia de que la víctima sea "*especialmente*" vulnerable. Sin embargo, el distinto contorno semántico del término *vulnerabilidad* utilizado en los dos párrafos, perfila que el diferente ámbito de aplicación de cada supuesto no sea meramente cuantitativo y que está directamente relacionado con los bienes jurídicos de libertad y dignidad que la figura delictiva contempla.

Respecto de la conducta básica, el propio legislador indica (art. 177 bis 1, in fine), que "existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso", haciendo con ello referencia a la antijuricidad que entraña aprovecharse de una realidad que restringe la libertad decisoria del sujeto pasivo. La vulnerabilidad se contempla aquí como una realidad socioeconómica personal, familiar o relacional, que condiciona al sujeto a soportar una situación que nunca hubiera aceptado sin unos condicionantes de exclusión social que son directamente instrumentalizados por el autor. Se equipara, por ello, a otras formas de anular o de restringir el comportamiento libre y voluntario de la víctima, como lo son también el uso de la violencia o de la intimidación, el abuso de una significativa superioridad o, incluso, el engaño.

Por el contrario, la agravación del número 4 contempla la *vulnerabilidad* desde un plano de fragilidad subjetiva, de modo que operará en supuestos en los que, además de una restricción de la libertad de opción que determina la existencia del tipo básico, exista una erosión de las reglas más básicas de solidaridad humana. El legislador, precisamente en su función de definir los estándares sociales de más clara exigencia, fija como personas objeto de protección a quienes sufran discapacidad o enfermedad, o a las mujeres que pasen por un embarazo, cuando a su situación se les asigne una exigencia social y ética de especial respeto a su dignidad. En todo caso, el legislador no ha recogido las situaciones de especial protección enumerando un elenco cerrado de dificultades físicas (*numerus clausus*), sino que añade la posibilidad de aplicar la agravación cuando la persona sea *especialmente vulnerable por su situación personal*, en una referencia más abierta, pero que también debe ser contemplada desde el prisma de una especial exigencia ética ante los deberes más elementales de solidaridad individual.

Mención distinta merece la punición cuando el delito afecta a menores. Cuando se materializa la acción delictiva sobre menores de edad, el artículo 177 bis 2 dispone que el delito existe, "aun cuando no concurra ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior", añadiendo el artículo 177 bis 4.b) que, para estos supuestos, es aplicable la pena prevista en el subtipo agravado. De este modo, la norma contempla que el abuso de un menor de edad prescinde siempre de un consentimiento libre e informado y denota además un intolerable desprecio a la lesividad de un sujeto pasivo especialmente amparable. Se introduce por tanto una regla de punición especial, estableciendo un reproche punitivo idéntico al del resto de conductas agravadas y que directamente responde a la transposición de la *Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo*,

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.

La Directiva, en su artículo 2.4, establece que el consentimiento de una víctima del delito de trata de seres humanos para su explotación, prevista o consumada, es inválido cuando se haya recurrido al empleo de la amenaza, al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder, o a una situación de vulnerabilidad, entendida ésta como el supuesto en que la persona en cuestión no tiene otra alternativa real y aceptable que someterse al abuso. Sin embargo, su artículo 2.5 dispone que " Cuando la conducta a que se hace referencia en el apartado 1 afecte a un niño, constituirá infracción punible de trata de seres humanos aun cuando no se haya recurrido a ninguno de los medios contemplados en el apartado 1", y añade expresamente el artículo 4.1 y 4.2.a) que, aunque debe garantizarse por los Estados parte que las infracciones contempladas en la Directiva estén castigadas con una pena privativa de libertad de duración máxima de al menos cinco años (la pena prevista en el tipo básico del art. 177 bis 1, es la de prisión de 5 a 8 años), la pena garantizada deberá tener una duración máxima de al menos diez años si el delito "se cometió contra una víctima particularmente vulnerable, la cual, en el contexto de la presente Directiva, incluirá como mínimo a los menores" [nuestro art. 177 bis 4.b), fija una pena de 8 a 12 años].

8.3. Lo expuesto conduce a la desestimación del motivo.

En el presente supuesto, la aplicación de la regla de punición del artículo 177 bis 4.b) del Código Penal no deriva de la menor edad de la víctima. Así lo perfiló el Tribunal de enjuiciamiento, que hizo descansar la agravación en razones de lesividad por especial vulnerabilidad de la víctima derivada de *su situación personal*. Pero resulta incuestionable a partir de la resolución que se impugna, dado que la sentencia de apelación dictada por el Tribunal Superior de Justicia modifica los hechos probados y proclama que la acusada pudo actuar desconociendo la edad de su víctima, subrayando que confluía sin embargo la agravación por su especial vulnerabilidad personal.

Ambas decisiones descansan en un relato de hechos probados que contempla la antijuridicidad en el doble plano que se ha subrayado.

En primer lugar, describe el aprovechamiento de una situación de imposible subsistencia autónoma de la víctima y, consecuentemente, de restricción de la libertad de elección que determina la aparición del delito en su modalidad básica. Detalla para ello que la actuación se dirigió contra una joven que carecía de ingresos y que no disponía de recursos para atender su subsistencia, lo que necesariamente le obligaba a someterse a las pretensiones de la recurrente, más aún cuando, al tiempo, se le conminaba con la amenaza de impulsar una persecución policial por su entrada ilegal en España si no se sometía a las exigencias.

Pero estas circunstancias no agotaron todos los planos de antijuridicidad que la norma contempla. El *factum* añade que la actuación coactiva se impuso a una persona que se encontraba en un contexto claramente perceptible de especial fragilidad personal. Los hechos probados de la sentencia describen que la víctima había sido desarraigada de su país de origen y de su familia. Sufrió además la adversidad de una migración clandestina sometida a importantes riesgos vitales, como cruzar el Mediterráneo en un bote neumático del que hubo de ser rescatada. Soportó también una persecución policial que motivó su privación de libertad en dos países: Libia e Italia. Conoció después que su esfuerzo no se correspondía con el objetivo que lo impulsó y que había sido engañada en cuanto a las perspectivas de porvenir que podía obtener. Y narrándose que llegó a reclamar el auxilio familiar tras ser liberada por las autoridades italianas, se describe que terminó encontrándose en nuestro país sin ninguna estructura social o familiar de soporte y sin conocer el idioma. Un conjunto de circunstancias que eran conocidas por la recurrente por haber contribuido a su aparición y que suponen el desprecio más absoluto de la dignidad de la víctima y de los deberes más básicos de la solidaridad humana.

El motivo debe decaer.

NOVENO.- 9.1. Por último, el duodécimo motivo de impugnación también se formaliza por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, al entender indebidamente aplicado el artículo 318 bis del Código Penal, alegando que las actuaciones llevadas por su mandante para permitir que la denunciante llegara a España constituyeron actos de ayuda humanitaria.

9.2. Hemos expresado en el fundamento séptimo de esta resolución que el cauce procesal que aquí se emplea sólo tiene por objeto analizar el juicio de subsunción de la sentencia a partir de los hechos proclamados por el Tribunal, esto es, que el instrumento casacional presenta como presupuesto la intangibilidad del relato fáctico, una vez superadas las objeciones o establecidas las correcciones que la recurrente haya defendido por otros cauces de impugnación que resulten adecuados al efecto, incluyendo todos los que conducen a supervisar la corrección de los hechos probados.



Consecuentemente, el motivo no puede prosperar por cuanto desatiende lo que la sentencia tiene por acreditado.

No puede argumentarse la indebida aplicación del precepto aduciendo que la acusada introdujo a la menor en España por razones humanitarias, cuando el relato fáctico rechaza su tesis y lo que proclama es que Ofelia , "para posibilitar que la testigo protegida llegara a España con la finalidad de ser explotada sexualmente, pagó lo necesario para que atravesara el mediterráneo y llegara a Italia", añadiendo que estando la menor en Italia, " Ofelia , viajó, por vía aérea, de Barcelona a Roma el día 6 de febrero de 2016; una vez que recogió a la testigo protegido, se desplazó con esta de Roma a Barcelona por vía aérea en 11 de febrero de 2016. Para realizar este viaje, Ofelia le dijo a la testigo protegida que tenía que hacerse pasar por su hija, le proporcionó una peluca y le estuvo enseñando la noche anterior varias palabras en castellano, utilizando como documentación durante el desplazamiento, la tarjeta de residencia en España y el pasaporte de la hija de la procesada Juana . En el billete de avión correspondiente al viaje de la testigo protegida tp NUM000 de Roma a Barcelona, el día 11 de febrero de 2016, figuraba el nombre de la hija de Ofelia , Juana .

Una vez en Pamplona, Ofelia alojó a la testigo protegida en la vivienda de la CALLE000 N° NUM001 , NUM013 de Pamplona, donde igualmente residían su hijo Agustina y su hija Juana .

Pasados unos días de estancia en dicha vivienda, durante los cuales Ofelia había indicado a la testigo protegida que si le preguntaban, cuando acudían a la Iglesia o en otras situaciones similares, debía decir que era su sobrina; le manifestó a ésta que había invertido mucho dinero en ella y que le debería pagar ejerciendo la prostitución.

La testigo protegida reaccionó diciéndole que prefería morir a prostituirse, no podía dejar de llorar y le comunicó que no sabía nada de sexo, quería devolverle el dinero que debía por el viaje pero no de esa manera; desechando la idea de poner en conocimiento la situación a la policía, pues Ofelia le amenazó diciéndole que si llamaba a la policía le iban a meter en prisión y se asustó pensando que iba a tener que volver a estar en la cárcel como en Libia.

En esta situación, por razón de su corta edad, encontrándose sola y sin recursos, desconociendo el castellano, la testigo protegida, se vio obligada a ejercer la prostitución. Llevándole Ofelia en el autobús por la noche a una calle del POLIGONO001 , cerca del DIRECCION000 , donde había varias chicas prostituyéndose y le dijo que debía hacer lo mismo que ellas."

El motivo se desestima.

DÉCIMO.- La desestimación del recurso conlleva la condena en costas a la recurrente, de conformidad con las previsiones del artículo 901 de la LECRIM.

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Ofelia , contra la Sentencia dictada el 3 de junio de 2020, por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el Procedimiento Recurso de Apelación 5/2020, que estimó parcialmente el recurso de apelación formulado por Ofelia contra la Sentencia dictada el 27 de noviembre de 2019 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra, en el Procedimiento Ordinario 341/2017, con imposición a la recurrente del pago de las costas causadas en la tramitación de su recurso.

Comuníquese esta sentencia al mencionado Tribunal Superior de Justicia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Andrés Palomo Del Arco Pablo Llarena Conde Susana Polo García



Resoluciones para la Unidad 2 (Delitos contra la Libertad de Trabajo):

- **Sentencia del Tribunal Supremo (España) 34/2023**, de fecha 25.01.2023 (Procedencia: Recurso de Casación N° 817/2021).

Señala el Tribunal Supremo español que el contrato de trabajo se presume existente siempre que la actividad laboral remunerada cumpla con las características de ajenidad ejecutada en el ámbito de organización y dirección. Por lo tanto, siempre que la actividad de "alterne" se considere laboral se comete un delito contra los trabajadores al no estar ninguna de las mujeres trabajadoras dada de alta en la Seguridad Social, independientemente de que alguna de ellas pudiera, eventualmente, ejercer la prostitución por cuenta propia y sin intervención del empresario.

STS 34/2023, 25 de Enero de 2023

Jurisdicción: España
Emisor: Tribunal Supremo, sala segunda, (penal)
Número de resolución: 34/2023
Fecha: 25 Enero 2023

Id. vLex VLEX-922673568

Link: <https://app.vlex.com/vid/922673568>

Resumen

DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES. ALTA EN LA SEGURIDAD SOCIAL. CLUB "ALTERNE". Señala el Supremo que el contrato de trabajo se presume existente siempre que la actividad laboral remunerada se desarrolle por cuenta ajena en el ámbito de organización y dirección y afirma que, en la medida en que la actividad de "alterne" se considera laboral, se comete un delito contra los trabajadores, previsto y penado en el artículo 311.2.b) CP al no estar ninguna de las mujeres que desempeñaba la actividad laboral de "alterne" dada de alta en la Seguridad Social. Y ello sin que el solo hecho de que las mujeres pudieran, además, ejercer eventualmente la prostitución por cuenta propia diluya las obligaciones del empresario de darles de alta en la SS por la actividad lícita efectivamente ejecutada. Se desestiman los recursos de casación.

Original

Delito contra los derechos de los trabajadores del artículo 311.2 b) CP: incumplimiento del deber de dar de alta en la Seguridad Social a las personas que desarrollan la actividad de "alterne" en condiciones de laboralidad. El ejercicio de la prostitución por cuenta propia no tina a la actividad de "alterne" por cuenta ajena de ilicitud causal y, en consecuencia, no diluye las obligaciones del empresario de dar de alta en la Seguridad Social a los o a las trabajadoras por la actividad lícita efectivamente ejecutada. En los escritos forenses a la hora de referirse a las personas que ejercen la actividad de "alterne" o de prostitución deberían evitarse términos que reflejan un sesgo valorativo cosificador y discriminatorio, predeterminativo de un rol social de sujeción.

Texto

Contenidos

- ANTECEDENTES DE HECHO

- PRIMERO

- o SEGUNDO
- o TERCERO
- o CUARTO
- o QUINTO
- o SEXTO
- o SÉPTIMO
- FUNDAMENTOS DE DERECHO
 - o SEGUNDO
- FALLO

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 34/2023

Fecha de sentencia: 25/01/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 817/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 24/01/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Procedencia: Tribunal Superior Justicia Cantabria, Sala Civil y Penal.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: IGC

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 817/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 34/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.^a Carmen Lamela Díaz

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 25 de enero de 2023.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción infracción de ley número 817/2021, interpuesto por D. Carlos María , representado por la procuradora D^a. María Abellán Albertos, bajo la dirección letrada de D. Luis Alberto Aldecoa Heres, y D. Jesús Luis representado por la procuradora D^a. Almudena Gil Segura, bajo la dirección letrada de D. Carlos Javier Gil Sevilla contra la sentencia n.º 13/2020 de fecha 24 de noviembre de 2020 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 191/2020 de fecha 21 de julio de 2020 dictada por la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección Primera en el PA 21/2019, procedente del Juzgado de Instrucción num. 3 de Santander.

Interviene el Ministerio Fiscal y como parte recurrida la Tesorería General de la Seguridad Social representada por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Javier Hernández García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

El Juzgado de Instrucción núm. 3 de Santander incoó procedimiento abreviado núm. 1906/2016 por un delito contra Derechos de los Trabajadores, contra Jesús Luis y Carlos María; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Cantabria, cuya Sección primera, Rollo de Sala 21/2019 dictó Sentencia en fecha 21 de julio de 2020 que contiene los siguientes hechos probados:

"PRIMERO.- Jesús Luis era administrador único de la empresa "Waka Trade, S.L.", constituida en 2012 y que gestionaba el club de alterne "Las Marismas", sito en el barrio Paderne, s/n, de Bárcena de Cícero. Carlos María era copropietario y gerente de hecho de dicho local, trabajando en una oficina del local de forma habitual y siendo quien adoptaba las decisiones cotidianas sobre horario de apertura y cierre o contratación de empleados.

El citado Club consta con una sala de fiestas y diez habitaciones donde se ejercen actividades de prostitución y que hacen las funciones de domicilio para algunas de las mujeres que allí trabajan. En el mismo, desarrollaban su actividad laboral de forma habitual veinte personas -entre camareros, cocinera y chicas que ejercían actividad de alterne y baile-; salvo los camareros y la cocinera, el resto, la gran mayoría de las personas que trabajan allí, no estaban dadas de alta en la Seguridad Social. El club permanece abierto todos los días de la semana excepto uno y tiene un horario muy amplio desde la media tarde hasta altas horas de la madrugada. Ambos acusados conocen la obligación de alta laboral de cualquier trabajador.

El 14 de abril de 2016 se efectuó una entrada a efectos de control de documentación por el G.O.E. de la Guardia Civil al que acompañaban miembros de la Inspección de Trabajo. Se identificaron dieciocho trabajadores en el club: Carlos María, como gerente, un encargado, un camarero y una cocinera estaban de alta en la Seguridad social y el resto, catorce mujeres ejerciendo el alterne, no se encontraban dadas de alta en la Seguridad Social.

En concreto, las mujeres que no estaban dadas de alta eran: Bernarda, Carina, Carmela, Claudia y Constanza -todas ellas de nacionalidad española-, Custodia y Emilia -de nacionalidad rumana-, Felicidad, Gracia y Jacinta -de nacionalidad brasileña- y Lidia -nigeriana-; asimismo, Mariana (nacionalidad brasileña), Nicolasa (Argentina), ambas con permiso de estancia pero no de residencia, y Raimunda -paraguaya-, en situación irregular y sin documentación alguna.

Estas mujeres ejercían labores de "alterne", captando clientes para incentivar el consumo de bebidas y recibiendo una retribución consistente en una comisión por cada copa en función del precio, siendo establecidas previamente estas cantidades por la empresa y pagadas a las chicas por esta, no por los clientes. El club fijaba el horario de las trabajadoras, con la flexibilidad propia de su actividad entre las 17:00 y las 5:00 horas, coincidiendo con el apertura y cierre del local. Algunas disponían de habitaciones para pernoctar en el establecimiento por las que no pagaban nada si no las utilizaban para realizar algún servicio. Todas las mujeres vestían ropas de similares características, llamativas y provocativas.

La empresa tenía un total de seis trabajadores dados de alta en la fecha de los hechos, de los cuales cuatro se encontraban trabajando aquella noche. La Seguridad Social, tras dicha inspección, dio de alta de oficio por una única jornada laboral a todas las personas citadas y que no lo estaban, devengando a cargo de "Waka Trade, S.L." una deuda de 408,97 euros por cuotas no pagadas de las trabajadoras."

SEGUNDO

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que debemos condenar y condenamos a Jesús Luis y Carlos María como autores penalmente responsables de un delito contra los derechos de los trabajadores ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas, a cada uno de ellos de SEIS MESES de prisión, accesorias de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación espeCial para el ejercicio del cargo de administrador de industria o comercio por el mismo periodo de seis meses y multa de seis meses con una cuota diaria de DIEZ euros, con aplicación del artículo 53 CPenal en caso de impago. Asimismo, se acuerda la suspensión de actividades de club de alterne y discoteca del club "Las Marismas" por tiempo de un año. Los condenados deberán indemnizar de manera directa y solidaria a la Tesorería General de la Seguridad Social en CUATROCIENTOS OCHO EUROS CON NOVENTA Y SIETE (408,97 euros) con responsabilidad civil subsidiaria de "Waka Trade, S.L.". Se imponen a los condenados el abono de las costas causadas por mitad e iguales partes.

Contra la presente sentencia cabe recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en el tiempo y forma previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal."

TERCERO

Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de Carlos María y Jesús Luis; dictándose sentencia núm. 13/2020 por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en fecha 24 de noviembre de 2020, en el Rollo de Apelación 10/2020, cuyo Fallo es el siguiente:

"Que debemos desestimar los recursos de apelación interpuestos por la Procuradora Doña Begoña Peña Revilla, en representación de D. Jesús Luis y de D. Carlos María frente a la sentencia dictada en esta causa por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cantabria, que se confirma en su integridad, imponiendo a los apelantes, por mitad, el pago de las costas de la presente apelación.

Contra la presente sentencia cabe interponer recurso de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma ante la Sala segunda del Tribunal Supremo en la forma y plazos previstos por los artículos 847 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal."

CUARTO

Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se prepararon recursos de casación por las representaciones procesales de D. Carlos María y D. Jesús Luis respectivamente, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

QUINTO

Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, los recurrentes formalizaron los recursos alegando los siguientes motivos de casación:

Recurso de Carlos María

Motivo único.- Por infracción de precepto penal de carácter sustantivo, al amparo del artículo 849.1 LECrim., por indebida aplicación del artículo 311.2 b) del Código Penal.

Recurso de Jesús Luis

Motivo primero.- Por vulneración del principio de presunción de inocencia, del artículo 24.2 de la Constitución.

Motivo segundo.- Por Infracción de Ley por vulneración del artículo 311.2 b) en relación con el artículo 28 del Código Penal.

SEXTO

Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal y la parte recurrida solicitan la inadmisión, y subsidiariamente su desestimación. La sala los admitió quedando los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO

Evacuado el traslado conferido, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 24 de enero de 2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN DEL SR. Carlos María

ÚNICO MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1º LECRIM , POR INFRACCIÓN DE LEY: INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 311. 2º B) CP

1. El recurrente combate el juicio de subsunción. A su parecer, no cabe, en el caso, identificar el deber normativo de dar de alta en la Seguridad Social cuyo incumplimiento se castiga penalmente. Y ello porque la actividad de prostitución no puede ser objeto de contrato lícito, siendo el "alterne" un mecanismo específico para la captación de clientes que se inserta en la primera. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha establecido -Auto de 17 de julio de 2018-, que el "alterne" es una actividad inescindible de la prostitución por lo que la ilicitud causal de esta contamina a aquella, impidiendo, por ello, el reconocimiento de una relación laboral que comporte la obligación de dar de alta en la Seguridad Social. Doctrina jurisprudencial que contrasta con la mantenida por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo lo que lesiona el principio de la seguridad jurídica.

Además, en el caso, todas las "chicas" [término textual utilizado en el recurso que no se ajusta al estándar de corrección descriptiva que debe caracterizar a todo escrito forense. No hay ninguna razón, más allá de la costumbre enraizada en el prejuicio social, para denominar "chicas" a las mujeres que desarrollan actividades de alterne o prostitución. Creemos que el término "chicas" refleja un sesgo valorativo cosificador, predeterminativo del rol de sujeción, que debería desterrarse del lenguaje a emplear por todos los operadores del sistema de justicia] no recibían ninguna orden ni cobraban comisión alguna. Se insiste en que " todas las chicas que depusieron en el acto de la vista reconocieron que ejercían la prostitución por su cuenta en el Hostal y para dicha actividad es indispensable que alternen con los clientes puesto que es la forma de captación que tienen para su actividad principal que es la prostitución".

2. El motivo no pueda prosperar.

Debe recordarse que cuando lo que se cuestiona es exclusivamente el juicio normativo debe hacerse desde el respeto a los hechos que se declaran probados. Estos identifican el punto de partida del razonamiento decisorio, delimitando el campo de juego del análisis casacional. Constituyen el primer y fundamental elemento de la precomprensión necesaria para la identificación e interpretación de la norma aplicable al caso. Lo que impide que por la vía del motivo por infracción de ley penal sustantiva se pretenda la revisión de las bases probatorias de lo declarado probado. Y, en el caso, los hechos que se declaran acreditados identifican con toda claridad el delito que ha sido objeto de condena.

3. Muy poco puede añadirse a las sólidas razones ofrecidas por el Tribunal Superior para rechazar el motivo que, con igual contenido, fundó el recurso de apelación.

Añadir, solo, que, en efecto, la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en aquellos supuestos en los que se identifica una actividad de prostitución por cuenta ajena y los actos de "alterne" se consideren puramente accesorios o instrumentales de aquella, ha calificado el objeto de ilícito y, en lógica consecuencia, ha negado que pueda reconocerse la existencia de un contrato laboral -vid. STS 29-10-2013, nº rec. 61/2013; Autos 11-5-2016, nº rec. 2833/2015; 15-12-2015, nº rec. 1413/2015; 11-9-2014, nº rec. 232/2014; 18-6-2014, nº rec. 2590/2013-. Y ello sin perjuicio de las acciones que, en protección de los derechos fundamentales lesionados, otorgan a las personas que han sufrido dicha situación los artículos 177 a 184 de la Ley de la Jurisdicción Social -vid. STSJC 5388/2019, de 11 de noviembre-.

Ciertamente, la prestación de contenido sexual en que consiste la prostitución en régimen de subordinación, con sujeción a órdenes o instrucciones del empresario sobre con quién, cómo, cuándo y dónde debe realizarse la misma, resulta contraria a la dignidad humana, fundamento axiológico, ex artículo 10 CE, de nuestro orden constitucional. La prestación sexual bajo régimen de disciplina empresarial cosifica a la persona en uno de sus más íntimos aspectos de la personalidad. Reconocer que alguien pueda ostentar potestades de control, ordenación y sanción sobre el contenido y ejercicio de los derechos a la libertad sexual e intimidad corporal de otra persona supondría, sencillamente, negar tales derechos, hacerlos irreconocibles. Y ello, como

lógica consecuencia, impide que dicha relación pueda ser considerada objeto de un contrato de trabajo.

Como se afirma en términos concluyentes en la STS, de Pleno, de la Sala de lo Social 584/2021, de 1 de julio, " La ilicitud de un contrato de trabajo de estas características, por oponerse a las leyes (art. 1.275 C.C .), no es susceptible de incardinarse en el seno de la legislación laboral" -vid. también, Convenio de Lake Success para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, adoptado por la Asamblea General en su resolución 317 (IV), de 2 de diciembre de 1949; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979. (BOE 21 marzo 1984); Objetivo estratégico D.3 de la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, de 1995, consistente en eliminar la trata de mujeres y prestar asistencia a las víctimas de la violencia derivada de la prostitución y la trata de mujeres; Protocolo para Prevenir, Suprimir y Castigar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños aprobado por la ONU en el año 2000 (BOE no 296 de 11 diciembre 2003); Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, (BOE 29 septiembre 2003, no 233); Protocolo de Palermo, de 2000, 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, anexo a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (BOE 11 diciembre 2003. No 296); Convenio no 197 del Consejo de Europa contra la Trata de Seres Humanos; Convenio de Varsovia, aprobado en mayo de 2005. (BOE 10 septiembre 2009); Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007; Recomendación 5 (2002) sobre la protección de las mujeres contra la violencia; Recomendación 1545 (2002) relativa a campañas contra la trata de mujeres; artículo 5 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; Directiva 2011/36/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, 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; Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes; Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular-.

4. Pero descartado dicho marco de subordinación a terceros en el ejercicio de la prostitución, la Jurisprudencia de la Sala de lo Social no ha dudado en afirmar el carácter laboral de la actividad de "alterne" siempre que se acredite la ajenidad de la prestación y la dependencia de dicha actividad en el seno de una organización empresarial. La razón fundamental estriba en que la actividad de "alterne" genera unos rendimientos económicos, consecuentes a la previa organización de capital y trabajo, que deben estar sometidos a las condiciones tributarias y laborales que protejan a los trabajadores.

Debiéndose recordar que el contrato de trabajo se presume existente siempre que la actividad laboral remunerada se desarrolle por cuenta ajena en el ámbito de organización y dirección de otro -vid. artículos 1 y 8 ET-.

Si se dan estas condiciones, la actividad de "alterne" ha de considerarse laboral -vid. STS, Sala de lo Social, 18/2004, de 27 noviembre, en la que se declara la licitud de una Asociación Empresarial que tiene por objeto social la tenencia o gestión de establecimientos públicos hoteleros donde se ejerce el "alterne" y la prostitución por cuenta propia ajena al establecimiento; STS, de Pleno, de la Sala de lo Social, 584/2021, de 1 de julio en la que, si bien se excluye a la prostitución por cuenta ajena como relación laboral, se declara legal la constitución del Sindicato OTRAS, cuyo ámbito funcional de representación y actividad sindical se refiere a "actividades relacionadas con el trabajo sexual en todas sus vertientes", entre las que cabe encontrar la de "alterne"; STS, de la Sala de lo Social, de Unificación de Doctrina, 1084/2016, de 21 de diciembre, en la que se reafirma la laboralidad de la actividad de "alterne" desligada del ejercicio de la prostitución por cuenta ajena-.

5. Pues bien, en el caso, el tribunal de instancia establece como hechos probados que en las diez habitaciones existentes en el establecimiento se ejercían actividades de prostitución y en la zona de bar una actividad de "alterne" con intensos rasgos de laboralidad -marco horario prefijado, previsión del régimen retributivo por número y tipo de consumición servida y normas de vestuario fijadas por los gestores del establecimiento-.

Descartándose, al tiempo, tanto la existencia de proxenetismo locativo penalmente relevante, pues la actividad de prostitución se ejercía por cuenta propia de las mujeres que así lo decidían, como toda conexión de continencia o de inherencia entre dicha actividad por cuenta propia y la de "alterne" por cuenta ajena.

Debiéndose recordar, en todo caso, que de conformidad a la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea -vid. STJUE, de 20 de noviembre de 2001, caso Jany y otros, Asunto C-268/99, (F.49); STJUE 16 diciembre 2010, caso Josemans, Asunto C-317/09 , (F.77); STJUE, de 1 octubre 2015, caso Harmsen c. Burgemeester van Amsterder (F .77); STJUE 8 mayo 2019, caso PL c. Landespolizaidirektion Tirol, Asunto C-230/18 (F.37)- la prostitución por cuenta propia no puede afirmarse que esté prohibida por el derecho internacional o el Derecho de la Unión siempre y cuando se demuestre que el prestador del servicio la ejerce bajos las siguientes condiciones: inexistencia de cualquier vínculo de subordinación en la elección de dicha actividad y en las condiciones de trabajo y de retribución; ejercicio bajo responsabilidad propia; recepción íntegra y directa por quien la presta de la remuneración pactada.

6. Por tanto, en plena coincidencia con lo argumentado por el Tribunal Superior, el hecho de que las personas que desempeñaban la actividad laboral de "alterne" que se declara probada pudieran, además, ejercer eventualmente la prostitución por cuenta propia no tinta a aquella de ilicitud causal y, en consecuencia, no diluye las

obligaciones del empresario de darles de alta en la Seguridad Social por la actividad lícita efectivamente ejecutada.

7. La conducta de incumplimiento de dicha obligación que con precisión se describe en los hechos declarados probados conduce a su subsunción en el tipo penal aplicado - vid. STS 792/2022, de 29 de septiembre-.

No hay infracción de ley.

RECURSO INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN DEL SR. Jesús Luis

PRIMER MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 852 LECRIM , POR VULNERACIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL: LESIÓN DEL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA GARANTIZADO EN EL ARTÍCULO 24 CE

8. El motivo si bien cuestiona el fundamento fáctico de la condena adquiere también acento normativo. Para el recurrente, la prueba practicada arroja significativos datos que neutralizan el juicio de autoría. En los hechos probados de la sentencia recurrida, se afirma, no se realiza mención alguna sobre la concreta participación del recurrente en los hechos objeto del proceso. De contrario, lo que se consigna es la ausencia de participación cuando se establece que el otro acusado, " Carlos María, era copropietario y gerente de hecho de dicho local, trabajando en una oficina del local de forma habitual y siendo quien adoptaba las decisiones cotidianas sobre horario de apertura y cierre o contratación de empleados". La única mención que se hace respecto al hoy recurrente, se insiste en el recurso, " es que el mismo ha sido administrador único de la empresa Waka Trade S.L"

Además, la sentencia recurrida no contiene ninguna mención a las declaraciones del subinspector de trabajo y al informe del mismo, en el que recuerda que ninguno de los partes de contratación ha sido firmado por el hoy recurrente. Tampoco se hace referencia a lo declarado por las testigos, las mujeres que se encontraban en el establecimiento, quienes manifestaron no conocer al hoy recurrente, ni a las declaraciones del testigo Sr. Ceferino, propietario del local, que también le excluyó de toda intervención en los hechos. El único dato sobre el que la sentencia funda su conclusión es que firmó los recursos interpuestos frente a sanciones administrativas impuestas con anterioridad por incumplir el deber de dar de alta a los trabajadores en la Seguridad Social. Hecho que, además, se niega por el recurrente. Pero aun cuando hubiera firmado tales recursos o satisfecho algunas de las sanciones impuestas a la mercantil, ello no permite concluir, fuera de toda duda razonable, que conociera que hubiera trabajadores en el hotel sin estar dados de alta en la Seguridad Social al momento en que se produjo la intervención policial.

9. Al hilo del motivo cabe recordar que la función de control y de verificación de la suficiencia probatoria no podemos abordarla como órgano de segunda instancia. En el caso, el derecho al recurso plenamente devolutivo se ha sustanciado mediante la

interposición de la apelación ante el Tribunal Superior de Justicia. Siendo la sentencia dictada en este grado contra la que se plantea el recurso de casación. Lo que comporta que los motivos de disidencia -como principio general y, sobre todo, en relación con las cuestiones más íntimamente vinculadas a la valoración probatoria- no pueden limitarse a la simple reiteración del contenido de la impugnación desarrollada en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de la primera instancia -vid. por todas, STS 682/2020, de 11 de diciembre-. De tal modo, cuando se invoca lesión del derecho fundamental a la presunción de inocencia, cumplida la doble instancia, el espacio del control casacional se reconfigura. Este debe contraerse al examen de la racionalidad de la decisión a partir de la motivación de la sentencia de la apelación, comprensiva de la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba. Siendo este proceso motivacional el que habrá de servir de base para el discurso impugnativo. La casación actúa, por tanto, como una tercera instancia limitada de revisión que, si bien no ha de descuidar la protección del núcleo esencial de la presunción de inocencia constitucionalmente garantizada, no puede hacerlo subrogándose en la valoración primaria de las informaciones probatorias producidas en el juicio -vid. STS 980/2022, de 21 de diciembre-. Esta función le corresponde realizarla, en primer lugar, al tribunal de instancia y, por vía de la apelación plenamente devolutiva, al Tribunal Superior -vid. STC 184/2013; SSTS 680/2022, de 17 de febrero, 631/2022, de 23 de junio-.

El control casacional en esta instancia es, por ello, más "normativo" que conformador del hecho. Nos corresponde controlar que tanto los procesos de validación de los medios de prueba como de valoración de los resultados informativos que arrojan se ajustan, por un lado, a reglas de producción y metodológicas y, por otro, a reglas epistémicas basadas en la racionalidad. No somos los llamados, sin embargo, a decantar las informaciones probatorias y valorarlas al margen de los procesos y estándares valorativos empleados por los tribunales de primera y segunda instancia.

10. Y, en el caso, no identificamos ni ausencia de datos de prueba ni déficit de justificación de las conclusiones fácticas a las que llegó el tribunal de instancia y validó el de apelación: que el recurrente no era un simple testaferro y que, en consecuencia, conocía la obligación de dar de alta a las personas que trabajaban en el establecimiento propiedad de la mercantil de la que era administrador.

Los datos indiciarios utilizados son varios y significativos: primero, ocupaba el cargo de administrador de la mercantil, titular del negocio, desde 2012; segundo, percibía retribución por dicha condición; tercero, ostentó durante algún tiempo la condición de socio de la mercantil; cuarto, interpuso, como representante de la mercantil diversos recursos contra sanciones administrativas impuestas en distintas anualidades precisamente por incumplimientos del deber dar de alta en la Seguridad Social a trabajadores que desempeñaban actividad laboral en el establecimiento.

11. Partiendo de dichos datos no resulta difícil trazar, con pleno respeto al derecho a la presunción de inocencia, un sólido puente inferencial que conduce a la conclusión fáctico-normativa alcanzada: el recurrente conoció la situación en la que se

encontraban las personas que trabajaban en el local y pese a ello desatendió el deber de actuación que le incumbía.

SEGUNDO

MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1º LECRIM , POR INFRACCIÓN DE LEY: INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 311.2 B) CP EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 28 CP

12. El motivo, si bien denuncia error normativo, vuelve a insistir en la ausencia de fundamento fáctico del que, a su parecer, adolece el juicio de autoría. Era el gerente Carlos María quien se encargaba de la formalización de los contratos y de gestionar, o no, las altas en la Seguridad Social. El recurrente, se afirma en el desarrollo argumental del motivo, es una persona carente de los conocimientos necesarios para la administración y dirección de empresas, figurando como administrador solo por la amistad que le unía con el Sr. Carlos María, sin que llegara a realizar ningún acto material de administración. En los propios hechos probados se establece que la administración de la sociedad era gestionada, precisamente, por el otro acusado, Sr. Carlos María. En modo alguno, se concluye, puede identificarse la aportación causal al resultado que permita su consideración como autor del delito.

13. El motivo tampoco puede prosperar.

Lo impide, desde luego, el hecho declarado probado de cuyo respeto debe partirse, como recordábamos al hilo del motivo formulado por el recurrente Sr. Carlos María. Y, en el caso, identifica suficientemente la fuente de la responsabilidad penal declarada: el incumplimiento del deber de actuación que normativamente le incumbía como administrador de la mercantil propietaria del negocio consistente en dar de alta en la Seguridad Social a las personas que trabajaban en el mismo.

14. Debe recordarse que el artículo 311.2 b) CP es un delito de pura omisión y de naturaleza especial. El autor es aquel que, en el concreto ámbito de los delitos contra los derechos de los trabajadores, y en los términos previstos en el artículo 318 CP, omite, estando obligado, los deberes específicos de cumplimiento que le corresponden a la empresa -regla especial de imputación que, como destaca la STS 162/2019, de 26 de marzo, desplaza a las reglas de los artículos 31 y 31 bis, ambos, CP-. Y ello, sin perjuicio de que el deber omitido pueda compartirse, como es el caso, con otros responsables. Incluso, cuando estos no ostenten formalmente funciones representativas, pero sí de gestión del concreto servicio o actividad donde se produce la infracción.

En el caso, los hechos que se declaran probados neutralizan el argumento esgrimido por el recurrente de que en su condición de administrador social se limitó a ejecutar una suerte de serie de actos neutrales -interponer recursos contra las distintas sanciones impuestas por incumplir el deber de dar de alta en la Seguridad Social a los trabajadores que desarrollaban sus actividades en el Hotel Las Marismas-. Y que, como tales, por su naturaleza socialmente adecuada, en modo alguno implicaban que

conociera la realidad descrita en la sentencia recurrida y que, por tanto, infringiera dolosamente el deber que se identifica como fuente normativa de la responsabilidad penal.

Lejos de ello, resulta evidente que el recurrente, como administrador de la mercantil propietaria del negocio desde 2012, asumió una posición de garante no solo por razones formales sino también, como con acierto destaca el Tribunal Superior, materiales. Además de conocer el estado reiterado de incumplimiento normativo, disponía, situacionalmente, en su condición de administrador, de posibilidades reales, fácticas y jurídicas, para procurar cumplir el deber que le incumbía -"pudiendo remediarlo", como precisa el artículo 318 CP-.

En modo alguno, dadas las circunstancias del caso, el recurrente puede situarse como "extraneus" al ámbito del deber exigido y, en consecuencia, puede ser tenido como irresponsable por su incumplimiento.

Conocía tanto el deber normativo exigible como los presupuestos fácticos de activación y, pese a ello, omitió cumplirlo, comprometiendo así los fines de protección a los que responde el tipo.

No hay infracción de ley en su condena como autor del delito del artículo 311.2 b) CP.

CLÁUSULA DE COSTAS

15. Tal como previene el artículo 901 LECrim, procede la condena en costas de ambos recurrentes.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

No haber lugar a los recursos de casación interpuestos por las representaciones respectivas del Sr. Carlos María y del Sr. Jesús Luis contra la sentencia de 24 de noviembre de 2020 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria.

Condenamos a los recurrentes al pago de las costas causadas por sus recursos.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la presente no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

- **Casación N° 1537-2019-La Libertad/Sala Penal Permanente**, de fecha 11.11.2021 (Ponente: Coaguila Chávez).

Tomando como referencia la pena del delito de violación de la libertad de trabajo, la Corte Suprema se pronuncia en el caso concreto analizando si es que se ha extinguido la acción penal (por aplicación de la prescripción). Para ello, se utiliza el código penal, el código procesal penal y el Acuerdo Plenario 3-2012.



Vigencia de la acción penal

En el caso de autos, el delito que se investiga —violación de la libertad de trabajo— previsto y sancionado en el artículo 168 del Código Penal, tiene una pena no mayor de dos años, y los hechos se habrían producido el veintiuno de agosto de dos mil dieciséis (requerimiento); con el fin de hacer el cálculo respectivo y determinar el periodo de suspensión de la prescripción, obra en el proceso la formalización de la investigación preparatoria, que tiene como fecha el dieciocho de octubre del dos mil dieciocho, por lo que la data desde que se cometió el delito hasta la formalización de la investigación preparatoria comprende seis años, suspendiéndose desde la última fecha el curso de la prescripción; luego desde esta fecha —dieciocho de octubre del dos mil dieciocho—, tendrá que transcurrir el plazo ordinario más el extraordinario —tres años para el caso, conforme lo prescribe el fundamento jurídico número 11 del Acuerdo Plenario 3-2012/CJ-116—, para que se retome el plazo inicialmente suspendido, por lo que la prescripción se producirá indefectiblemente, el veinte de agosto de dos mil veintidós. Así las cosas, es evidente que no ha transcurrido el plazo para que opere la prescripción.

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, once de noviembre de dos mil veintiuno

VISTOS: el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de **Susana Rodríguez Vásquez** (actora civil) contra la resolución de vista, del dieciocho de junio de dos mil diecinueve (foja 57), que confirmó el auto de primera instancia, del quince de enero de dos mil diecinueve (foja 41), que declaró fundada la prescripción ordinaria de la acción penal en la causa seguida contra María Antonia Rubio Castro por el delito de violación de la libertad de trabajo, en agravio de Susana Rodríguez Vásquez, y quedó subsistente el derecho de la agraviada, a efectos de que pueda reclamar los beneficios sociales en el proceso laboral en el cual se vienen ejecutando.



Intervino como ponente el señor juez supremo COAGUILA CHÁVEZ.

FUNDAMENTOS DE HECHO

§ I. Procedimiento en primera instancia

Primero. La investigada María Antonia Rubio Castro, por escrito del diez de diciembre de dos mil dieciocho (foja 2), dedujo excepción de prescripción, en el proceso que se le sigue por el delito de violación de la libertad de trabajo, en agravio de Susana Rodríguez Vásquez.

Segundo. Por decreto del veintiuno de diciembre de dos mil dieciocho (foja 3), se admitió a trámite la excepción, se corrió traslado a los sujetos procesales y se citó a audiencia preliminar, la cual se realizó el quince de enero de dos mil diecinueve.

La audiencia quedó registrada en el acta respectiva (foja 10). Concurrieron la fiscal adjunta provincial y el abogado defensor de la imputada Rubio Castro.

Tercero. El juez de investigación preparatoria, en ese acto, emitió el auto del quince de enero de dos mil diecinueve (foja 10) que, a su vez, se encuentra transcrito en autos (foja 101 del cuaderno supremo); declaró fundada la prescripción de la acción penal a favor de María Antonia Rubio Castro, por el delito contra la libertad de trabajo en la modalidad de violación de la libertad de trabajo y asociación, en agravio de Susana Rodríguez Vásquez; y, dictó sobreseimiento parcial a favor de Rubio Castro, manteniendo vigente el proceso contra Jaime Ángel Sánchez Castro, por el delito y agraviada anotados.

Cuarto. Contra esa decisión, la agraviada Susana Rodríguez Vásquez, en su calidad de actor civil, recurrió en apelación (foja 82 del cuaderno supremo), alzada que fue concedida con efecto suspensivo mediante la resolución del veintiséis de marzo del dos mil diecinueve (foja 96 del cuaderno supremo).



§ II. Procedimiento en segunda instancia

Quinto. Realizados los trámites pertinentes y celebrada la audiencia respectiva, la Sala Penal de Apelaciones, por auto de vista emitido en ese acto, esto es, el dieciocho de junio de dos mil diecinueve (foja 117 del cuaderno supremo), confirmó el auto de primera instancia en todos sus extremos.

Sexto. Frente a la resolución de vista acotada, la actora civil Susana Rodríguez Vásquez interpuso recurso de casación (foja 120 del cuaderno supremo), para el desarrollo de doctrina jurisprudencial por infracción de norma sustantiva (artículo 427, inciso 4, del Código Procesal Penal, concordado con el artículo 429, apartado 3 del código citado). Sostuvo que las diligencias preliminares interrumpen el plazo de prescripción, por lo que se interpretó de manera errónea el artículo 83 del Código Penal.

Séptimo. Mediante auto del quince de julio de dos mil diecinueve, la citada impugnación fue concedida (foja 128 del cuaderno supremo). El expediente judicial fue remitido a esta sede suprema.

§ III. Procedimiento en la instancia suprema

Octavo. Cumplido el traslado a las partes recurridas, este Tribunal de Casación, por ejecutoria Suprema del veintidós de mayo de dos mil veinte (foja 25 del cuadernillo formado en esta instancia), admitió a trámite el recurso de casación para el desarrollo de doctrina jurisprudencial por infracción de precepto material y, por la voluntad impugnativa, el apartamiento de doctrina jurisprudencial (apartado 4 del artículo 427 del Código Procesal Penal, concordado con los apartados 3 y 5 del artículo 429 del citado cuerpo legal).

Noveno. Instruidas las partes procesales sobre la admisión del recurso de casación (notificaciones de foja 31 del cuadernillo supremo) y recabados los actuados adicionales requeridos (fojas 36 a 139 del cuaderno supremo),



se emitió el decreto del trece de septiembre de dos mil veintiuno (foja 142 del cuadernillo supremo), que señaló fecha para la audiencia de casación, el veinte de octubre del presente año.

Décimo. Realizada la audiencia de casación, se celebró de inmediato la deliberación de la causa en sesión privada. Efectuada la votación, por unanimidad, corresponde dictar la presente sentencia casatoria, cuya lectura se programó en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

§ IV. Sobre el recurso de casación interpuesto

Primero. Según trasciende de la ejecutoria suprema que califica el recurso de casación que lo declaró bien concedido (foja 25 del cuaderno supremo), la recurrente Susana Rodríguez Vásquez (actora civil), demandó la infracción de precepto material, esto es, por la errónea interpretación del artículo 83 del Código Penal, a fin de determinar la interrupción o suspensión del plazo de prescripción ordinaria, así como desarrollar qué se entiende por "actuaciones del Ministerio Público"; de otro lado, de acuerdo con la voluntad impugnativa, también se aceptó la causal de apartamiento de doctrina jurisprudencial establecida en la Casación número 347-2011/Lima, del catorce de mayo de dos mil trece, específicamente en el apartado 4.7.

Segundo. En la última ejecutoria suprema citada, respecto a qué se entiende por "actuaciones del Ministerio Público", la Corte Suprema ya desarrolló este extremo y dijo:

Estando a lo expuesto, debemos determinar en el caso concreto cuáles son las actuaciones del Ministerio Público, que interrumpen el plazo ordinario de prescripción; al respecto, debe precisarse que no es cualquier actividad realizada por el Ministerio Público, **sino aquellas de entidad suficiente, en las que se aprecia que se ha efectuado una imputación válida contra el procesado, tales como la disposición que**



apertura las diligencias preliminares con imputación a una persona con cargos en su contra [las negritas son nuestras]; pues sólo así, tenemos la certeza que los efectos del proceso penal pueden recaer sobre una persona determinada; pues aun cuando se haya recepcionado la declaración de un sujeto, si éste no ha sido comprendido en forma expresa en el proceso bajo una imputación válida, no se le considerará como una actuación realizada por el Ministerio Público tendiente a interrumpir el plazo ordinario de prescripción, toda vez que puede ser que esté declarando en calidad de testigo, no existiendo certeza o precisión de que se encuentre comprendido en el proceso penal; ello en resguardo a los derechos fundamentales que le asisten al procesado, tales como ser informado de la imputación, su derecho de defensa, el principio de igualdad de armas, entre otros.

Tercero. De este modo, es factible concluir que, en efecto, las diligencias preliminares sí interrumpen los plazos de prescripción ordinaria y que la actuación del Ministerio Público importa que exista una imputación válida, es decir, que el investigado, aperturada la investigación preliminar, haya sido comprendido expresamente en esta (individualización del agente). Así, la apertura de la investigación preliminar tendrá como efecto la interrupción de la prescripción ordinaria.

Cuarto. Ahora bien, en el caso concreto, los hechos atribuidos en la formalización de investigación preparatoria (foja 44 del cuaderno supremo) son que Susana Rodríguez Vásquez siguió un proceso de pago de beneficios sociales ante el Cuarto Juzgado Transitorio Laboral contra los propietarios del restaurant "El Batán", representados por María Antonia Rubio Castro y Jaime Ángel Sánchez Castro, en el que se declaró fundada la demanda, Resolución número 9, del veintisiete de febrero de dos mil doce, estableciendo que los denunciados deberían pagar a favor de la agraviada por concepto de beneficios sociales, el monto de S/ 20 747.25 (veinte mil setecientos cuarenta y siete soles con veinticinco céntimos) y que no lo han



hecho. Agrega que, mediante Resolución número 20, del nueve de abril de dos mil trece, se resolvió confirmar la Resolución número 13, del once de julio de dos mil doce, que declaró consentida la sentencia del veintisiete de febrero de dos mil doce, para que los denunciados cumplan con pagar la suma anteriormente señalada, bajo apercibimiento de otorgarse copias para la denuncia correspondiente, habiendo sido válidamente notificados; hasta la actualidad, no se cumplió con cancelar dicho monto.

Quinto. Por otro lado, respecto del trámite de la causa seguida contra la investigada María Antonia Rubio Castro se tiene que:

5.1. En la disposición de inicio de investigación preliminar, del veinte de abril de dos mil dieciocho (foja 37 del cuaderno supremo), se comprendió tanto a Jaime Ángel Sánchez Castro (actualmente sentenciado) como a María Antonia Rubio Castro. En dicha disposición se aludió a la denuncia de parte realizada por la agraviada Susana Rodríguez Vásquez, quien sostuvo haber interpuesto demanda de pago de beneficios sociales y otros, al haber trabajado para los denunciados en el restaurante "El Batán", como cocinera durante el periodo del veinte de diciembre de dos mil tres al veintiocho de febrero de dos mil diez, habiendo obtenido sentencia favorable, del veintisiete de febrero de dos mil doce, que declaró fundada en parte su demanda y ordenó a los demandados cumplir con pagar por concepto de beneficios sociales, el monto ascendente a S/ 20 747.25 (veinte mil setecientos cuarenta y siete soles con veinticinco céntimos) y, mediante la resolución del nueve de abril de dos mil trece, se resolvió confirmar la resolución del once de julio de dos mil doce, que declaró consentida la sentencia del veintisiete de febrero de dos mil doce. Mediante resolución del once de julio de dos mil dieciséis, se les



requirió a los demandados que cumplan con pagar la suma de S/ 20 747.25 (veinte mil setecientos cuarenta y siete soles con veinticinco céntimos), bajo apercibimiento de otorgarse copias para la denuncia penal correspondiente, habiendo sido válidamente notificados; sin embargo, no cumplieron con cancelar la suma dineraria.

- 5.2. Seguidamente, mediante disposición del veintisiete de junio de dos mil dieciocho (foja 39 del cuaderno supremo), se ordenó la ampliación de la investigación preliminar por sesenta días.
- 5.3. El dieciocho de octubre de dos mil dieciocho se emitió la disposición que ordenó la formalización de la investigación preparatoria (foja 44 del cuaderno supremo).
- 5.4. Mediante resolución del treinta de octubre de dos mil dieciocho (foja 48 del cuaderno supremo) se resolvió recibir la comunicación de la disposición de investigación preparatoria.
- 5.5. Seguidamente, mediante disposición fiscal del veintidós de febrero de dos mil diecinueve (foja 50 del cuaderno supremo) se prorrogó el plazo de la investigación preparatoria.
- 5.6. Y, con disposición del dos de abril de dos mil diecinueve (foja 52 del cuaderno supremo), se concluyó la investigación preparatoria.
- 5.7. Finalmente, el cinco de abril de dos mil diecinueve (foja 53 del cuaderno supremo) se emitió el requerimiento de acusación fiscal, solo contra el procesado Jaime Ángel Sánchez Castro, pues ya se había emitido a favor de la encausada la resolución que declaró fundada la prescripción de la acción penal.

Sexto. En ese sentido, teniendo en cuenta que, el once de julio de dos mil dieciséis, la demandada fue requerida para cumplir el pago de beneficios sociales, cuya resolución fue notificada el veintiuno de



agosto de dos mil dieciséis, y considerando que el artículo 168, último párrafo, del Código Penal prevé una pena no mayor de dos años de sanción (vigente al tiempo de los hechos), no habría operado la prescripción ordinaria, toda vez que, el veinte de abril de dos mil dieciocho, se inició en su contra una investigación preliminar, cuyos hechos fueron puestos en conocimiento con la denuncia, lo que permitió identificarla y comprenderla expresamente en dicha investigación, lo cual, como actuación idónea del Ministerio Público, permite que la prescripción de la acción penal se interrumpa, al emitirse dicha disposición, y considerando que, el veintiuno de agosto de dos mil dieciséis, fue notificada con el requerimiento para el pago de beneficios sociales, este debió contabilizarse como inicio del plazo para determinar si la acción penal ordinaria se encontraba vigente; es así, que el plazo de dos años (a partir del veintiuno de agosto de dos mil dieciséis) se cumplía el veintiuno de agosto de dos mil dieciocho, pero teniendo en cuenta que la disposición de inicio de investigación preliminar, del veinte abril de dos mil dieciocho, interrumpió el plazo de prescripción ordinaria, la acción penal ordinaria se encontraba vigente.

Séptimo. Por otro lado, cabe precisar que, posteriormente a la emisión de la disposición de investigación preliminar, se emitió la disposición de formalización de investigación preparatoria, del dieciocho de octubre de dos mil dieciocho, cuyo plazo de suspensión de la prescripción no es indeterminado.

Octavo. Sobre esto último, la Corte Suprema, en el Acuerdo Plenario número 3-2012/CJ-116, ha señalado que, frente a la ya demostrada autonomía de las reglas y efectos de la suspensión, con relación a las que gobiernan la configuración y eficacia de la interrupción de la prescripción de la acción penal, el artículo 339, inciso 1, del Código Procesal Penal (de dos mil cuatro) no ha derogado ni modificado



directa o indirectamente las reglas contenidas en el artículo 83 del Código Penal vigente. El artículo 84 del Código Penal tampoco ha sido derogado ni mediatizado en sus efectos por el inciso 1 del artículo 339 de la norma adjetiva, toda vez que ambas disposiciones son independientes, aunque aludan a una misma institución penal como lo es la suspensión de la prescripción de la acción penal. Se trata solamente de disposiciones compatibles que regulan, cada una, causales distintas de suspensión de la prescripción de la acción penal que pueden operar de modo secuencial, paralelo o alternativo.

Noveno. El referido acuerdo plenario no solo consolidó la doctrina que sustenta la tesis de la suspensión en el artículo 339, inciso 1, del Código Procesal Penal, sino que introdujo y estableció un límite temporal a la duración de la *suspensión de la prescripción*, generada por la formalización de la investigación preparatoria.

Entonces, debemos entender que la suspensión de la prescripción, en el caso del artículo 339, inciso 1, del Código Procesal Penal, no podrá prolongarse más allá de un tiempo acumulado, equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo.

Según la doctrina que se plasma en el acuerdo plenario señalado, el plazo de duración de la suspensión de la prescripción de la acción penal, generada por la formalización de la investigación preparatoria, será igual al plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo. Esto significa que, producida la formalización de la investigación preparatoria, el plazo de prescripción que venía corriendo se suspenderá por un tiempo igual al máximo de la pena más la mitad. Vencido este plazo, cesará la suspensión y la prescripción, inicialmente suspendida, continuará su curso hasta que se cumpla el plazo extraordinario de prescripción.



Décimo. En el caso de autos, el delito que se investiga —violación de la libertad de trabajo—, previsto y sancionado en el artículo 168 del Código Penal, tiene una pena no mayor de dos años, y los hechos se habrían producido el *veintiuno de agosto de dos mil dieciséis* (requerimiento); con el fin de hacer el cálculo respectivo y determinar la fecha de interrupción, se tiene que la investigación preliminar se formalizó el veinte de abril de dos mil dieciocho, lo que impide considerar la prescripción ordinaria; ahora bien, obra de los actuados de formalización de la investigación preparatoria, que tiene como fecha el *dieciocho de octubre de dos mil dieciocho*, circunstancia que suspende los plazos de la prescripción, conforme lo dispone el artículo 339.1 del Código Procesal Penal. Ahora bien, esta suspensión no puede ser indeterminada, como se ha señalado en el Acuerdo Plenario número 3-2012/CJ-116, en que se menciona, en el fundamento jurídico once, que el plazo de suspensión es igual al plazo ordinario de prescripción —pena máxima—, más la mitad de dicho plazo; en el caso de autos, el delito de violación de la libertad de trabajo tiene una pena máxima de dos años, más la mitad un año, por lo que el plazo de suspensión es de tres años. Para efectos del cómputo de la prescripción, establecido en la última parte del artículo 83 del Código Penal —prescripción extraordinaria—, se considera la fecha de la comisión del delito —*veintiuno de agosto de dos mil dieciséis*—, hasta la formalización de la investigación preparatoria —*dieciocho de octubre de dos mil dieciocho*—, fecha en que se suspenden los plazos y, habiendo transcurrido el plazo de suspensión —plazo máximo más la mitad—, se retoma el plazo para considerar la prescripción extraordinaria —tres años— más el plazo de suspensión —tres años—; para que opere dicha prescripción tendrían que transcurrir seis años, lo que nos lleva a concluir que la prescripción se producirá indefectiblemente, el veinte



de agosto de dos mil veintidós. Así las cosas, es evidente que no ha transcurrido el plazo para que opere la prescripción.

Undécimo. A mayor abundamiento, la Casación número 383-2012-La Libertad, en el fundamento jurídico 4.12, señala: "Toda vez que la **suspensión del plazo prescriptorio** no es indeterminada o limitada, sino que tiene como límite un tiempo equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo"; así, es evidente que dicho fundamento jurídico hace referencia al plazo de suspensión. En ese sentido, la acción penal se encuentra vigente, por lo que debe estimarse el recurso de casación postulado.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los señores jueces supremos integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República:

- I. **DECLARARON FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de **Susana Rodríguez Vásquez** (actora civil) contra la resolución de vista, del dieciocho de junio de dos mil diecinueve (foja 57), que confirmó el auto de primera instancia, del quince de enero de dos mil diecinueve (foja 41), que declaró fundada la prescripción ordinaria de la acción penal en la causa seguida contra María Antonia Rubio Castro por el delito de violación de la libertad de trabajo, en agravio de Susana Rodríguez Vásquez, y quedó subsistente el derecho de la agraviada a efectos de que pueda reclamar los beneficios sociales en el proceso laboral en el cual se vienen ejecutando; en consecuencia, **CASARON** el referido auto de vista, del dieciocho de junio de dos mil diecinueve; y, actuado como instancia, **REVOCARON** el auto de primera instancia, del quince de enero de dos mil diecinueve (foja 41), y **reformándola** declararon **INFUNDADA** la prescripción ordinaria de la acción penal



en la causa seguida contra María Antonia Rubio Castro por el delito de violación de la libertad de trabajo, en agravio de Susana Rodríguez Vásquez, debiendo proseguirse el trámite de la causa conforme a su estado.

- II. DISPUSIERON** que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas en la instancia, incluso a las no recurrentes.

Intervino el señor juez supremo Bermejo Ríos por vacaciones de señor juez supremo San Martín Castro.

S. S.

SEQUEIROS VARGAS

BERMEJO RÍOS

COAGUILA CHÁVEZ

TORRE MUÑOZ

CARBAJAL CHÁVEZ

CCh/jj

Resoluciones para la Unidad 3 (Delitos contra la Libertad Sexual):

- **Sentencia del Tribunal Supremo (España) 389/2022**, de fecha 21.04.2022 (Procedencia: Recurso de Casación N° 3478/2020).

En la presente sentencia, el Tribunal Supremo español establece las diferencias interpretativas, respecto del delito de agresión sexual, entre el prevalimiento de una relación de superioridad y la agravante genérica de abuso de superioridad, con el objetivo de poder resolver de forma fundamentada el recurso de casación.

STS 389/2022, 21 de Abril de 2022

Jurisdicción: España
Emisor: Tribunal Supremo, sala segunda, (penal)
Número de resolución: 389/2022
Fecha: 21 Abril 2022
Id. vLex VLEX-902773597

Link: <https://app.vlex.com/vid/902773597>

Resumen

AGRESIÓN SEXUAL. RELACIÓN DE SUPERIORIDAD. ABUSO DE SUPERIORIDAD. El TS determina que el prevalimiento de una situación de superioridad para la agravación del artículo 180.1.4ª del Código Penal concurre en quien, contacta con su víctima como oferente de empleo y, en esa calidad, la cita en el momento y lugar que considera apropiado para la realización de una entrevista. El Alto tribunal considera esta una de las diferencias entre el prevalimiento de una relación de superioridad y la agravante genérica de abuso de superioridad (artículo 22.2). Se desestima el recurso de casación.

Original

Agresión sexual. Presunción de inocencia. Cuestiones no suscitadas por la parte en el recurso de apelación previo. Artículo 180.1.4ª del Código Penal: prevalimiento de una situación de superioridad. Concurre en quien contacta con su víctima como oferente de empleo y, en esa calidad, la cita en el momento y lugar que considera apropiado para la realización de una entrevista. Diferencias entre el prevalimiento de una relación de superioridad y la agravante genérica de abuso de superioridad (artículo 22.2).

Texto

Contenidos

- ANTECEDENTES DE HECHO
 - PRIMERO
 - SEGUNDO
 - TERCERO
 - CUARTO
 - QUINTO

o SEXTO

o SÉPTIMO

• FUNDAMENTOS DE DERECHO

o PRIMERO

o SEGUNDO

o TERCERO

• FALLO

Sentencia citada en: una sentencia

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 389/2022

Fecha de sentencia: 21/04/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3478/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 20/04/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura

Procedencia: T.S.J.MADRID CIVIL/PENAL

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: ASO

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 3478/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 389/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.^a Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 21 de abril de 2022.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación legal del condenado DON Mauricio , contra la Sentencia núm. 128/2020, dictada el 27 de abril, por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, en el rollo de apelación 406/2019, en el que se desestima el recurso de apelación interpuesto por el más arriba mencionado contra la sentencia núm. 472/2019, de 11 de julio, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, sección sexta, por la que se condenó al recurrente como autor penalmente responsable de un delito violación. Los/a Magistrados/a componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados.

Han sido partes en el presente procedimiento el condenado, DON Mauricio , representado por el Procurador de los Tribunales don Agustín Roberto Schiavon Raineri y defendido por el Letrado don Francisco Blanco Sancha.

Como acusación particular DOÑA Ascension, representada por el Procurador de los Tribunales don José Ramón Pardo Martínez, y asistida por la Letrada doña Estrella Sánchez Rubiato; y, en el ejercicio de la acción pública, el MINISTERIO FISCAL.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

El Juzgado de Instrucción núm. 2 de Fuenlabrada, incoó procedimiento sumario núm. 945/2016, por un presunto delito de agresión sexual, contra Mauricio. Una vez concluidas las actuaciones, las remitió para su enjuiciamiento a la Sección núm. 6 de la Audiencia

Provincial de Madrid, que incoó PO Sumario 1519/2017 y con fecha 11 de julio de 2019, dictó Sentencia núm. 472 que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"El procesado, que regenta varios locales de hostelería en la localidad de Fuenlabrada, insertó una oferta de trabajo en la plataforma denominada "JOB TODAY", ofreciendo un puesto de encargado. A este anuncio contestó la denunciante, Doña Ascension, de 18 años de edad, quedando con el acusado en la estación de RENFE de Fuenlabrada. Sobre las 19 horas el procesado acudió a la citada estación en su vehículo, solicitando a Ascension que se subiera en el mismo para acudir a uno de los locales que regenta, al objeto de llevar a cabo la entrevista.

Ascension se subió en el vehículo, y el acusado la trasladó hasta un local sito en la C/ Castilla la Nueva número 37 bis de Fuenlabrada, que en ese momento se encontraba cerrado al público y sin actividad. Una vez dentro, el procesado solicitó a Ascension que cogiera una bandeja de la barra y actuara como si estuviera sirviendo las mesas. En el momento en que Ascension estaba haciendo lo que el acusado le solicitaba, éste, con la intención de satisfacer su deseo sexual, bajó la persiana metálica del local, y prevaliéndose de esta situación para doblegar su voluntad, se acercó por la espalda a Ascension, cogiéndola y acorralándola entre la barra y su propio cuerpo, comenzando a tocarla por la cintura; y provocando que Ascension se asustase y se intentase apartar a la vez que le recriminaba lo que estaba haciendo. El acusado le dijo entonces, textualmente: "Ya sabes a lo que has venido aquí", sin dejarla de agarrar por la cintura y tratando de besarla en el cuello.

En ese momento Ascension trató de apartarse nuevamente, presa del miedo a que el procesado pudiera hacerle algo en caso de que se defendiese con más fuerza, ya que el acusado es más grande que ella y había cerrado el local, impidiéndole salir corriendo por la única salida del mismo.

A continuación, el acusado, sin dejar de mantenerla aprisionada contra la barra, cogió su cartera sacando de la misma un fajo de billetes de 50 euros, soltándolos en la barra y diciéndole a la declarante "COGE EL DINERO, ES PARA TI, TODO TUYO, HUÉLELO", apartándolo Ascension con la mano, a la vez que lloraba.

En ese momento el investigado metió las manos por debajo del vestido de Ascension, bajándole la ropa interior, subiéndole el vestido y ubicándola boca abajo a la fuerza y en contra de la voluntad de Ascension, sobre la barra, penetrándola vaginalmente sin utilizar preservativo llegando a eyacular en su interior, haciendo caso omiso a las súplicas y llantos de Ascension, que le pedía insistentemente que parara y que no le hiciera nada.

Al finalizar la agresión sexual el varón le señaló el baño sonriendo, y diciéndole: "AHÍ ESTÁ EL BAÑO, VE", acudiendo Ascension al aseo del local, para limpiarse. Una vez allí, pudo comprobar que el acusado había eyaculado encima suyo.

Al salir del aseo, Ascension vio que el agresor se encontraba en la puerta de salida del local, sujetando la persiana metálica para que Ascension pudiera salir del mismo, lo que Ascension hizo con rapidez, comenzando a correr presa del pánico, en cuanto se encontró en la vía pública, hasta que llegó a la estación de RENFE de La Serna.

Como consecuencia de estos hechos, Ascension sufrió una lesión erimatososa en región lumbar derecha que precisó para su sanidad de una primera asistencia y dos días no impositivos".

SEGUNDO

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"QUE DEBEMOS CONDENAR al acusado Mauricio a la pena de doce años y un día de prisión por delito de violación con la agravación de abuso de superioridad, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante todo el tiempo de la condena y a la pena de libertad vigilada por tiempo de cinco años que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad.

Mauricio indemnizará a Ascension, en la cantidad de 100 euros por la lesión y 25.000 € por los daños morales causados con aplicación de lo dispuesto en el art. 576 de la LEC en cuanto a los intereses legales.

Se imponen al procesado las costas del presente procedimiento, incluidas las de la acusación particular.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer Recurso de Apelación ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que se interpondrá, en su caso, ante la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Madrid, en el plazo de diez días, contados a partir del siguiente al de la última notificación.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de Sala y se anotará en los Registros correspondientes, lo pronunciamos, mandamos y firmamos".

TERCERO

Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, la representación legal del condenado, presenta recurso de apelación con base en los motivos expuestos en su escrito ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, formándose el rollo de apelación núm. 406/2019. En fecha 27 de abril de 2020, el citado Tribunal dictó sentencia núm. 128, aceptó los Hechos declarados probados por la Audiencia Provincial, y los completó al comienzo de los mismos con lo siguiente:

"" [El procesado] Mauricio, mayor de edad y cuyos demás datos constan en el encabezamiento"".

El fallo de la sentencia núm. 128/2020 es del tenor literal siguiente:

"QUE DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto el procurador D. AGUSTÍN ROBERTO SCHIAVON RAINERI, en nombre y representación de Mauricio, frente a la sentencia de fecha 11 de julio de 2019, dictada por la Sección nº 6 de la Audiencia Provincial de Madrid, en autos de Sumario Ordinario nº 1519/2017, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la citada resolución, sin perjuicio del complemento del relato de hechos

probados, que indica la Sala, y sin hacer expresa imposición de costas en esta segunda instancia.

Notifíquese la presente resolución a las partes y con certificación de la misma, una vez sea firme, devuélvanse los autos al órgano judicial de referencia.

Líbrense por la Sra. letrada de la Administración de Justicia de este Tribunal certificación de la presente resolución, que se dejará en el rollo correspondiente, llevando la original al Libro de Sentencias penales de esta Sala.

Frente a la presente resolución cabe interponer recurso de casación, ante la Sala 2ª del Tribunal Supremo, de conformidad con el art. 792. 4 en relación con el art. 847. 1 b) de la L.E.Crim., con sujeción a lo previsto en el art. 855 y ss. de la L.E.Crim., formulando la petición a que se refiere el art. 855 mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación de la sentencia. Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos".

CUARTO

Contra la anterior sentencia, la representación procesal del condenado, anunció su propósito de interponer recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO

El recurso de casación formalizado por el recurrente se basó en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Al amparo de los arts. 852 de la LECrim., 5.4 y 11 de la LOPJ, por infracción del 24 de la Constitución Española. Alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia, que le ha causado indefensión.

Motivo segundo.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º y 2º de la LECrim., por aplicación indebida de los artículos 178, 179 y 180, 1, 4º del Código Penal.

Motivo tercero.- Al amparo de los arts. 852 de la LECrim., 5.4 y 11 de la LOPJ, por infracción de los arts. 24 y 25.2 de la Constitución Española. Alega infracción de la tutela judicial efectiva en relación con los principios de reeducación y rehabilitación de las penas de privación de libertad y medidas de seguridad. Se queja de que le ha sido aplicado el número 4, del art. 180, 1 del Código penal, en cuanto al prevalimiento de una relación de superioridad.

SEXTO

Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, estimó procedente su decisión sin celebración de vista, e interesó la inadmisión y subsidiariamente su desestimación, en razón

de las consideraciones expuestas en su informe de fecha 24 de septiembre de 2021. La parte recurrente se opone al informe planteado de contrario.

SÉPTIMO

Por providencia de esta Sala de 28 de febrero de 2022, se señala el presente recurso para deliberación y fallo el próximo día 20 de abril de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

1.- Los dos primeros motivos que se contienen en el presente recurso de casación, aunque presentados en apariencia bajo distintas fórmulas de impugnación (la que se contiene en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el caso del primero; y la que habilita el artículo 849.1 de ese mismo texto legal, en el del segundo), responden a un mismo fundamento y presentan, en realidad, idéntico objeto. En ambos se considera que la sentencia impugnada habría vulnerado el derecho fundamental del acusado a la presunción de inocencia (artículo 24.2 de la Constitución española), por más que en la segunda queja, apartándose resueltamente del relato de hechos probados que se contiene en la sentencia impugnada, se invoque, con defectuosa técnica casacional, la pretendida infracción de ley. En definitiva, considera la recurrente que, no acreditados, --a su parecer, de forma bastante-- , los hechos que se atribuyen al acusado, resultaría indebida la aplicación de los artículos 178, 179 y 180.1.4 del Código Penal. Ambos motivos, por eso, deberán ser abordados conjuntamente.

2. - Como explica, por todos, nuestro auto número 408/2021, de 20 de mayo, citando, a su vez, la sentencia número 476/2017, de 26 de junio: «La reforma de La ley de Enjuiciamiento Criminal operada por la Ley 41/2015, modificó sustancialmente el régimen impugnatorio de las sentencias de la jurisdicción penal, al generalizar la segunda instancia, bien ante la Audiencia Provincial o bien ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, y se prevé un régimen de casación con un contenido distinto, según los supuestos. Estas profundas modificaciones legales satisfacen una antigua exigencia del orden penal de la jurisdicción, la doble instancia. Ahora, una vez superada la necesidad de atender la revisión de las sentencias condenatorias exigidas por los Tratados Internacionales, la casación ha de ir dirigida a satisfacer las exigencias necesarias de seguridad jurídica y del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, a través de la función nomofiláctica, esto es, fijar la interpretación de la ley para asegurar la observancia de ambos principios, propiciando que la ley se aplique por igual a todos los ciudadanos y que la aplicación de la norma penal sea previsible.

En la fijación del contenido de la nueva modalidad de la casación disponemos, por otro lado, de la experiencia adquirida por el conocimiento del recurso de casación contra sentencias dictadas en los procesos seguidos ante el Tribunal de Jurado respecto al que la ley reguladora prevé que el pronunciamiento del Tribunal del

Jurado sea revisado a través de la apelación ante el Tribunal Superior de Justicia y, en su caso, casación ante esta Sala.

En este marco, la sentencia contra la que se plantea el recurso de casación es la resolutoria del recurso de apelación. Frente a la misma el recurrente deberá plantear su disidencia, sin que -como principio general y, sobre todo, en relación con el ámbito fáctico- pueda consistir en la reiteración simple del contenido de la impugnación desarrollada en la apelación ni en el planteamiento de cuestiones no debatidas en la apelación, pues las mismas ya han tenido respuesta desestimatoria o son cuestiones que han sido consentidas por la parte. En particular, respecto al ámbito del control casacional cuando se invoca la lesión al derecho fundamental a la presunción de inocencia, cumplida la doble instancia, la función revisora de la casación en este ámbito se contrae al examen de la racionalidad de la resolución realizada a partir de la motivación de la sentencia de la apelación, comprensiva de la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba».

3. - Considera quien ahora recurre que la prueba de cargo única sobre cuya base se sustenta el pronunciamiento condenatorio que impugna, se concreta, en el caso, en el testimonio prestado en el juicio por doña Ascension. Así es. Y así se reconoce, como no podía ser de otra forma, tanto en la sentencia recaída en la primera instancia, como en la que ahora es objeto de recurso. La defensa del acusado considera que dicho testimonio alberga determinadas contradicciones, (relativas, nos dice, a la posición de agresor y agredida al tiempo de concretarse el acto de contenido sexual; o a si la eyaculación tuvo lugar o no en el interior de la víctima). Se destaca también que doña Ascension se demoró incomprensiblemente, siempre a juicio de quien recurre, en la presentación de la denuncia, que no fue interpuesta hasta el día siguiente al de la producción de los hechos. Y se añade que existen razones bastantes para considerar que su testimonio pudiera estar animado por un propósito espurio, habida cuenta de que, habiendo acudido a la cita con la intención de conseguir un puesto de trabajo y no habiendo accedido el acusado a contratarla finalmente, la denuncia interpuesta bien pudiera obedecer a una intención vindicativa o vengativa. Abrocha sus razonamientos quien ahora recurre observando que, en cualquier caso, el testimonio de Ascension carece de la más mínima corroboración objetiva que pudiera consolidar, más allá de toda duda razonable, la veracidad de aquél.
4. - Importa recordar aquí que este Tribunal Supremo de forma recurrente, --por todas, en nuestra reciente sentencia número 570/2021, de 30 de junio--, ha señalado que, conforme al sistema de valoración libre de la prueba que preside nuestro enjuiciamiento criminal, --frente al sistema de valoración legal o tasada--, resulta plenamente posible que el derecho fundamental a la presunción de inocencia del acusado pueda reputarse enervado sobre la base de un testimonio único, también cuando proceda de quien se presenta como víctima de los hechos enjuiciados, y con independencia de que el procedimiento haya sido iniciado incluso, como no será infrecuente, a su instancia. Ello no empece a que, si siempre la valoración probatoria ha de venir presidida por la cautela, la unicidad de la prueba de cargo imponga o refuerce la necesidad de ponderar con detalle los aspectos que conforman esta fuente única de información probatoria. A estos efectos, ya desde antiguo este Tribunal

Supremo ha venido destacando que en el trance de valoración del testimonio único, deberá ponderarse su credibilidad subjetiva, --cuidando de reparar en la posible existencia de móviles o propósitos espurios que pudieran estar animando el testimonio; y ponderando también las cualidades personales del testigo vinculadas a su capacidad de percepción--; su credibilidad objetiva, --que tomará en cuenta la solidez y persistencia de su relato--; y analizando, por último, el posible concurso de elementos objetivos, en tanto ajenos a la sola voluntad del testigo de cargo, que pudieran corroborar, al menos, ciertos aspectos colaterales o periféricos del relato (ya que no los nucleares pues, en tal caso, no estaríamos, en realidad, ante un testimonio único). Estos tres elementos o parámetros valorativos han venido a conformar lo que la práctica forense conoce ya, por economía en el lenguaje, como "triple test". Sin embargo, aunque creemos que se trata de un expediente útil en el marco de la valoración probatoria, no deben ser maximizados sus efectos, ni mucho menos aún debe incurrirse en una especie de "valoración taxonómica" de la prueba, compartimentándola en tres (o más) "requisitos", ni analizarse cada uno de aquellos parámetros como condiciones de posibilidad al efecto de que el testimonio único pueda (o no pueda) enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia, de tal manera que "si y solo si" cuando concurren aquellos se producirá este efecto; y cuando alguno falta no será, en cambio, posible reputar enervado el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Lo explicaba, por ejemplo, nuestra sentencia número nº 69/2020, de 24 de febrero: «una prueba testifical, aunque sea única y aunque emane de la víctima, puede ser apta para desactivar la presunción de inocencia. El clásico axioma testis unus testis nullus fue felizmente erradicado del moderno proceso penal (STS 584/2014). Ese abandono no acarrea ni una relajación del rigor con que debe examinarse la prueba, ni una debilitación del in dubio. Es secuela y consecuencia de la inconveniencia de encorsetar la valoración probatoria en rígidos moldes legales distintos de las máximas de experiencia y reglas de la lógica.

El hecho de que la prueba esencial fundante de la condena sea básicamente un testimonio, el de la víctima, es compatible con la presunción de inocencia. Están superadas épocas en que se desdeñaba esa prueba única (testimonium unius non valet), considerándola insuficiente por "imperativo legal" y no como conclusión emanada de la valoración libre y racional de un Tribunal. Esa evolución no es una concesión al defensismo o a unas ansias de seguridad que repelerían la impunidad de algunos delitos. Eso es excusa para degradar la presunción de inocencia. Las razones de la derogación de esa regla hay que buscarlas en el sistema de valoración racional de la prueba y no en un pragmatismo defensivo que obligase a excepcionar principios esenciales.

La palabra de un solo testigo, sin ninguna otra prueba adicional, puede ser suficiente en abstracto para alcanzar la convicción subjetiva. Ahora bien, la exigencia de una fundamentación objetivamente racional de la sentencia hace imposible fundar una condena sobre la base de la mera "creencia" en la palabra del testigo, a modo de un acto ciego de fe.

En los casos de "declaración contra declaración" (normalmente no aparecen esos supuestos de esa forma pura y desnuda, despojada de otros elementos), se exige una valoración de la prueba especialmente profunda y convincente respecto de la credibilidad de quien acusa frente a quien proclama su inocencia. Cuando una condena se basa en lo esencial en una única declaración testimonial ha de redoblar el esfuerzo de motivación fáctica. Así lo sostiene nuestra jurisprudencia a semejanza de la de otros Tribunales de nuestro entorno.

No es de recibo un argumento que basase la necesidad de aceptar esa prueba única en un riesgo de impunidad como se insinúa en ocasiones, al menos aparentemente, al abordar delitos de la naturaleza del aquí enjuiciado en que habitualmente el único testigo directo es la víctima. Esto recordaría los llamados *delicta excepta*, y la inasumible máxima "*In atrocissimis leviores coniecturae sufficiunt, et licet iudici iura transgredi*" (en los casos en que un hecho, si es que hubiera sido cometido, no habría dejado "ninguna prueba", la menor conjetura basta para penar al acusado). Contra ella lanzaron severas y justificadas críticas los penalistas de la Ilustración. La aceptación de esa premisa aniquilaría la presunción de inocencia como tal. La añeja Sentencia del TS americano que a finales del siglo XIX habló, por primera vez en aquella jurisdicción, de la presunción de inocencia -caso *Coffin v. United States*-, evocaba un suceso de la civilización de Roma que es pertinente también ahora recordar. Cuando el acusador espetó al Emperador diciendo "... si es suficiente con negar, ¿qué ocurriría con los culpables?"; recibió esta réplica "Y si fuese suficiente con acusar, ¿qué le sobrevendría a los inocentes?".

La testifical de la víctima, así pues, puede ser prueba suficiente para condenar. Pero es exigible una motivación fáctica reforzada que muestre la ausencia de fisuras de fuste en la credibilidad del testimonio. En ese marco de referencia encaja bien el triple test que se establece por la jurisprudencia para valorar la fiabilidad del testigo víctima -persistencia en sus manifestaciones, elementos corroboradores, ausencia de motivos de incredibilidad diferentes a la propia acción delictiva-. No se está definiendo con esa tríada de características un presupuesto de validez o de utilizabilidad. Son orientaciones que ayudan a acertar en el juicio. Son puntos de contraste que no se pueden soslayar. Pero eso no significa que cuando se cubran las tres condiciones haya que otorgar "por imperativo legal" crédito al testimonio. Ni, tampoco, en sentido inverso, que cuando falte una o varias, la prueba ya no pueda ser valorada y, *ex lege*, por ministerio de la ley -o de la doctrina legal en este caso-, se considere insuficiente para fundar una condena.

Ni lo uno ni lo otro.

Es posible que no se confiara capacidad convictiva de forma razonada a la declaración de una víctima (porque se duda del acierto de su reconocimiento, v.gr), pese a que ha sido persistente, cuenta con elementos periféricos que parecerían apuntalarla y no se ha identificado ningún motivo espurio que ponga en entredicho su fiabilidad; y, según los casos, también es perfectamente imaginable que una sentencia condenatoria tome como prueba esencial la única declaración de la víctima ayuna de elementos corroboradores de cierta calidad, que ha sido fluctuante por ocultar inicialmente datos

o por cambios o alteraciones en las diferentes declaraciones; y pese a detectarse una animadversión dilatada en el tiempo entre víctima y acusado, siempre que el Tribunal analice cada uno de esos datos y justifique por qué, pese a ellos, no pueden albergarse dudas sobre la realidad de los hechos y su autoría (aunque no es lo más frecuente, tampoco es insólito encontrar en los repertorios supuestos de este tenor)».

5. - Sentado lo anterior, el Tribunal provincial procede a realizar en su sentencia un detallado análisis del resultado de las pruebas practicadas al respecto, valorando el mismo de forma inobjetablemente razonable y razonada. Por su parte, el Tribunal Superior, --enfrentado, en realidad, con las mismas quejas que ahora reproduce ante nosotros la defensa del acusado--, en la resolución que es aquí objeto de recurso, y en cumplimiento de las funciones revisoras que el ordenamiento jurídico le encomienda, respalda, no ya la validez y regularidad del material probatorio tomado en consideración, sino también, muy especialmente, la suficiencia de éste para sustentar, más allá de toda duda razonable, el relato de los hechos que se declaran probados.

La declaración de la testigo única, conforme extensamente pondera el Tribunal provincial, resulta persistente en todos sus aspectos esenciales, sin incurrir en contradicción relevante alguna, añadiendo que la testigo respondió sin reticencias ni vacilaciones a cuantas preguntas le fueron formuladas al respecto por las partes, expresándose, eso sí, con la lógica resonancia emocional que se correspondía con el contenido de su relato. Descarta también, como se encarga de rematar el Tribunal Superior, que se advierta razón alguna para considerar que el mencionado testimonio pudiera obedecer, frente a lo que el entonces apelante pretendía, al disgusto generado como consecuencia de no haber obtenido el trabajo que demandaba. Y se ponderan igualmente ciertos elementos objetivos, en particular el testimonio de Evelio (a quien la denunciante se refiere como Fausto), y los informes médicos obrantes en las actuaciones.

Las mencionadas consideraciones solo pueden ahora ser refrendadas. Ascension protagoniza un testimonio plenamente coherente y razonable, preciso en detalles respecto a lo que sucedió antes (forma en la que contactó con el acusado, lugar en el que éste la recogió para llevarla al local, retraso con el que Mauricio se presentó a la cita, etc.), durante (el momento en que cerró la persiana del establecimiento, quedado en su interior únicamente ellos dos, forma en que la abordó y llegó a penetrarla por vía vaginal), y después de ser agredida (cómo Mauricio, al regresar ella del servicio, había levantado la persiana metálica del local y cómo ella aprovechó para escapar a la carrera hasta llegar, a pie, a la estación de cercanías). Así, sobre no advertir contradicción ninguna sustancial en su declaración, no podemos ignorar tampoco que el propio acusado admitió en el juicio haber mantenido relaciones sexuales con Ascension, aunque asegurando que siempre fue con el consentimiento, --y aun con la iniciativa--, de ella, por lo que las pretendidas vacilaciones que el recurrente imputa al testimonio de Ascension, ninguna trascendencia tendrían, aun de haber existido (en concreto: no es relevante si la eyaculación se produjo dentro o fuera o la concreta posición en la que se encontrasen ambos).

No hace falta añadir que la circunstancia de que la denuncia no se presentara, casi como un acto reflejo, inmediatamente después de producidos los hechos, tomándose Ascension un más que razonable período para recomponerse y ordenar sus ideas, --la denuncia se presentó al día siguiente de acaecidos los hechos--, no resta un ápice de verosimilitud a su relato.

Tampoco puede compartir este Tribunal el punto de vista del recurrente en cuanto a la eventual existencia de elementos que permitirían considerar la invocada presencia de propósitos espurios que pudieran estar animando el relato incriminatorio. En primer lugar, porque, tal y como destaca el Ministerio Público al tiempo de oponerse a este recurso, resultaría contrario a las reglas básicas de la experiencia que una persona que acude a una entrevista de trabajo, frustrada cuando comprende que no va a ser contratada y sin ningún otro motivo complementario (denunciante y acusado ni siquiera se conocían con anterioridad), fuere a presentar, por eso, y a sostener después, una denuncia de tamaña gravedad. Pero es que, además, ya el Tribunal provincial destacaba en su sentencia, que existe un elemento, de particular relevancia, que excluye, en términos de razonabilidad, esta aventurada hipótesis defensiva. Se trata del testimonio de Evelio, amigo de Ascension. El mismo expresó en el juicio que estuvo en comunicación con ella, mientras la misma esperaba a su posible empleador en la estación de cercanías, habiéndole contado que éste se retrasó en la cita (demora que el propio acusado confirmó). Y añadió el testigo que después, una vez logró marcharse Ascension del establecimiento, le llamó, le contó, en sus aspectos sustanciales, lo sucedido, así como que la encontró, naturalmente, llorosa y muy afectada. Como quiera que el acusado sostiene que quedó con ella cuando se despidieron en que la llamaría por la noche a fin de concretar si había decidido contratarla o no para el puesto de trabajo, es claro que la denuncia, tras haberle contado Ascension a su amigo lo sucedido con anterioridad a ese momento, de ningún modo podría obedecer a su frustración por no ser contratada.

Finalmente, la sentencia impugnada pondera también la existencia de elementos objetivos que vendrían a confirmar de modo definitivo la veracidad del relato. Se trata, muy especialmente, de la declaración, ya referida, del testigo Evelio y de los informes médicos obrantes en las actuaciones. Es cierto que aquél, como testigo de referencia, nada sustantivo aporta al relato de lo sucedido, en la medida en que no lo presenció y únicamente amplifica o trasmite lo que le escuchó contar a su amiga. Mas dicha declaración testifical, sí aporta dos elementos relevantes y corroboradores de la verdad de lo acontecido: el momento en que comunicó con su amiga por segunda vez ese día, --que sirve, como se ha explicado, para descartar con solvencia cualquier propósito espurio que impulsara la declaración de ella--, y el estado de ánimo en el que ésta se encontraba. En cuanto a los informes médicos, es verdad que las lesiones que presentaba Ascension, --lesión eritematosa en región lumbar derecha--, resultan inespecíficas, en el sentido de que, contempladas en abstracto, podrían responder a etiologías muy diversas; pero no lo es menos que, en concreto, se acomodan objetivamente al modo en que la testigo aseguró haber sido acometida (tomada por la espalda y situada entre la barra del establecimiento y su agresor, que presionaba desde esa posición sobre su cuerpo).

En definitiva, no cuestionada por la defensa la validez de la prueba de cargo, ni la regularidad con la que se aportó y desarrolló en el acto del juicio, el Tribunal Superior procedió a fiscalizar la suficiencia de la misma para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia del acusado, a partir de la razonabilidad de las valoraciones efectuadas por el de primera instancia, de modo por entero inobjetable, en decisión que solo podemos aquí respaldar.

Los motivos de impugnación se desestiman.

SEGUNDO

1.- En su último motivo de casación, encabezado de forma abigarrada y confusa, invoca la recurrente los artículos 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con los artículos 5.4 y 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por considerar que la sentencia impugnada habría vulnerado su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, "en relación con los principios de reeducación y rehabilitación social de las penas de privación de libertad y medidas de seguridad, por aplicación de la agravante 4ª del artículo 180.1 del Código Penal, referida al prevalimiento de una relación de superioridad".

Es muy claro, sin embargo, que la pena finalmente impuesta se sitúa en la mínima extensión legal posible a partir de la calificación jurídica de los hechos efectuada en la sentencia de primera instancia, que el Tribunal Superior confirma. Pena, desde luego, de significativa gravedad pero que se acompasa, sin embargo, armónicamente, con la que también resulte predicable de los hechos que el acusado protagonizó. No se advierte así vulneración alguna del principio de proporcionalidad de las penas que, aunque no expresamente referido en nuestro texto constitucional, ancla sus raíces en el principio de legalidad que proclama el artículo 25, en relación con lo también expresado en el artículo 10 del texto fundamental. Por otro lado, es evidente que la imposición de la mencionada pena privativa de libertad, ni por su naturaleza ni por su concreta extensión, contradice que el cumplimiento de la misma deberá estar orientado, tal y como previene el artículo 25.2 de la Constitución española, "hacia la reeducación y reinserción social".

Así las cosas, el presente motivo de queja se concretaría en la, pretendidamente indebida, aplicación de lo dispuesto en el artículo 180.1.4ª del Código Penal, cuestión que, por vez primera, suscita ante nosotros la defensa del recurrente.

2. - Hemos señalado ya en otras ocasiones, SSTS números 570/2021, de 30 de junio, 546/2020, de 23 de octubre y 661/2019, de 14 de enero de 2020, que la existencia de un recurso previo de apelación impone la exigencia de que las cuestiones que se plantean en el recurso de casación lo hayan sido antes en aquel. Dicho de otra forma, en el recurso de casación no podrán examinarse cuestiones nuevas no planteadas en la apelación cuando el recurrente pudo hacerlo. Como afirma la STS 84/2018, de 15 de febrero, con cita de la STS 54/2008, 8 de abril, "es consustancial al recurso de casación, dada su naturaleza de recurso devolutivo, que el mismo se circunscriba al examen de los errores legales que pudo cometer el Tribunal de instancia -en el presente caso, el órgano ad quem llamado a resolver la apelación- al enjuiciar los temas que las partes le plantearon, sin que quepa ex novo y per saltum formular

alegaciones relativas a la aplicación o interpretación de preceptos sustantivos no invocados, es decir, sobre cuestiones jurídicas no formalmente planteadas ni debatidas por las partes. Esta Sala necesita resolver siempre sobre aquello que antes ha sido resuelto en la instancia tras el correspondiente debate contradictorio, con la salvedad de que la infracción contra la que se recurre se haya producido en la misma sentencia (cfr. SSTS 1237/2002, 1 de julio y 1219/2005, 17 de octubre). En caso contrario, el Tribunal de casación estaría resolviendo por primera vez, es decir, como si actuase en instancia y no en vía de recurso, sin posibilidad de ulterior recurso sobre lo resuelto en relación con estas cuestiones nuevas (SSTS 1256/2002 4 de julio, y 545/2003 15 de abril)"

En el mismo sentido, decíamos en la STS nº 781/2017, de 30 de noviembre, citando la STS nº 700/2012, que "ha de recordarse que el recurso de casación en el procedimiento seguido ante el tribunal del jurado, se dirige contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia al resolver el recurso de apelación, revisando a su través tanto las respuestas que el órgano de apelación haya dado a las cuestiones que le fueron planteadas, como la misma actuación de este tribunal al tramitar y resolver dicho recurso. No se trata, pues, de una nueva oportunidad para dirigir el recurso contra la sentencia dictada por el tribunal del jurado que resolvió en la instancia tras el juicio oral, incluyendo quejas no planteadas en apelación, sino que el recurso de casación está orientado a la revisión de la actuación jurisdiccional del tribunal de apelación al tramitar y resolver esa clase recurso. De manera que las cuestiones planteadas en el recurso de casación debieron serlo primeramente ante el tribunal de apelación, con la única excepción de aquello que el recurrente considere infracciones cometidas precisamente por este último tribunal y que no pudieron ser atribuidas al primero. De la misma forma, en la STS nº 293/2007 se decía que " ...si el recurso de casación se interpone contra la sentencia del TSJ, la impugnación de ésta únicamente puede versar sobre aquellas pretensiones que fueron planteadas a dicho Tribunal en el recurso de apelación y que se resolvieron en esa instancia, pero no sobre las que no fueron suscitadas y sobre las que, obviamente, el TSJ no puede ni debe pronunciarse, de manera que al entablar en sede casacional esas pretensiones "per saltum", que fueron hurtadas al conocimiento y enjuiciamiento del órgano jurisdiccional competente, se está suscitando una cuestión nueva que, en efecto resulta contraria a la propia naturaleza del recurso de revisión y a la buena fe procesal que ha de regir la actuación de cada una de las partes intervinientes en el proceso, por lo que se ha impedido de esta forma el expreso pronunciamiento en la apelación, pronunciamiento que procedería ahora examinar a fin de resolver su corrección". En sentido similar la STS nº 911/2007, STS nº 992/2007 y STS nº 329/2001, entre otras.

A su vez, la STS núm. 262/2020, de 29 de mayo determina con toda claridad: "Es principio tradicional de la casación la prohibición de suscitar cuestiones que antes no hayan sido planteadas en la instancia. Obedece tal axioma a la necesidad de garantizar la contradicción y enlaza con el principio de buena fe procesal (art. 11 LOPJ)...

No obstante, esa premisa general (rechazo de planteamientos novedosos) admite salvedades que la jurisprudencia agrupa en dos grandes categorías:

- a. La invocación de derechos fundamentales se ha considerado una primera excepción. En efecto, la alegación de vulneraciones de rango constitucional que puedan acarrear indefensión (la letra a) del art. 846 bis c) de la LECrim proporciona cierta base legal, aunque en un ámbito muy específico, para esa excepción) se ha estimado como una posible brecha por la que podrían acceder cuestiones nuevas...

...La vinculación con un derecho fundamental debe ser directa; no basta una conexión indirecta. Una interpretación más laxa acabaría con la doctrina de la cuestión nueva. Difícilmente habrá una cuestión en casación que no guarde relación, aunque sea oblicua, con algún derecho fundamental (arts. 24 o 25 CE). Todo pronunciamiento penal tiene una vinculación más o menos directa con algún derecho de ese orden, aunque sea la libertad (art. 17 CE) o el principio de legalidad (art. 25 CE)...

- b. La inaplicación de preceptos penales sustantivos favorables al reo cuya procedencia fluya de los hechos probados es tradicionalmente otro camino que se ha mantenido expedito para que temas inéditos en la instancia accedan al debate casacional. El ejemplo paradigmático es la apreciación de una atenuante... Para admitir esa excepción se suele exigir la constancia en la sentencia de todos los requisitos que conforman la aplicación de la atenuante (SSTS 707/2012, de 26 de abril, y 157/2012 de 7 de marzo, entre muchas otras).

Aun dejando esto reseñado, estas consideraciones invitan a minimizar el obstáculo derivado de la doctrina de la cuestión nueva: si se reclama una atenuante que antes no se postuló formalmente por impetrarse la absolución y además se invocó en el informe oral de manera expresa y la sentencia contiene los datos necesarios para decidir, cabe su abordaje en casación.

Hemos señalado también que, ello no obstante, una vez generalizada la doble instancia penal, como concluyó la STS 67/2020, de 24 de febrero, que condensó abundante jurisprudencia al respecto, y en el mismo sentido las SSTS 127/2020 de 14 de abril o 260/2020 de 28 de mayo, "en rigor, debe rechazarse en casación, como cuestión nueva, el examen de aquellas cuestiones que no fueron planteadas en apelación, cuando el recurrente pudo hacerlo". Criterio respaldado por la STS 345/2020 de 25 de junio, del Pleno de esta Sala.

Bastaría seguramente lo anterior para desestimar, sin necesidad de otras consideraciones complementarias, ese último motivo de impugnación.

3. - En cualquier caso, expresa el recurrente en su queja que la mucha mayor corpulencia del acusado (pesaba en torno a los 140 kgs. cuando se produjeron los hechos) con relación a su víctima, no solo no facilitó la ejecución de los hechos, sino que, en todo caso, habría contribuido a dificultar la agilidad de sus movimientos. Ciertamente, se alude a esa muy notable diferencia física entre el agresor y la víctima (que utilizaba

al tiempo de los hechos una talla 34) en la sentencia recaída en la primera instancia. Pero no es sobre la base de esta disímil complexión física que se sustenta la aplicación del controvertido precepto.

Consideramos relevante destacar aquí que la muy superior corpulencia del agresor, acompañada por lo general de otros factores y cuando la misma es aprovechada en la ejecución del delito, podría prestar soporte fáctico suficiente para la aplicación de la circunstancia agravante genérica de abuso de superioridad (artículo 22.2 del Código Penal). Distinto es, sin embargo, el caso previsto en el artículo 180.1.4ª de ese mismo texto legal, cuando se refiere a que el responsable del delito de agresión sexual, para la ejecución del mismo, se hubiera prevalido de una relación de superioridad. En puridad, no se está aludiendo en este último precepto a la diferente corpulencia entre agresor y agredido, ni, por ejemplo, a los instrumentos o armas que pudiera haber empleado aquél, o al número significativo de atacantes frente a una sola víctima, factores que contribuyen a facilitar la ejecución del delito, disminuyendo la eficacia de la defensa que pudiera protagonizar el atacado, sobre la base de una distinta situación de superioridad entre uno y otro. El artículo 180.1.4ª no viene referido al aprovechamiento, prevalimiento, de una situación de superioridad, sino de una relación de superioridad.

Como muy recientemente hemos tenido oportunidad de explicar, --así, en nuestra sentencia número 324/2022, de 30 de marzo--, en el marco del prevalimiento de una relación de superioridad «los mecanismos o recursos defensivos de la víctima no se encuentran relajados o abatidos... sino que resultan ineficaces o ceden, precisamente en atención a la desarmónica, desigual, relación que aquélla mantiene con su agresor, frente al que se halla en situación de inferioridad». Para añadir seguidamente: « Dicha superioridad evoca la idea de alguna clase de relación entre víctima y agresor, más o menor normativizada, con reparto o distribución de roles en un plano vertical, conformada por el establecimiento, también más o menos explícito, de situaciones de subordinación o dependencia. Dispone, en tales casos, el agresor de una suerte de función de control, supervisión, dirección de la persona agredida, función de la que, precisamente, se prevale para la comisión del delito. No cuesta encontrar ejemplos en el marco de relaciones parentales, distintas de las contempladas en el artículo 183. 4, d), en las que, sin embargo, el familiar o cuasi familiar ejerce con relación a la víctima aquellas funciones (pareja sentimental de la madre, por ejemplo, que actúa respecto al menor "como un padre"); y no parentales (docente/discente; monitor deportivo o de otras actividades lúdicas frente al menor que participa en ellas bajo su control y dirección; etc).

A partir de las consideraciones anteriores, lo hemos señalado ya, la sentencia recaída en la primera instancia, aunque efectivamente alude a la mucha mayor corpulencia del agresor con relación a su víctima, no centra en ello la aplicación del precepto que aquí combate la recurrente. Alude también, y así resulta igualmente con toda evidencia del relato de hechos probados, a que la entrevista se produjo como consecuencia de un anuncio en el que el acusado ofertaba un puesto de trabajo en un establecimiento de hostelería que regentaba. Con objeto de optar al mismo, contactó Ascension con el acusado, indicándole éste el lugar y el momento en el que debería

procederse a la entrevista previa. En ese contexto, la emplazó para que acudiera, el día 29 de junio de 2016, a la estación de RENFE en Fuenlabrada. Allí, con notable demora, acudió el acusado a recogerla en un vehículo particular, desde donde la condujo a uno de los locales comerciales que regentaba y que ella previamente no conocía. Se encontraba en ese momento el local cerrado al público y sin actividad. Una vez el acusado procedió a abrir la puerta y ambos entraron, sin que hubiera en el lugar ninguna otra persona, el acusado ordenó a Ascension que cogiera una bandeja de la barra y actuara como si estuviera sirviendo las mesas. Fue precisamente cuando ella daba cumplimiento a lo indiciado, que el acusado procedió a bajar la persiana metálica del establecimiento, se acercó por su espalda, aprovechando la situación así creada, la cogió y acorraló entre su cuerpo y la barra del bar y comenzó a tocarla, mientras le decía: "Ya sabes a lo que has venido aquí".

En estas circunstancias, consideramos que resulta inobjetable la aplicación del subtipo agravado previsto en el artículo 180.1.4º del Código Penal, habida cuenta de que el acusado se prevalió, para ejecutar el hecho, de la relación de superioridad que mantenía con su víctima, sin perjuicio de que con posterioridad empleara también la necesaria fuerza e intimidación para vencer su resistencia, lo que resulta plenamente compatible. Aquella relación de superioridad trae causa de la distinta posición que cada uno ostentaba (oferente y demandante de un concreto empleo) que fue, precisamente, la que permitió al acusado escoger, no ya el momento de la entrevista sino, muy especialmente, el lugar en el que la misma se desarrollaría. Así, resolvió que la cita no se produjera emplazando directamente a la víctima en el local, sino en una estación de tren a la que él mismo acudió a recoger a Ascension en un automóvil, por lo que, incluso, le resultaría difícil a ella, como así fue, recordar el concreto emplazamiento del local. A su vez, solo esa relación vertical que les vinculaba, permitió al acusado entrar con su víctima en un local en el que no había ninguna otra persona, ordenarle que realizara una concreta actividad vinculada con el trabajo que ofrecía, y cerrar, cuando ella comenzó a hacerlo, la persiana metálica del establecimiento; conductas, todas ellas, que propiciaron la ejecución del delito y a las que Ascension se prestó, precisamente, como consecuencia de la relación (oferente/demandante de empleo) que les vinculaba y que, en esa medida, la sujetaba al "poder de dirección" del acusado.

El motivo se desestima.

TERCERO

De conformidad con lo establecido en el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, corresponde imponer las costas de este recurso a la parte que lo interpuso.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1. - Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Mauricio, contra la sentencia número 128/2020, de 27 de abril, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, por la que se desestimaba el recurso de apelación interpuesto por aquél contra la número 472/2019, de 11 de julio, pronunciada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 6ª.
2. - Se imponen las costas de este recurso a la parte que lo interpuso.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso. Póngase en conocimiento del Tribunal Superior de Justicia y de la Audiencia Provincial de los que proceden las actuaciones e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

- **Sentencia recaída en el Expediente N° 6265-2020**, emitida por la Corte Superior de Justicia de Lima – Décimo Juzgado Penal Liquidador, de fecha 12.11.2021.

En la presente sentencia se analiza la responsabilidad penal de un grupo de jóvenes en el funesto caso de “La Manada de Surco”, donde se cometió una violación sexual en grupo en agravio de una joven de 21 años de edad. Se debate principalmente el tema del consentimiento.



PODER JUDICIAL DEL PERÚ

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
DECIMO JUZGADO PENAL LIQUIDADADOR**

Exp. 6265-2020

**Procesados : JOSE MARTÍN AREQUIPEÑO VIZCARRA
SEBASTIÁN ZEVALLOS SANGUINETI
DIEGO HUMBERTO ARROYO ELÍAS
ANDRÉS FASSARDI SAN SEBASTIÁN y
MANUEL ANTONIO VELA FARJE**

Delito : Contra la Libertad Sexual

Agraviada : Clave 062-2020

Secretario Richar Escobedo Horna

SENTENCIA

**Lima, doce de noviembre
de dos mil veintiuno.-**

VISTOS: oídos los informes orales; en audiencia virtual la causa seguida contra **JOSE MARTÍN AREQUIPEÑO VIZCARRA, SEBASTIÁN ZEVALLOS SANGUINETI, DIEGO HUMBERTO ARROYO ELÍAS, ANDRÉS FASSARDI SAN SEBASTIÁN y MANUEL ANTONIO VELA FARJE** en el proceso que se les sigue por el delito contra la Libertad -Violación de la Libertad Personal- Violación Sexual en agravio de la persona de Clave 062-2020.

I. ANTECEDENTES

a. Trámite del proceso



Que a mérito del Informe Policial número 260-2020-REG.POL-LIMA/DIVPOL-S1-CCHE-SEFAM obrante a fojas 2 y siguientes, el Ministerio Público formalizó denuncia penal a fojas 245 y el Juzgado Penal de Turno Permanente por auto de fecha 21 de octubre de 2020, obrante a fojas 325, dispuso abrir instrucción en la vía sumaria contra **JOSE MARTÍN AREQUIPEÑO VIZCARRA, SEBASTIÁN ZEVALLOS SANGUINETI, DIEGO HUMBERTO ARROYO ELÍAS, ANDRÉS FASSARDI SAN SEBASTIÁN y MANUEL ANTONIO VELA FARJE** por el delito contra la Libertad -Violación de la Libertad Personal- Violación Sexual en agravio de la persona de Clave 062-2020; tramitada la causa dentro de los lineamientos procesales señalados por ley, vencidos el plazo de instrucción y su ampliatoria, se remitieron los autos al Ministerio Público, emitiéndose la acusación obrante a fojas 1831, en la cual se solicita para los procesados la pena de 20 años de privación de libertad y el pago de 100,000 soles que deberán pagar a favor de la agraviada en forma solidaria; puestos los autos a disposición de las partes con los alegatos escritos recibidos, oídos los informes orales, ha llegado la oportunidad procesal de expedir sentencia.

b. Imputación

La imputación contra los procesados es la siguiente:

Se atribuye a los procesados **JOSE MARTÍN AREQUIPEÑO VIZCARRA, SEBASTIÁN ZEVALLOS SANGUINETI, DIEGO HUMBERTO ARROYO ELÍAS, ANDRÉS FASSARDI SAN SEBASTIÁN y MANUEL ANTONIO VELA FARJE**, haber tenido acceso carnal por vía oral, vaginal y anal con la agraviada identificada con Clave 062-2020, de 21 años de edad, sin su consentimiento.

Que, de los hechos investigados tenemos que con fecha **17 de octubre del 2020, a horas 21:03 aproximadamente**, la agraviada recibió un mensaje de WhatsApp de DIEGO HUMBERTO ARROYO ELIAS quien le dijo "CAE A LA CASA DEL NEGRO" refiriéndose a Manuel Vela, arribando a la casa ubicada en el **Jirón Enrique León García N° 517 – Santiago de Surco** aproximadamente 21:24 horas ingresando al patio de la casa el cual no tenía luz encontrándose con José Martin AREQUIPEÑO VIZCARRA, Sebastián ZEVALLOS SANGUINETI, Diego Humberto ARROYO ELIAS, Andrés FASSARDI SAN SEBASTIAN y Manuel Antonio VELA FARJE, quienes estaban con dos chicas que no conocía, percatándose que éstas se encontraban en estado de ebriedad y que habían consumido algún tipo de droga, igualmente se dio cuenta que sus amigos mencionados habrían dado marihuana a las chicas; preguntando por Diego y le dijeron "que estaba tirando con una chica arriba", decidiendo quedarse con ellos porque eran sus amigos, sobre todo con el que más hablaba era con Manuel, señalando que en otras oportunidades ya había ido a esa misma casa donde hacían reuniones con algunos de ese grupo. Señala que consumieron ron y gaseosa, mientras tomaban José le invitó marihuana y aceptó; él tenía una llave en la mano y lo metió en una bolsita que contenía coca y se la puso en la nariz y lo inhaló, consumiendo todos los demás cocaína; siguieron tomando y uno propuso jugar "VERDAD O RETO", los retos



consistían en quitarse las prendas, bailar en medio de todos. En el transcurso del juego le tocó hacer un reto y Diego le dijo que se saque el brassier, y por la presión de todos y la adrenalina ésta decidió quitárselo pero se tapó con su casaca.

Refiere, que se percató que eran casi las 11:00 de la noche y su celular no tenía batería, pidiéndole a Manuel que le preste el baño que se encuentra en el primer piso y la acompañó hasta allí porque no había luz y éste le dijo que alumbraría con su celular, diciéndole que no sería necesario y que se fuera, pero entró hasta el baño y cerró la puerta, salieron sin que le haga nada.

A los minutos Sebastián incitó a que fueran al segundo piso y fue él quien la cogió de la muñeca izquierda y la jaló para ir al segundo piso, todos la metieron a un cuarto que tenía un jacuzzi; a los minutos se percató que Sebastián se para en la puerta con intención de que ella no salga y los demás se empezaron a desvestir y José, Diego, Sebastián y Andrés le ordenaron que se desvista; mientras Manuel ponía música, encontrándose ésta de pie, percatándose que José, Diego, Sebastián y Andrés se acercaron a ella y le empezaron a quitar la ropa, ella quiso hacer algo para defenderse pero por la fuerza y como eran cuatro no logró hacer nada, la desnudaron por completo y la metieron al jacuzzi, señala que ellos estaban totalmente desnudos y le empezaron a jalar de los cabellos, para que les haga sexo oral, empezando Sebastián, Andrés, Diego, José y Manuel solo estaba mirando.

Posteriormente ya los cinco sujetos estaban dentro del jacuzzi y la penetraron por la vagina y por el ano, a excepción de Vela Farje quien le obligó a que le haga sexo oral, todos estos hechos sucedieron en contra de la voluntad de la agraviada.

Posteriormente ella les pidió que la dejen, que se quería ir y no la dejaron salir, los cinco la retenían para que no se vaya. Todos se pusieron a su alrededor, ya que se encontraba ésta dentro del jacuzzi empezando a jalonearla para tocarle en todas las partes del cuerpo, Diego le dejó chupetones en el seno derecho e incluso le decía insultos como "ERES UNA PERRA, UNA PUTA", pidiéndole la agraviada en todo momento que la dejen ir hasta que Sebastián le dijo "YA VETE, YA QUE NO QUIERES" y la botó del baño.

Señala, la agraviada que cogió sus cosas, se vistió y bajó al primer piso; precisa que Manuel se desapareció hasta que José lo ubicó por llamada telefónica y escuchó que dijo que se encontraba en ATE. La agraviada señala que no se sentía del todo bien dado que los efectos del alcohol y las drogas seguían en ella; por lo que decidió sentarse en una silla del primer piso y se percató que los demás estaban alrededor de ella sentados como si nada pasara. Luego de esto querían que sigan jugando y le pusieron una silla delante de cada uno de los procesados para que la agraviada les bailara sin pantalón; sin embargo, ésta se paró, pero Diego de un jalón la sentó en sus piernas.

Precisa que seguían todos escuchando música y aun ésta se sentía ida y no se daba cuenta de lo que estaba pasando ni haciendo; manifiesta que los cuatro que aún quedaban en la casa se aprovecharon de la situación en la que se



encontraba ya que le volvieron a bajarle el pantalón y la manoseaban, tocándole los glúteos y los senos, haciendo que baile; Diego, Sebastián y Andrés la jalaban para que baile con ellos pero José estaba sentado a un lado mirando todo, dándose cuenta la agraviada que estaba amaneciendo y decidió salir de esa casa; todos la siguieron a la puerta y esperaron a que se vaya, llegando a su casa contándole lo sucedido a sus padres.

c. Elementos recabados durante la instrucción

Durante la etapa preliminar y la instrucción se recopilaron los siguientes elementos para la evaluación:

1. El acta de denuncia verbal se agrega a fojas 33 y 34, presentada a las 7 horas del día 18 de octubre de 2020 por parte de la agraviada, quien refiere haber sido víctima de Violación Sexual por parte de cinco sujetos no identificados plenamente, de nombres Diego Elías, Sebastián Zevallos, Manuel Vela, José y Andrés, hecho ocurrido el día 18 de octubre a horas 1, en circunstancias que participó en una reunión de amigos en donde libaron licor y consumieron marihuana, reunión que se llevó a cabo en el domicilio del sujeto de nombre Manuel Vela, ubicado en el Jirón Enrique León García 517 – Santiago de Surco, la denunciante indica también que el sujeto de nombre Diego Elías es su exenamorado y en ese momento no recuerda su segundo apellido. Por otro lado la denunciante refiere que como consecuencia del consumo de alcohol y marihuana se sentía como dopada, lo cual no le permitió defenderse de la agresión sexual de la cual fue víctima por parte de los mencionados; a las 6 horas se sintió mas lúcida y procedió a salir del lugar, fue a su domicilio y le contó a sus padres lo sucedido, por lo que decidieron acercarse a la dependencia policial.
2. El acta de intervención policial se agrega a fojas 36.
3. El acta de registro personal e incautación de equipo celular practicada al procesado Sebastián Zevallos Sanguineti se agrega a fojas 38, se le halló un celular marca Iphone y un celular Samsung.
4. El acta de registro personal e incautación de equipo celular practicada al procesado Manuel Antonio Vela Farje se agrega a fojas 39, se le halló un celular marca Huawei.
5. El acta de registro personal e incautación de equipo celular practicado al procesado Diego Humberto Arroyo Elías se agrega a fojas 40, se le halló un celular marca Huawei.
6. El acta de registro personal e incautación de equipo celular practicada al procesado José Martín Arequipeño Vizcarra se agrega a fojas 41, se le halló un celular marca Iphone.
7. El acta de registro personal e incautación de equipo celular practicada al procesado Andrés Fassardi San Sebastián se agrega a fojas 42, se le halló un celular marca Samsung.
8. La Inspección Técnico Policial del inmueble se agrega a fojas 67, con las fotografías a fojas 69 y 70 sólo de los exteriores del inmueble el cual se encuentra en venta.



9. El Certificado Médico Legal número 036801-E-IS practicado a la agraviada se agrega a fojas 107, el cual señala: INTEGRIDAD SEXUAL: POSICION GINECOLOGICA: HIMEN DESGARRO COMPLETO ANTIGUO EN HORAS VI, DESGARRO INCOMPLETO ANTIGUO EN HORAS IX. POSICIÓN GENUPECTORAL: ANO HIPOTÓNICO, PLIEGUES PERIANALES TUMEFACTOS, FISURA DE 0.5 CM EN HORAS XII. INTEGRIDAD FÍSICA: EQUIMOSIS ROJIZA VIOLÁCEA POR SUGILACIÓN DE 2X1CM EN REGION MAMARIA DERECHA DE 01 X 01 CM., EN REGIÓN ESCAPULAR IZQUIERDA, DE 02X01 CM, EN REGIÓN DELTOIDEA DERECHA., EQUIMOSIS VIOLÁCEA POR DIGITOPRESIÓN DE 3X2CM, 2X2CM Y 2X1CM EN CARA ANTERIOR TERCIO DISTAL DE MUSLO IZQUIERDO, EQUÍMOSIS VIOLÁCEA DE 4X2CM (3) Y 5X4 CM EN CARA ANTERIOR TERCIO DISTAL DE MUSLO DERECHO Y RODILLA DERECHA. OCASIONADO POR SUCCIÓN, PRESIÓN DIGITAL Y AGENTE CONTUNDENTE DURO.
- CONCLUSIONES:** INTEGRIDAD SEXUAL:SIGNOS DE DESFLORACIÓN ANTIGUA SIGNOS DE ACTO CONTRANATURA RECIENTE. INTEGRIDAD FÍSICA: PRESENTA HUELLAS DE LESIONES TRAUMÁTICAS RECIENTES; REQUIERE: **ATENCIÓN FACULTATIVA: DOS DÍAS, INCAPACIDAD MÉDICO LEGAL: SEIS DÍAS,** Salvo complicaciones.
10. El Certificado Médico Legal número 036851-L-D practicado al procesado José Martín Arequipaño Vizcarra se agrega a fojas 108, Concluye que no requiere incapacidad médico legal.
11. El Certificado Médico Legal número 036852-L-D practicado al procesado Sebastián Zevallos Sanguinetti se agrega a fojas 109, Concluye que no requiere incapacidad médico legal.
12. El Certificado Médico Legal número 036853-L-D practicado al procesado Sebastián Andrés Fassardi San Sebastián se agrega a fojas 110, Concluye que no requiere incapacidad médico legal.
13. El Certificado Médico Legal número 036854-L-D practicado al procesado Manuel Antonio Vela Farje se agrega a fojas 111, Concluye que no requiere incapacidad médico legal.
14. El Certificado Médico Legal número 036855-L-D practicado al procesado Diego Humberto Arroyo Elías se agrega a fojas 112, Concluye que no requiere incapacidad médico legal.
15. El Informe Pericial Forense de Examen Toxicológico número 26499/20 practicado a la agraviada a las 9:45 del 18 de octubre de 2020, se agrega a fojas 113, Resultados: en el Análisis de drogas, Positivo para Benzodicepina, Cocaína y Marihuana; Dosaje Etílico, Estado de Ebriedad (0.74 g/L).
16. El Informe Pericial Forense de Examen Toxicológico número 26541/20 practicado al procesado Diego Humberto Arroyo Elías se agrega a fojas 114, Resultados: Análisis de Drogas, Positivo Marihuana y Cocaína; Dosaje Etílico, Estado Normal.
17. El Informe Pericial Forense de Examen Toxicológico número 26542/20 practicado al procesado José Martín Arequipaño Vizcarra se agrega a fojas 115, Resultados: Análisis de Drogas, Positivo Marihuana; Dosaje Etílico, Estado Normal.



18. El Informe Pericial Forense de Examen Toxicológico número 26543/20 practicado al procesado Andrés Fassardi San Sebastián se agrega a fojas 116, Resultados: Análisis de Drogas, Positivo Marihuana y Cocaína; Dosaje Etílico, Estado Normal.
19. El Informe Pericial Forense de Examen Toxicológico número 26544/20 practicado al procesado Sebastián Zevallos Sanguinetti se agrega a fojas 117, Resultados: Análisis de Drogas, Positivo Marihuana y Cocaína; Dosaje Etílico, Estado Normal.
20. El Informe Pericial Forense de Examen Toxicológico número 26545/20 practicado al procesado Manuel Antonio Vela Farje se agrega a fojas 118, Resultados: Análisis de Drogas, Positivo Marihuana; Dosaje Etílico, Estado Normal.
21. La manifestación policial de la agraviada se agrega a fojas 124, refiere ser estudiante, de 21 años, vive con sus padres y hermano, a los procesados los conoce por ser amigos del colegio y del barrio, a excepción de José Arequipaño a quien conoció en una reunión dos semanas antes y Diego Arroyo fue su enamorado; que el lugar donde sucedieron los hechos es la casa de Manuel Vela, es de tres pisos, queda en una esquina y el baño queda en el segundo piso, es amplio, tiene un jacuzzi; relata que el día 17 de octubre de 2020, a las 21 horas aproximadamente se encontraba con su enamorado en el distrito de San Miguel y recibió un mensaje de Diego Arroyo del número 964958348, quien le dice: "Cae a la casa del negro (Manuel Vela), nos quedamos hasta mañana, lo llamas a Manuel, mi teléfono muere"; la declarante contestó "Caigo, los estoy llamando y nada"; a las 21:24 la declarante le escribió que estaba afuera y que le abra; cuando ingresó a la casa estaban en el patio el cual no tenía luz y se encontraban allí los cinco procesados y dos chicas que no conocía las cuales estaban super borrachas y parecía que habían consumido algún tipo de droga, también se dio cuenta que sus amigos le dieron marihuana a las chicas; preguntó por Diego Arroyo y le dijeron que estaba "tirando" con una chica arriba, luego bajó una chica muy pequeña con un pantalón blanco; luego las chicas se fueron; la declarante se quedó porque eran sus amigos; con el que mas hablaba era con Manuel Vela, en anteriores oportunidades ya había ido a esa casa donde hacían reuniones con algunos de ese grupo; compraron ron y gaseosa y estuvieron tomando; José Arequipaño le invitó marihuana y como estaba tomada aceptó; también inhaló cocaína de una bolsa que tenía Arequipaño y sacaban la droga con una llave, pasándose la bolsa entre todos; alguien le dijo que era bueno que haya ido ya que les salvó la noche, insinuando que era el reemplazo de las chicas que se habían retirado, le pidieron que llamara amigas pero no lo hizo; alguien propuso jugar verdad o reto, los retos eran sacarse las prendas y bailar en medio de todos; en el transcurso del juego le tocó cumplir un reto y Diego Arroyo le dijo que se saque el brasier, con la presión de todos y con la adrenalina decidió quitárselo, pero se tapó con su casaca, eran casi las once de la noche y su celular no tenía batería; le pidió a Manuel Vela que le preste el baño que está en el primer piso y éste la acompañó porque no había luz, alumbrándola con el celular, él



entró al baño y cerró la puerta, salieron sin que le haga nada; luego Sebastián Zevallos propuso ir al segundo piso y la cogió de la muñeca izquierda y la jaló hacia el segundo piso; en ese momento todos la metieron a un cuarto que era un baño amplio que tenía un jacuzzi, Sebastián Zevallos se paró en la puerta con la intención que la declarante no salga y los demás se empezaron a desvestir; José Arequipeño, Diego Arroyo, Sebastián Zevallos y Andrés Fassardi le ordenaron que se desvista, se le acercaron y le empezaron a quitar la ropa, mientras Manuel ponía música, la desnudaron por completo y la metieron al jacuzzi, le empezaron a jalar de los pelos para que les haga sexo oral, empezaron los cuatro mencionados y Manuel Vela sólo estaba mirando; luego Sebastián Zevallos se sentó al borde del jacuzzi para que se siente encima de él, mientras los demás querían que les haga sexo oral; Diego Arroyo la jaló y le dijo "Chúpamela", José Arequipeño se puso detrás y le metió el dedo y también la penetró por el ano; Diego Arroyo la penetró por delante y por detrás, lo mismo hizo Andrés Fassardi; hasta ese momento Manuel Vela no se metía hasta que Sebastián Zevallos lo llamó para que participe, inicialmente no quiso y la declarante le dijo por qué le hacía esto ya que no la defendía; Manuel Vela se sacó la ropa, la agarró fuerte del cabello y la inclinó para que le haga sexo oral, él fue el único que no las penetró; que todo lo sucedido fue en contra de su voluntad; en ese momento la declarante dijo que no quería estar ahí, pero los cinco procesados le impidieron salir del jacuzzi en el cual estaban todos, empezaron a tocarla por todo el cuerpo, Diego Arroyo le dejó chupetones en el seno derecho, en todo momento la insultaban diciéndole "Eres una perra, una puta"; la declarante pedía que la dejen y Sebastián Zevallos le dijo: "ya vete, ya que no quieres" y la botó del baño; cogió sus cosas, se vistió y bajó al primer piso; Manuel Vela desapareció dejándolos en su casa solos; ella se sentó en una silla en el primer piso y los demás también se sentaron alrededor; los procesados querían seguir jugando y que ella bailara sobre una silla sin pantalón; Diego Arroyo la jaló para sentarla en sus piernas, siguieron escuchando música, la declarante seguía ida, le volvieron a bajar el pantalón y los cuatro le tocaban los glúteos y los senos; se dio cuenta que estaba amaneciendo y decidió salir de casa, todos la siguieron a la puerta y esperaron que se vaya, se fue caminando sola, cuando llegó a su casa les contó a sus padres lo que había sucedido y la llevaron a la Comisaría; precisa que la participación de Arequipeño Vizcarra fue invitarle coca y marihuana, la penetró por delante y por detrás e hizo que le haga sexo oral, él eyaculó en sus nalgas; la participación de Sebastián Zevallos fue darle una llave con coca que sacó de una bolsita y la jaló al segundo piso de la muñeca, le dijo que se quite la ropa y se puso en la puerta del baño para que no salga, la penetró por delante y por detrás y también le obligó a que le haga sexo oral, en el primer piso la jaloneaba para que se siente en sus piernas; respecto a Diego Arroyo fue quien la invitó a la casa, le sirvió ron, le ofreció marihuana, en el segundo piso la penetró por delante y por detrás, hizo que le haga sexo oral, le dejó chupetones en el seno, en el primer piso hacía que baile y



se siente en sus piernas, le tocaba los glúteos y los senos; la participación de Andrés Fassardi fue incitarla a tomar, en el segundo piso hizo que le haga sexo oral y la penetró por delante y por detrás; respecto al procesado Manuel Vela, es el dueño de la casa, le dio a tomar trago, cuando la metieron al baño él estaba en la puerta con su celular, aparentemente estaba grabando, no hizo nada para ayudarla y sólo miraba, luego hizo que la declarante le haga sexo oral, se fue antes y ya no supo nada de él; que habrán consumido dos botellas de ron y una de tequila, la declarante cuando llegó estaba sobria; que antes había concurrido tres veces a esa casa; que en todo momento les hizo saber a los agresores que no quería tener sexo e incluso a Manuel Vela le pidió ayuda; para defenderse los empujó y les jaló el cabello; a Manuel Vela le gritó que lo odiaba por hacerle eso; que le han tomado fotos y no sabe a quién se las habrán pasado.

22. La manifestación policial de Diego Humberto Arroyo Elías se agrega a fojas 132, refiere que tiene un negocio de comida, a la agraviada la conoce desde un año y medio antes, salieron por dos semanas pero no le gustó su manera de ser; que el día de los hechos fue invitado por José Arequipeño a una reunión en la casa de Manuel Vela, por el cumpleaños de una chica a la que no conoce de nombre Daniela, tomaron ron y cerveza, aproximadamente a las 18 horas estaban el declarante con sus coprocesados, la cumpleañera, dos chicos mas y dos chicas mas; como a las 20 horas fue al baño del segundo piso y estuvo conversando con los muchachos y consumieron cocaína; a las 20.30 horas ya estaba mareado y le escribió a la agraviada invitándola a la reunión, posteriormente llegó, las dos chicas y los dos chicos se fueron, quedándose los procesados y la agraviada; alguien propuso jugar "Verdad o Reto", todos aceptaron, la cosa es que Andrés Fassardi y la agraviada se fueron al baño para hacer "Siete minutos en el paraíso" como parte del juego, como se demoraban Sebastián Zevallos fue al baño, tocó la puerta y les propuso hacer un trío, la agraviada abrió la puerta y lo hizo pasar y lo empezó a besar, el declarante también entró al baño, los demás estaban en la sala; como el baño era angosto, Sebastián Zevallos propone ir al segundo piso, donde había una habitación con un jacuzzi, entraron y empezaron a desvestirse, la agraviada tomó la iniciativa de entrar al jacuzzi desnuda, Sebastián Zevallos y Andrés Fassardi estaban erectos y la siguieron, el declarante no entró porque tiene disfunción eréctil, en ese momento José Arequipeño tocó la puerta y la agraviada le quitó el cigarro y lo dejó pasar, luego llega Manuel Vela, abre la puerta y mira lo que sucede, posteriormente se desnuda y la agraviada le hace sexo oral; como el declarante no erectaba, la agraviada le hace sexo oral, mientras Sebastián Zevallos la penetraba; Manuel Vela se retira porque tenía otra reunión, luego de un rato la agraviada dice que ya no quiere y Sebastián Zevallos dice para ir al primer piso, todos se vistieron y bajaron, hacían bromas, le decían a la agraviada que tenía cinco hombres para ella sola y contestaba que no era la primera vez, todos reían, abajo volvieron a jugar "Siete minutos en el paraíso" y la agraviada se fue a otra habitación con Andrés Fassardi mientras los demás fumaban marihuana



en pipa; la agraviada vuelve y fuma marihuana, luego Sebastián le propone jugar y se van a otra habitación los dos, cuando vuelven se ponen a bailar música electrónica, luego le piden a la agraviada que se saque el polo y el brasier y ella lo hace, luego a pedido de ellos se saca el pantalón; como estaban cansados deciden ir al segundo piso a descansar por un rato, luego la agraviada dice que ya se quiere ir y todos le ayudaron a recolectar sus cosas, casaca, cartera y otros; la agraviada se fue caminando, el declarante se fue a su casa y luego de unas horas tocaron el timbre y era la policía; que estos hechos sucedieron con la voluntad de la agraviada, siempre hubo consentimiento; que la agraviada no se quejaba en ningún momento; que las lesiones que presenta la agraviada deben ser producto del acto sexual.

23. La manifestación policial de Manuel Antonio Vela Farje se agrega a fojas 142, refiere que es estudiante, que el día de los hechos estaba en su casa desde las cinco de la tarde estuvo tomando y fumando marihuana, también habían dos chicas, los amigos se fueron yendo, también las chicas, llegó la agraviada y quedaron sus coprocesados, la agraviada y el declarante; que se acabó el licor y pidieron delivery, el declarante ya quería irse, los chicos y la agraviada empezaron a jugar "Siete minutos en el paraíso", entonces la agraviada y Andrés Fassardi se fueron al baño del primer piso y como pasaron los siete minutos, Sebastián Zevallos y Diego Arroyo fueron a buscarlos y todos suben al segundo piso, luego también sube José Arequipeño, el declarante se queda ordenando el primer piso, había pedido un taxi para irse donde su enamorada y sube al segundo piso alumbrándose con la linterna del celular para avisarles que ya se iba, al abrir la puerta del baño, vio a todos desnudos y la volvió a cerrar, la agraviada le dice que entre y se desvista, ella estaba completamente desnuda, el declarante sólo se bajó el short y la agraviada le hizo sexo oral, luego de eso llegó su taxi y se retiró sin decirles nada, se quedó en la casa de su enamorada y en la mañana recibió la llamada de su madre para que vaya a su casa y cuando llegó habían dos policías esperándolo; que no ha violentado a nadie, no ha tomado fotos ni videos pero sabe que José Arequipeño tiene fotos de la chica; que la agraviada estaba drogada, pero parecía lúcida y cómoda con lo que hacía; todos consumieron drogas; también había consumido ron, tequila, whisky y cervezas artesanales; que la casa no tenía luz porque estaba deshabitada; que a la agraviada la conoció en el cumpleaños del declarante, luego se vieron unas cuantas veces y conversaban por whatsapp; que la agraviada en ningún momento pidió auxilio; que la agraviada no fue retenida por nadie.
24. La manifestación policial de Sebastián Zevallos Sanguineti se agrega a fojas 152, refiere que se dedica a la venta de comida; que lo acusan de violación; que conoce a la agraviada desde el colegio y su relación era mas continua desde hacen tres meses porque ella salía con Diego Arroyo; que el día de los hechos organizaron una fiesta en la casa de Manuel Vela, que estaban invitadas cuatro chicas por el cumpleaños de una de ellas de nombre Daniela; el declarante llegó a las 5 de la tarde,



hicieron un poco de deporte, llegaron las invitadas y otros amigos; que eran las 8 de la noche y algunos amigos se fueron y también las chicas, luego vió a la agraviada, quien le dijo que venía de su casa; quedaron sólo sus coprocesados, el declarante y la agraviada; que ella entró al baño con Andrés Fassardi; el declarante y sus amigos siguieron tomando, luego fue al baño con Diego Arroyo, tratando de ingresar, abrieron la puerta y preguntaron si podían entrar, pero el baño era pequeño, entonces el declarante propone ir todos al baño del segundo piso, la agraviada aceptó, subiendo los cuatro, la agraviada, el declarante, Diego Arroyo y Andrés Fassardi, ya en el baño grande empezaron a besarse y tocarse con la agraviada, primero con ropa y luego desnudos, luego de unos momentos tocan la puerta y era José Arequipeño, la agraviada fue la que abrió la puerta y le pidió un cigarro, éste también se desnudó y empezó a participar, en seguida abre la puerta Manuel Vela, se sorprende y cierra de nuevo, entonces la agraviada le dice que entre, él ingresó a la habitación y la agraviada le dijo que se desnude, lo que él hace, se besan y se tocan con la agraviada y luego Manuel Vela se retira; que los que quedaban siguieron y luego de un rato se ponen a conversar y deciden bajar al primer piso, se visten y bajan, se dieron cuenta que Manuel Vela ya no estaba; en ese momento conversaron sobre qué harían ya que se acabó el trago y siguieron consumiendo marihuana, pusieron música y se ponen a bailar Diego Arroyo con la agraviada; luego de ello empezaron a jugar "Verdad o Reto", juego en el cual la agraviada debía escoger a uno para estar a solas, ella escogió a Andrés Fassardi y se fueron a otra habitación, precisando que el juego era que sólo tenían 7 minutos, luego de transcurridos 15 minutos les tocan la puerta, vuelven a la sala a seguir jugando y la agraviada no quiso escoger a nadie, entonces el declarante se ofreció como voluntario ya que dos semanas antes se había comunicado con la agraviada y tuvieron una videollamada en la cual ambos se desnudaron y habían quedado en hacerlo en persona; fueron ambos al baño y la agraviada no quiso tener sexo, pese a que el declarante insistió y sólo se besaron, regresaron a la sala y se pusieron a bailar, le pidieron a la agraviada que muestre los senos y ella lo hizo, bailaron música tecno; como ya todos estaban cansados, les propuso buscar la bolsa de dormir que había en la casa para echarse a descansar y así lo hicieron por un rato, Andrés Fassardi decide retirarse porque ya no había toque de queda, luego de 10 minutos la agraviada decide irse porque había apagado su celular para que sus papás no la llamen y debían estar preocupados, agarra sus cosas, se despide con un beso y baja, también el declarante, Diego Arroyo y José Arequipeño deciden irse y salen, el declarante se quedó tratando de encender su moto, como no encendía también salió caminando, se fue a su casa y se quedó dormido, a la mañana siguiente ve un mensaje de la agraviada quien le dice que vaya a su casa, que su papá no está, el declarante fue pensando que iban a concretar su encuentro para tener sexo, cuando llega le silba, la agraviada sale muy nerviosa y le dice que sus papás le habían golpeado, lo hace entrar a su casa y allí lo detiene la policía; que todos



consumieron drogas y licor; que en todo momento la agraviada expresó su conformidad para cada acto que hicieron, nadie la forzó; ella estaba lúcida, hablaba normalmente, era ella la que proponía los juegos; respecto a la agraviada, ésta le había contado que era muy ansiosa, que tomaba pastillas, que se escapaba de su casa, que se llevaba mal con su papá y se quería cambiar de carrera; que presume que sus padres le habrán llamado la atención severamente y ella como defensa ha dado esta versión ya que es una persona muy nerviosa.

25. La manifestación policial de Andrés Fassardi San Sebastián se agrega a fojas 167, refiere que es estudiante, que se encuentra acusado de violación, que conoce a la agraviada desde un año antes de los hechos, que recibió una invitación de parte de Sebastián Zevallos para ir a una reunión por el cumpleaños de una chica, en la casa de Manuel Vela, llegó aproximadamente a las 18 horas, consumió alcohol, unos de los amigos trajo cocaína y consumieron también, como a las 10:30 se empezaron a retirar, quedando sus coprocesados y el declarante, llegó la agraviada, estuvieron conversando y luego jugaron "Siete minutos en el paraíso", la agraviada escogió al declarante, fueron al baño del primer piso y empezaron a besarse, luego de un rato tocan la puerta y era Diego Arroyo preguntando a Maricielo si quería hacer un trío, ella lo dejó ingresar y detrás venía Sebastián Zevallos, todos estaban mareados y drogados, como el baño era pequeño alguien propuso ir al segundo piso al baño grande, ingresaron los cuatro y cada uno se sacó la ropa, empezaron a tocarse y besarse todos con la agraviada; tocan la puerta y la agraviada abre, era José Arequipeño y la agraviada le quita su cigarro y lo hace pasar, él también se quitó la ropa, en seguida toca la puerta Manuel Vela y Maricielo lo hizo pasar, él se quitó la ropa parcialmente, después de un tiempo de estar ahí Manuel Vela se retiró; luego de estar allí un rato la agraviada dijo que ya no quería estar ahí y todos decidieron bajar al primer piso poniéndose la ropa, hicieron bromas con la agraviada respecto a la suerte que tenía de estar con varios hombres y ella dijo que no era la primera vez; ya en el primer piso se sentaron a conversar y la agraviada quiso seguir jugando y eligió al declarante para ir a otra habitación y besarse; el declarante trató de tener relaciones con ella y previamente le hizo sexo oral, pero Sebastián Zevallos les tocó la puerta, volvieron a la sala y Sebastián le dijo que era su turno, entonces se fueron al segundo piso, el declarante también les tocó la puerta y volvieron a la sala, allí se sentaron a conversar, cantaron y bailaron, luego dijeron para ir de nuevo al segundo piso a descansar y el declarante se retiró en su bicicleta, ya no supo nada mas hasta que lo detuvieron; que la agraviada en ningún momento pidió auxilio, todo fue voluntario.
26. La manifestación policial de José Martín Arequipeño Vizcarra se agrega a fojas 175, refiere que trabaja en una agencia de publicidad, ante las preguntas formuladas, decide guardar silencio.
27. La manifestación policial de José Luis Huacasi Mendoza se agrega a fojas 178, refiere que es efectivo policial, que participó en la intervención de los procesados luego de la denuncia policial, también en la elaboración



- de las actas; la agraviada fue la que brindó la información de la ubicación de cada uno, los intervenidos no opusieron resistencia; que antes de la intervención no los conocía.
28. El Informe Pericial de Examen Físico en Prendas de Vestir número FQ 2021/2020, practicado sobre una prenda interior femenina, (trusa), se agrega a fojas 467, concluye que la prenda interior femenina examinada presenta elongaciones ocasionadas por tracción violenta.
 29. El Informe Pericial de Biología Forense número 9674/20, practicado sobre una prenda íntima femenina (trusa-tipo tanga), obrante a fojas 476, Concluye: En la investigación de manchas hemáticas en la prenda íntima femenina signada como 828/2020, se hallaron restos de sangre humana en cantidad insuficiente para determinar grupo sanguíneo; en la investigación de restos espermáticos se hallaron restos seminales y escasas formas incompletas (cabezas) de espermatozoides humanos.
 30. El Informe Pericial de Biología Forense número 9526/2020 practicado al procesado José Martín Arequipeno Vizcarra se agrega a fojas 481, determina grupo sanguíneo "O" y en el lavado balano prepucial positivo para formas incompletas de espermatozoides humanos en escasa cantidad.
 31. El Informe Pericial de Biología Forense número 9527/2020 practicado al procesado Sebastián Zevallos Sanguinetti se agrega a fojas 484, determina grupo sanguíneo "O" y en el lavado balano prepucial positivo para formas incompletas de espermatozoides humanos en escasa cantidad.
 32. El Informe Pericial de Biología Forense número 9528/2020 practicado al procesado Diego Humberto Arroyo Elías se agrega a fojas 485, determina grupo sanguíneo "O" y en el lavado balano prepucial positivo para formas incompletas de espermatozoides humanos en escasa cantidad.
 33. El Informe Pericial de Biología Forense número 9529/2020 practicado al procesado Manuel Antonio Vela Farje se agrega a fojas 488, determina grupo sanguíneo "O" y en el lavado balano prepucial positivo para formas incompletas de espermatozoides humanos en escasa cantidad.
 34. El Informe Pericial de Biología Forense número 9530/2020 practicado al procesado Andrés Fassardi San Sebastián se agrega a fojas 503, determina grupo sanguíneo "O" y en el lavado balano prepucial positivo para formas incompletas de espermatozoides humanos en escasa cantidad.
 35. El Informe Pericial Médico Criminalístico de parte número 040/20 se agrega a fojas 512, solicitado por la defensa de los procesados, Concluye: En la manifestación de la agraviada se precisan los siguientes mecanismos lesionales ejercidos sobre el cuerpo en relación a lograr su sujeción y sometimiento: "me cogió de la muñeca izquierda y me jaló", "me empezaron a quitar la ropa, quise hacer algo para defenderme", "me empezaron a jalar de los pelos", "me senté encima de él y me penetró a la vez", "me cogió del cabello fuerte y me inclinó", "empezaron a jalnearme", "me volvieron a bajar el pantalón y me manoseaban, me tocaban los glúteos y los senos", "me jalaban". Con respecto a los



mecanismos lesionales descritos por la supuesta agraviada, tendrían que haber ocasionado como correlato anatómico en relación de causalidad (causa-efecto) y en concordancia con los Principios Criminalísticos de Producción e Intercambio de Características, lesiones contusas objetivables de acuerdo con la presión ejercida sobre la piel y mucosas para efecto de la sujeción de la víctima, ya que ésta oponía resistencia, "forcejeo, empujones, jalones". No existiendo en el Certificado Médico Legal N° 036801-E-IS evidencia física en relación a lograr su sujeción y sometimiento que sustente o guarde coherencia con el relato de la presunta víctima. De la revisión de las lesiones descritas en el Certificado Médico, se puede apreciar que no se ha encontrado ninguna lesión corporal en los miembros superiores, en el cuero cabelludo y en las caderas que permita corroborar un mecanismo lesional mediante el cual fue sometida, es decir, no se ha encontrado ninguna lesión producto de los mecanismos lesionales referidos por la supuesta agraviada. En el Informe Pericial de Examen Físico de la prenda interior femenina, se describe elongaciones en la prenda íntima, lo cual se debe a una tracción violenta, en la cual se conjuga la presión y el arrastre sobre la piel, que produce la formación de equimosis o escoriaciones en la región inguinal o en el muslo proximal, lesiones que no han sido descritas en el Certificado Médico Legal, debiendo considerarse que dichas elongaciones pueden haberse producido en evento distinto al investigado. En el Certificado Médico Legal no se describe ninguna lesión en la boca ni en la vagina, teniendo en cuenta su relación con varios sujetos sin su consentimiento.

Las equimosis rojizas violáceas por sugilación ubicadas en la región mamaria derecha, por la coloración se encontrarían dentro de las 24 horas de producidas, no se puede establecer que hayan sido producidas durante el evento materia de denuncia. Con relación al estado de conciencia de la presunta agraviada, de acuerdo con su propia manifestación, ésta se encontraba consciente durante la secuencia de hechos ocurridos el día 18 de octubre de 2020 en horas de la madrugada. De acuerdo con las manifestaciones clínicas descritas en la tabla de alcoholemia, contrastado con las manifestaciones de la presunta agraviada, se infiere que se encontraba entre el primer y segundo periodo al momento de los hechos ya que no presentaba alteración del sensorio, ni pérdida en la eficiencia de actos complejos, podía movilizarse y mantener la postura.

36. El Informe Psicológico Pericial de parte practicado a la agraviada, presentado por su defensa, se agrega a fojas 649, establece como Conclusiones Forenses: En el momento de la evaluación, a través del análisis de los indicadores y las pruebas aplicadas, se encontró compatibilidad con el impacto psicosocial de violencia sexual vivida y denunciada; Clínicamente presenta un perfil donde los indicadores ansiosos, depresivos, postraumáticos (disociativos), alteraciones en la cualidad del vínculo interpersonal que determina la confianza básica y las relaciones sociales están presentes, siendo estos efectos causales a los hechos denunciados; Se encuentran las características diferenciales en



un patrón de violencia basada en género, tales como: asimétrica de poder, descalificación, trato denigrante, efectos de aislamiento, vergüenza y denigración social luego de los hechos; Presenta grave afectación en las diferentes áreas de funcionamiento psicosocial como son: personal, familia, pareja, interpersonal, laboral, educativo y sexual; Existe alteración y cambios en el proyecto de vida previo, debido a disminución de sus capacidades cognitivas de atención y concentración, así como aspectos emocionales y sociales, el cual puede ser revertido; Existe un impacto significativo en su acercamiento al entorno social, si bien existe una disposición al contacto, los hechos vividos han determinado una forma de aproximación cautelosa, desconfiada, con altos niveles de temor y ansiedad frente a las interacciones sociales, especialmente a nivel externo; En el aspecto familiar muestra una gran dependencia ante sus figuras familiares, debido a la fragilidad y vulnerabilidad que ha desarrollado a causa del impacto traumático de los hechos, por ello su entorno más cercano está constituyendo en su fuente de protección; Las secuelas de la violencia manifiestan grupos de síntomas relacionados al Trastorno de Estrés Postraumático, causales a los hechos; Muestra indicadores/síntomas relacionados a la posibilidad de desarrollar un daño psíquico como efecto de los hechos denunciados de violencia sexual y situaciones posteriores vividos como hechos traumáticos por la evaluada, el cual no es posible determinar por no contar con el plazo requerido para poder pronunciarse. Diagnóstico Clínico: (CIE 10): F43.1 Trastorno de Estrés Postraumático.

37. El Informe Médico Pericial de parte practicado a la agraviada, presentado por su defensa, se agrega a fojas 667; presenta como Conclusiones: En el testimonio de la presunta víctima describe cómo sucedieron los hechos denunciados el día 18 de octubre donde indica que fue desvestida y sometida a tocamientos y penetración genital y anal por parte de los presuntos agresores, describiendo que esto sucedió cuando se encontraba bajo efectos de la droga y alcohol, no indicando que ello se realizó con su consentimiento; En el examen toxicológico practicado a la presunta víctima, se detectó la presencia de alcohol, cocaína, marihuana y benzodiazepinas, que son drogas consideradas facilitadoras de abuso sexual tal como se indica en la literatura médica especializada; La interacción de estas drogas consumidas por la presunta víctima, interaccionan entre sí, potenciando sus efectos depresivos y de relajación muscular, por lo que colocan a la presunta víctima en una situación de vulnerabilidad al abuso sexual; El examen toxicológico practicado a los presuntos agresores indicó que habían consumido marihuana y cocaína, drogas que provocan desinhibición e incremento del deseo sexual (afrodisiaco) entre sus consumidores; El examen de la presunta víctima indicó que había signos de coito contra natura reciente y desfloración antigua; La gravedad de las lesiones anales se describe que se relaciona al grado de contracción del esfínter anal externo durante la penetración anal forzada, debiendo considerarse que la presunta víctima se encontraba bajo el efecto de drogas sedantes y miorelajantes (relajantes musculares), lo que explica la poca magnitud



de las lesiones descritas en el examen médico legal de la región anal; En casos de desfloración antigua, debido a que la resistencia del tejido del himen ha sido vencido incrementándose el tamaño del orificio himeneal por los desgarros, las sucesivas penetraciones vaginales pueden no dejar lesiones en la membrana himeneal; La presunta víctima presentó lesiones contusas extragenitales provocadas por digitopresión y agente contuso duro, al respecto las lesiones por digitopresión en miembros inferiores están relacionadas a relaciones sexuales no consentidas según la literatura médica especializada; La escasez de lesiones contusas extragenitales puede explicarse por la inhibición de la presunta víctima ante un presunto abuso grupal y al efecto de las drogas consumidas por ella que se relacionan a sedación, relajación muscular, lo cual influye negativamente en los mecanismos de defensa ante un presunto abuso sexual; El examen de la prenda íntima de la presunta agraviada muestra restos de espermatozoides y elongaciones del tejido, lo cual guarda relación con su testimonio donde indica que uno de los presuntos agresores eyaculó en ella y que sus prendas fueron retiradas por ellos mismos; Es importante evaluar las características psicológicas de la personalidad de la presunta víctima para evaluar su vulnerabilidad y su capacidad de respuesta ante un presunto abuso sexual.

38. El Examen Psicológico número 040928-2020-PS-DCLS practicado a la agraviada se agrega a fojas 747, Concluye: Sintomatología ansiosa, Personalidad mixta narcisista histriónica.
39. La declaración testimonial de Betty Margiory Najarro Saavedra se agrega a fojas 985, refiere que pertenece a la Policía Nacional del Perú con el grado de Sub Oficial de Tercera, conoce a los procesados y a la agraviada por haber participado en la investigación como Instructora; que le tomó la declaración a la agraviada pero no ha visto que haya consumido alguna pastilla, que cuando relataba los hechos la agraviada lloraba, se dormía, su abogada tenía que despertarla, confundía un poco las cosas, sobre todo los horarios porque dijo que había apagado su celular y no sabía la hora; que presentaba signos de haber consumido alcohol; que la madre de la agraviada le indicó que le había dado la pastilla del día siguiente y una pastilla para calmarla.
40. El pronunciamiento psicológico de parte practicado sobre las declaraciones de la agraviada, presentado por el procesado José Martín Arequipense Vizcarra, firmado por la psicóloga Silvia Rojas Regalado, se agrega a fojas 1000, en el cual se analizan las declaraciones de la agraviada, señalándose que su relato es poco creíble, ya que existen diversas inconsistencias y se recomienda realizar un Peritaje de Credibilidad para verificar la validez de su testimonio, ya que estaría manipulando la información para su conveniencia.
41. A fojas 1206 se agrega el INFORME META-ANÁLISIS-PERICIA PSICOLÓGICA, presentado por la parte agraviada, realizado sobre el Informe Psicológico número 040928-2020-PS-DCLS, el cual Concluye: El informe carece de un nexo causal de los síntomas que la evaluada relata con los hechos denunciados, estos son: insomnio, pesadillas, aislamiento, cambios en su proyecto de vida (deja de estudiar). Los



peritos no exploran con preguntas sobre el estado mental de la denunciante de un hecho de violencia sexual, mas allá de los resultados de las pruebas que determinan un perfil clínico, mas no forense. No se registran los diferentes componentes del examen mental: porte, actitud, conciencia, orientación, pensamiento, afecto, senso-percepción, atención, sueño, memoria, inteligencia, lenguaje, conductas, juicio de realidad, prospección e introspección. No se explora las preocupaciones y la narrativa detallada relacionada con la afectación emocional después de la experiencia traumática, no se anotan otros síntomas que pudieran devenir de un hecho de violencia sexual como son la presencia de alucinaciones, delusiones, disociación o cualquier alteración psicopatológica. No se plantean hipótesis. No se consignan los resultados de las pruebas aplicadas indicando los hallazgos de las mismas que permitan arribar al análisis y conclusiones. El peritaje no aborda en profundidad la personalidad de la peritada. No presenta el motivo de la evaluación. No hay una explicación adecuada de la metodología, tiempo de entrevistas, tipo de entrevista realizada. No presenta el resultado de las pruebas psicológicas utilizadas, para determinar los resultados que sustenten las conclusiones. No señala la bibliografía actualizada, llegando a conclusiones sin elementos recogidos a lo largo del proceso de análisis. No describe adecuadamente los resultados, no da cuenta del proceso de análisis, articulando los datos de la historia personal, hechos fácticos denunciados y pruebas aplicadas. Las conclusiones son difusas y sin sustentos clínicos comprobables. Hay incongruencias entre las conclusiones diagnósticas y el análisis e interpretación de los resultados. No presenta la clasificación de la sintomatología encontrada de acuerdo con el DSM-5 Guía para el diagnóstico clínico o el CIE10. Para concluir: Se trata de un informe sesgado, no objetivo, donde la palabra de la supuesta víctima es omitida, así como los impactos psicológicos de actos contra la libertad sexual que ha vivido, sin señalar el nexo causal que toda evaluación forense debe arribar. Siendo el hecho denunciado contra la libertad sexual, a través de las preguntas de las peritos encontramos que se trasluce una valoración respecto a la vida sexual de la evaluada, culpabilización a la supuesta víctima, que en un caso de violencia indica una velada falta de objetividad y prejuicio que se observan en las conclusiones diagnósticas, contraviniendo de esta manera los enfoques que dicha evaluación debe de tener en los casos de violencia contra la mujer que contempla la Ley 30364, así como los enfoques que propone la Guía.

42. La diligencia de declaración testimonial de Silvia Olinda Rojas Regalado se agrega a fojas 1275, refiere que es psicóloga, autora del documento obrante a fojas 1000; que para dicho pronunciamiento utilizó el análisis y síntesis de la pericia psicológica y la manifestación de la presunta víctima, que tiene treinta años de experiencia en la Dirección de Criminalística de la Policía Nacional del Perú, que considera el relato contradictorio ya que la agraviada permanece en la casa donde supuestamente sucedieron los hechos a pesar de ser un lugar desagradable para ella, encontró a cinco sujetos mareados y la casa no



tenía luz, luego no denota haber realizado ninguna acción defensiva frente a la agresión, tampoco se retiró de la casa luego de los hechos, quedándose con los supuestos agresores, recuerda los hechos, no precisa sentirse débil o mareada; que la reacción de una persona mayor de edad sería pedir auxilio, tratar de escaparse o agredir a quien le quiere hacer daño; que la ansiedad puede ser porque está pasando evaluación y cuando una persona miente también puede estar ansiosa; que la personalidad narcisista es cuando se quiere a si misma y el histrionismo es cuando le gusta llamar la atención, maximiza o exagera las cosas.

43. La declaración testimonial de Joyce Kimberly Warton Poves se agrega a fojas 1282, refiere que hace tres años conoce al procesado Arequipeño Vizcarra, a la agraviada no la conoce, que el día 17 de octubre 2020 estuvo en la casa ubicada en Enrique León García número 517, Surco; que llegó a las 5 de la tarde con una amiga de nombre Sofía Vallejo; que se reunieron en dicho lugar para celebrar el cumpleaños de su amiga Daniela, habían mas de 10 personas en esa reunión, que estaban tomando ron y cerveza, que llegó la agraviada y aproximadamente quince minutos después la declarante se retiró, que la agraviada llegó normal, no se le notaba mareada, conversaba normal; los chicos le pidieron que se quede, pero la declarante no quiso; que en la época de los hechos estaban prohibidas las reuniones y la declarante se retiró poco antes que empiece el toque de queda.
44. La diligencia de visualización de video se agrega a fojas 1289, se aprecian dos videos, en ambos se puede ver un ambiente como una recepción en el cual ingresan y salen varias personas, sin identificarse de quién se trata.
45. La declaración testimonial de Sara Paula Giles Portocarrero se agrega a fojas 1322, refiere que es estudiante, que conoce a los procesados y a Manuel Vela lo considera su amigo; a la agraviada no la conoce; que el día 17 de octubre a la medianoche Manuel Vela llega a su casa, estaba mareado y se quedó hasta el día siguiente, al mediodía lo llamaron de su casa, diciéndole que unos policías lo estaban buscando; que él no le comentó nada de la reunión del día anterior.
46. La declaración testimonial de Ilce Jesenia Rodríguez Bravo se agrega a fojas 1352, que es estudiante, conoce a Andrés Fassardi, Manuel Vela y Sebastián Zevallos; a la agraviada no la conoce; que Andrés Fassardi es su enamorado; que el día de los hechos el imputado Fassardi le había dicho para ir a la reunión, la declarante tenía que trabajar y ya no llegó, pero toda la noche se enviaron mensajes; que se notaba que él estaba borracho; posteriormente se enteró por el hermano de Andrés que estaba detenido y acusado de violación.
47. La diligencia de ratificación del informe médico de parte firmado por el médico Juan Carlos López Santillán se agrega a fojas 1425 y 1596, refiere que el informe es el estudio de varios documentos; que del testimonio de la agraviada puede extraer que ella reconoce a cinco sujetos dentro de una reunión de amigos donde hubo consumo de drogas y alcohol, que fue desvestida por los agresores y agredida



sexualmente por ellos, que por ser en mayor número no se podía defender; que la benzodiacepina es un relajante y sedante muscular y está relacionado con el abuso sexual; el alcohol es un depresivo del sistema nervioso y la marihuana se asocia a la relajación; que las lesiones extragenitales se han determinado como sugilación y digitopresión en diferentes partes; que se halló coito contra natura reciente; que la lesión anal también podría haber sido producida por estreñimiento o una relación consentida; que no ha encontrado en el Certificado Médico descripción de lesiones en el cuero cabelludo de la agraviada.

48. La declaración testimonial de Carmen Graciela Wurst Calle se agrega a fojas 1584, respecto al informe psicológico de parte; agrega que utilizó el análisis y síntesis de la pericia psicológica y la manifestación de la presunta víctima; así también la guía de elaboración del daño psíquico en personas adultas víctimas de violencia intencional del Instituto de Medicina Legal, la Guía de Elaboración Psicológica Forense, la prueba psicológica, el Inventario de Million de estilos de personalidad, test de figura humana, entrevistas y observación de conductas; que hay coherencia y consistencia en el relato que se ha analizado, se articula todos los impactos emocionales que hemos analizado e indicadores que hemos encontrado, entonces si hay una relación de los hechos con el impacto que tiene la evaluada; que no ha entrevistado directamente a la evaluada; al ser preguntada por qué llamó a los presuntos autores como "La Manada de Surco", dijo que es como los solicitantes de la pericia se refieren a los hechos.
49. La declaración testimonial de Carmen Graciela Wurst Calle se agrega a fojas 1592, respecto al Informe Meta Análisis de parte; agrega que se realizó un contraste del informe para ver si se sigue todos los lineamientos de la guía; que en el informe no se hizo mención al consentimiento informado, tampoco a la revisión de la carpeta fiscal, no se hace referencia al Certificado Médico Legal y no sigue los lineamientos de la guía, no se determina de dónde sacan las conclusiones.
50. La diligencia de ratificación del Certificado Médico Legal número 036801-E-IS obrante a fojas 107, se agrega a fojas 1598, por parte de la Médico Legista Melva Vásquez Calderón; refiere que se ratifica en su contenido y firma; que el signo de desfloración antigua denota que ha habido acto sexual con una antigüedad mayor a diez días; el acto contra natura reciente denota que la penetración fue dentro de los diez días o menos; con respecto a la fisura que describe en el ano, no se puede determinar si es por violencia sexual y tampoco si fue una o varias personas; que esto se podría generar cuando hay desproporción en el volumen de las partes anatómicas; que no se ha encontrado equimosis o lesión en los labios o mucosa oral de la agraviada; que la sugilación es causada por la succión y eso se encontró en la mama y la digito presión es una lesión causada por la presión de los dedos.
51. La hoja de antecedentes penales del procesado José Martín Arequipeño Vizcarra se agrega a fojas 1799, no registra anotaciones.



52. La hoja de antecedentes penales del procesado Diego Humberto Arroyo Elías se agrega a fojas 1800, no registra anotaciones.
53. La hoja de antecedentes penales del procesado Andrés Fassardi San Sebastián se agrega a fojas 1801, no registra anotaciones.
54. La hoja de antecedentes penales del procesado Manuel Antonio Vela Farje se agrega a fojas 1802, no registra anotaciones.
55. La hoja de antecedentes penales del procesado Sebastián Zevallos Sanguinetti se agrega a fojas 1803, no registra anotaciones.
56. La hoja carcelaria del procesado José Martín Arequipaño Vizcarra se agrega a fojas 1804, registra ingreso por este proceso.
57. La hoja carcelaria del procesado Diego Humberto Arroyo Elías se agrega a fojas 1805, registra ingreso por este proceso.
58. La hoja carcelaria del procesado Andrés Fassardi San Sebastián se agrega a fojas 1806, registra ingreso por este proceso.
59. La hoja carcelaria del procesado Manuel Antonio Vela Farje se agrega a fojas 1807, registra ingreso por este proceso.
60. La hoja carcelaria del procesado Sebastián Zevallos Sanguinetti se agrega a fojas 1808, registra ingreso por este proceso.

d. Argumentos del Ministerio Público

La Segunda Fiscalía Provincial Transitoria Especializada en Violencia contra la Mujer y los Integrantes del Grupo Familiar, ha formulado acusación en la presente causa, solicitando se imponga 20 años de pena privativa de la libertad a cada uno de los imputados y el pago de 100,000 soles por concepto de reparación civil.

Señala que el delito de acceso carnal sexual, se configura con el uso de violencia o amenaza grave, sin contar con el consentimiento o voluntad de la víctima; dicha actividad se realiza sobre la base del abuso de la libertad sexual del otro.

En el presente caso se ha verificado la conducta típica de acceso carnal sexual prohibido, por lo manifestado por las partes, se puede apreciar que el acceso carnal se produjo vía vaginal, anal, oral y con la introducción de parte del cuerpo de uno de los procesados (Arequipeño) al introducir su dedo por el ano, perfeccionándose la conducta típica contenida en el artículo 170 del Código Penal.

Fuerza física-intimidación o ambos factores; la agraviada sostiene que Zevallos Sanguinetti fue quien la cogió de la muñeca izquierda y la jaló para ir al segundo piso y todos la metieron a un cuarto que era un baño, luego Zevallos Sanguinetti se paró en la puerta con la intención de que ella no salga y los demás empezaron a desvestirla y la metieron al jacuzzi, que le jalaban de los cabellos para que les practique el sexo oral; que la agraviada menciona que quiso defenderse, pero por la fuerza ejercida por los procesados, dado que eran cuatro, no logró hacer nada. Igualmente señala que pidió ayuda a Manuel Antonio Vela Farje diciéndole: ¿Por qué me haces esto?, ya que éste no hacía nada por defenderla, siendo que a raíz de tanta insistencia, éste se le acercó, se sacó el polo, el pantalón y el bóxer, la cogió



del cabello fuertemente y la inclinó hacia él para que le practique sexo oral, él fue el único que no la penetró.

Acota que ella les manifestó que quería irse, pero no la dejaron salir, los cinco la retenían para que no salga, incluso Diego Humberto le dejó chupetones en el seno derecho, además de recibir insultos, precisando la agraviada que en todo momento les pedía que la dejen salir hasta que Sebastián le dijo que se vaya y la botó del baño.

Frente a estos hechos relatados se encuentra probado que para la realización del acceso carnal, si se hizo uso de la violencia física e intimidación que no permitieron que la víctima se defiende, quien incluso para evitar males mayores evitó resistir, tomando en consideración que los procesados eran mayor en número, sucediendo todo esto en contra de la voluntad de la agraviada, quien le manifestaba de manera continua que no quería estar ahí y que la dejen salir.

Otro hecho que es encontraría probado es el uso de la fuerza por las elongaciones ocasionadas por tracción en la prenda íntima de la agraviada, determinadas en el Informe Pericial de Examen Físico .

Respecto al Certificado Médico Legal practicado a la agraviada, se ha determinado que presenta equimosis por sugilación y digitopresión en diferentes partes del cuerpo, ocasionados por succión, presión digital y agente contundente duro.

Existe en el presente caso ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud y persistencia en la incriminación.

En tal sentido, de lo glosado se concluye que existen elementos probatorios de convicción respecto al delito submateria y sobre la vinculación de los procesados con la misma; por tanto, resulta pertinente señalar que, en el presente caso, se ha acreditado el delito contra la Libertad -Violación de la Libertad Personal- Violación Sexual- ilícito penal previsto y sancionado en el artículo 170 del Código Penal, incisos 1, 12 y 13, con el grado de desarrollo del delito como delito en grado de consumado.

e. Alegatos de las partes

La defensa de cada uno de los procesados y la parte civil han presentado sus alegatos por escrito y han sido escuchados en el informe oral que se señaló para tal efecto.

Respecto al procesado Andrés Fassardi San Sebastián, presenta su alegato a fojas 2016, argumentando lo siguiente: Que tal como lo señala el Ministerio Público en la descripción de los hechos, la invitación que se hizo a la agraviada fue para que concurra a la casa de Vela, mensaje recibido a las 9:03 de la noche, llegando ésta a las 9:24, es decir, a los veinte minutos; esta sola conducta evidencia la voluntad de la supuesta agraviada de ir al lugar donde se encontraban los procesados y demuestra la predisposición para los hechos que ocurrieron posteriormente.

Que el Ministerio Público es inconsistente en la narración de los hechos entre el primer y segundo párrafo de la página 2 del dictamen fiscal ya que



omite el relato de los hechos constitutivos del delito, por lo cual no puede pretender tipificar su pedido de sanción penal.

Que debe tenerse en cuenta que la supuesta agraviada momentos antes de llegar a la casa de Vela Farje estuvo en el Hotel Wimbledon con su pareja, ha mantenido con él relaciones sexuales, lo que explicaría los chupetones descritos en el Certificado Médico Legal.

La psicóloga Rojas Regalado analiza el relato de la supuesta agraviada, refiere que su relato no es coherente, que no da explicación de por qué se quedó en la fiesta en una situación y ambiente desagradable; se evidencia la aceptación del consumo de licor, marihuana y cocaína; la supuesta agraviada no tiene reflejo de huida, que consiste en algún intento de escapar o reacción de desesperación como llanto, gritos, etcétera.

Que la supuesta agraviada participó de la reunión y decidió quedarse toda la noche de manera voluntaria, ingiriendo alcohol, marihuana y cocaína; que voluntariamente decidió tener juegos sexuales previos con los procesados, como es el caso de los juegos "verdad o reto" y "siete minutos en el paraíso"; que voluntariamente mantuvo relaciones sexuales con los procesados, ya que no existe ningún acto de defensa, sea rasguño, mordedura, golpe u otros; que la conducta posterior de la supuesta agraviada evidencian su permanencia voluntaria en la casa; que la supuesta agraviada en todo momento tuvo plena conciencia de los hechos que realizaba y todo lo que ocurría, retirándose de la casa caminando y su versión de la supuesta violación es para evitar que sus padres la castiguen y alguno de los procesados publique las fotos que pudieran haberle tomado, por lo que solicita la absolución de su patrocinado.

La defensa del imputado Manuel Antonio Vela Farje presenta sus alegatos obrantes a fojas 2083; argumenta que se debe hacer un análisis exhaustivo del dictamen fiscal, a efectos de acreditar que es insubsistente, que no contiene base probatoria suficiente para enervar la presunción de inocencia, al no haberse acreditado los hechos descritos por la supuesta agraviada; que la aceptación de los imputados de haber mantenido relaciones sexuales con la agraviada no significa que estén aceptando la comisión del delito, en todo momento señalan que la agraviada se encontraba de acuerdo; la presunta agraviada decidió ir a la reunión, consumir licor y drogas, permanecer en dicho lugar aún después de los hechos denunciados; que los hechos denunciados se desarrollaron en un baño ubicado en el segundo piso del inmueble, que está probado que Vela Farje llegó allí cuando ya todos estaban reunidos y desnudos, que se sorprendió y que fue la propia agraviada la que lo invitó a ingresar y le practicó voluntariamente sexo oral; que la agraviada no presente lesiones en el cuero cabelludo, lo que desvirtúa su acusación respecto a que Vela Farje le jaló de los cabellos para obligarla a practicarle sexo oral; respecto a la temporalidad, la agraviada señala que los hechos se suscitaron aproximadamente a la una de la mañana, sin embargo se encuentra acreditado con la constatación notarial de imágenes que Vela Farje salió del inmueble donde se suscitaron los hechos a las 12 de la noche, por lo tanto no habría estado en el lugar de los hechos a la hora en que la agraviada manifiesta haber sido agredida; que no



existe prueba alguna que el imputado haya utilizado fuerza o violencia para someter a la agraviada; que la agraviada, a pesar de haber consumido licor y drogas, ha estado perfectamente consciente ya que ha sido capaz de relatar los hechos con detalle, lo que también le habría permitido defenderse de la supuesta agresión, en caso hubiese ocurrido, ya que se encontraba despierta y orientada en tiempo y espacio en todo momento; de otro lado, no se ha logrado acreditar una afectación psicológica severa derivada del acto sexual o violencia sexual, máxime si se tiene en cuenta que la imputación radica en que el acceso carnal fue sin consentimiento y voluntad de la agraviada; que con respecto al hallazgo de Benzodiazepina en la sangre de la presunta agraviada, con la declaración de la policía Najarro Saavedra que le tomó su declaración inicial, se ha acreditado que la madre de la supuesta víctima le suministró la pastilla del día siguiente y una pastilla para calmarla; por estas consideraciones solicita la absolución de Manuel Antonio Vela Farje.

Respecto al procesado José Martín Arequipa Vizcarra, quien presenta su alegato escrito a fojas 2109, sostiene que el Ministerio Público al formular acusación ha suprimido los hechos materia de imputación, habiéndose acreditado la inconsistencia de la versión de la agraviada; que al Ministerio Público le corresponde precisar los hechos que deben probarse y la vinculación de los procesados en la comisión del hecho delictivo; que el tipo penal exige la existencia de ciertas conductas como son violencia física, grave amenaza, que el entorno impida a la persona dar su libre consentimiento y obligar; que la supuesta agraviada previo a los hechos estuvo con su enamorado en el Hotel Wimbledon, lo que demostraría la procedencia de las lesiones mínimas que fueron halladas en su cuerpo.

Se ha acreditado que la propia denunciante decidió quedarse en la reunión, pese a las circunstancias, la presencia de pluralidad de varones, la casa sin energía eléctrica, tomó la decisión como mujer adulta, sabiendo que se iban a quedar hasta el día siguiente, eran sus amigos, había sido enamorada de uno de ellos, conocía el lugar ya que habían tenido anteriores reuniones en ese lugar; la denunciante refiere que le dijeron que les había salvado la noche, hasta aquí tenía pleno conocimiento del tipo de reunión que se estaba desarrollando, aceptando voluntariamente consumir alcohol y drogas, escuchando la intención de sus amigos para sostener actos sexuales, decidió continuar participando activamente en dicha reunión, sin existir ningún acto coactivo o contrario a su voluntad.

La denunciante reconoce haber participado activamente de un juego erótico o de índole sexual conjuntamente con sus acompañantes, todos ejerciendo su libertad de decisión como adultos; la alegación de "presión" y "adrenalina" resultan términos encaminados a generar condescendencia con su conducta (desvestirse en público), teniendo hasta ese momento plena posibilidad de retirarse del lugar.

La versión de la denunciante de haber sido jalada de la muñeca izquierda para llevarla al segundo piso, no ha sido corroborada en modo alguno, el Certificado Médico Legal no describe ninguna lesión en esa zona.



Ninguno de los supuestos actos de ingreso, retención o impedimento de salida del baño del segundo piso, han sido acreditados de manera alguna, sólo existe la versión de la denunciante.

La propia denunciante señala que luego de los hechos bajó al primero piso del inmueble porque no se sentía bien y que los efectos del alcohol y las drogas seguían en ella, que permaneció con sus supuestos atacantes que la jalaban y que al amanecer decidió irse del lugar; esta situación resulta irrazonable para una persona que supuestamente ha sido atacada sexualmente, lo lógico era salir inmediatamente y ponerse a salvo.

Respecto a las lesiones descritas en el Certificado Médico Legal, en la vagina presenta desgarró antiguo, en el caso que se hubiera llevado a cabo una violación por varios sujetos como refiere, se apreciaría desgarró reciente, lesiones contusas, inflamaciones o eritemas; en el caso del ano se ha descrito pliegues perianales tumefactos y fisura de 0.5 cm, se trata de lesiones mínimas que no concuerdan con un ataque sexual por parte de varios sujetos.

Al respecto la propia perito médico Melva Vásquez Calderón a fojas 1593, se rectifica respecto a que no puede determinar si la lesión anal descrita fue por un hecho de violencia sexual y mucho menos si fue por una persona o varias.

Del análisis de las declaraciones de los imputados, se tiene que estas son coincidentes respecto a su accionar, sin embargo la Fiscalía pretende utilizarlas sólo en el extremo que favorece a su hipótesis y no tiene en cuenta la versión respecto a que uniformemente señalan que los hechos se suscitaron con la plena voluntad de la denunciante, es decir acepta las versiones en la que ellos aceptan haber tenido trato sexual con la denunciante y rechaza la parte que señalan que todos los actos fueron aceptados voluntariamente por la agraviada.

En conclusión, la versión de la denunciante no ha sido corroborada objetivamente, respecto a que habría sido obligada a mantener relaciones sexuales; la denunciante no ha indicado que ha perdido el conocimiento; no basta su sola versión para dar por acreditada la violencia física; no existen pruebas suficientes que demuestren la comisión del ilícito; por tales argumentos debe absolverse a su patrocinado.

La defensa técnica del acusado Diego Humberto Arroyo Elías presenta su alegato escrito, el mismo que se agrega a fojas 2153, manifiesta que está probado que la presunta agraviada llegó voluntariamente a la vivienda donde sucedieron los hechos y por voluntad propia decidió quedarse en compañía sólo de cinco muchachos, aún cuando se había percatado que estaban tomando y consumiendo drogas.

Que la presunta agraviada no presenta signos o rastros de violencia visibles en alguna parte del cuerpo.

Que en el examen toxicológico se determina que la agraviada presenta positivo para cocaína, marihuana y benzodiacepina.

Que en el examen toxicológico practicado a Diego Humberto Arroyo Elías, se aprecia que presenta resultado positivo para cocaína y marihuana.



La agraviada no ha referido cuál es el medio utilizado por los supuestos agresores para intimidarla o amenazarla.

La presunta agraviada ha relatado los supuestos hechos sin dubitaciones, a pesar que supuestamente se encontraba con los efectos del alcohol y las drogas.

Que la presunta agraviada antes de pasar el examen toxicológico había recibido dos pastillas de parte de su madre, la pastilla del día siguiente y un calmante.

Que en el presente caso se trató de una reunión social de jóvenes y que no ha existido violencia física, amenaza ni coacción.

Que la agraviada se sacó sus prendas de manera voluntaria, tal como está probado.

Que las lesiones que presenta la presunta agraviada no condicen con un delito de violación sexual sufrida por cinco sujetos.

La presunta agraviada no desarrolló ningún mecanismo de defensa, ni negativa ante su supuesto agresor.

Por todo ello solicita que su patrocinado sea declarado inocente de los cargos.

Respecto al imputado Sebastián Zevallos Sanguineti, la defensa técnica presenta su alegato, el mismo que se agrega a fojas 2164; argumenta que en autos ha quedado demostrado que la supuesta víctima nunca ha estado en estado de inconciencia y nunca hubo violación sexual, se trató de una reunión amical con el consumo desmedido de drogas y alcohol que terminó en orgía, es lo que ha quedado demostrado.

Que el Ministerio Público ha emitido acusación, aún cuando no se han realizado diligencias importantes que habrían sido propuestas, no habiéndose logrado desvanecer la presunción de inocencia, sólo se ha demostrado la negativa de la supuesta víctima para que se descubra la verdad.

Que la presunta agraviada ha manifestado medias verdades y omisiones maliciosas, refiere que estuvo en una reunión social y consumió alcohol y marihuana, omitiendo el consumo de cocaína, se evidencia el carácter histriónico y narcisista de la presunta víctima.

Que la agraviada no presenta lesiones o huellas que acrediten que trató de defenderse.

Que los signos de actos contra natura no acreditan delito de violación de la libertad sexual, solamente la realización de un acto sexual producido en menos de diez días.

Que la presunta agraviada no presenta lesiones en las muñecas, descartándose que haya sido jalada para hacerla subir al segundo piso; tampoco presenta lesiones en el cuero cabelludo, descartándose también la versión de haber sido jalada de los cabellos.

Que la supuesta agraviada nunca ha estado en estado de inconciencia, habiéndose acreditado que la benzodicepina fue suministrada por la madre antes de concurrir a formular la denuncia.

El Ministerio Público ha actuado con apuro para formalizar acusación sin que se hayan actuado diligencias de vital importancia para el esclarecimiento de



los hechos y que se encuentran solicitadas desde el inicio de la instrucción, no habiéndose acreditado los hechos, se debe absolver a su patrocinado.

Los alegatos presentados por la parte civil obrantes a fojas 1890, señalan que en el presente caso se corrobora la violencia mediante lo señalado por la agraviada en su manifestación policial, el Certificado Médico Legal y en el examen físico en prendas de vestir, violencia ejercida contra la agraviada para ser sometida a una violación sexual.

Además respecto a la amenaza grave, ésta se cumple al estar la agraviada bajo la influencia de 4 sustancias ilícitas, en un baño oscuro, en una casa deshabitada y sometida a 5 sujetos, por lo que al estar sometida y agredida verbal y físicamente, ésta sintió amenazada su vida.

Respecto al Informe Psicológico Pericial elaborado por la psicóloga Carmen Wurst Calle, se resalta lo siguiente:

El análisis del caso incluye los siguientes patrones de violencia.

La violencia sexual ejercida contra V.C. se caracterizó por una relación asimétrica de poder y fuerza; Se utilizó la condición de vulnerabilidad, el uso de sustancias para perpetrar los actos de violencia sexual; Distorsión de la información por parte de los supuestos perpetradores para justificar los actos aludiendo el consentimiento de la agraviada; Se utilizaron elementos de prejuicio de género, relacionados a la vida de la evaluada como justificación de los actos realizados posterior a los hechos; Denigración y presión mediática que descalificaron la denuncia realizada, por considerar un acto consentido y valorar las actividades previas de la supuesta víctima; Pretensión de los medios de comunicación de utilizar el testimonio de la agraviada para uso comercial, ofreciéndole dinero por sus declaraciones; Desarrollo de sentimientos de culpabilidad en la agraviada, delegando la responsabilidad sobre los hechos; Impacto psicológico característico de los casos de violencia contra las mujeres, en los que está el aislamiento social, vergüenza y temor en la víctima; Prejuicios de género, expresados durante el proceso de judicialización, generando situaciones de revictimización.

Clínicamente la agraviada presenta un perfil donde los indicadores ansiosos, depresivos, postraumáticos (disociativos), alteraciones en la cualidad del vínculo interpersonal que determina la confianza básica y las relaciones sociales están presentes, siendo estos efectos causales a los hechos denunciados.

La agraviada presenta grave afectación en diferentes áreas, alteración y cambios en el proyecto de vida previo, impacto significativo en su acercamiento al entorno social, dependencia ante sus figuras familiares, debido a la fragilidad y vulnerabilidad que ha desarrollado a causa del impacto traumático de los hechos; presenta trastorno de estrés postraumático e indicadores relacionados a desarrollar un daño psíquico.

Sobre la reparación civil señala que debe fijarse de acuerdo al grado de afectación al bien jurídico, así como a las posibilidades económicas de los imputados, su condición social y económica, solicitando trescientos mil soles de pago por este concepto.



II. FUNDAMENTOS

Elementos de subsunción y capacidad probatoria.

1. Es menester precisar previamente que el Juzgamiento de los hechos punibles debe ser objeto de una estricta valoración de naturaleza objetiva, atendiendo a la concurrencia de las pruebas que hayan sido presentadas o que se aportaron durante la instrucción, las que deben ser conjugadas o cotejadas con los dichos de las partes (en tanto estas se constituyan en fuente de prueba), llevando al juzgador a la verosimilitud o inverosimilitud de la incriminación que es analizado bajo criterios de imputación objetiva. Así en toda argumentación jurídica solo caben dos posibilidades: a).- Optar por la verosimilitud de la incriminación que inspira convicción sancionatoria; b).- Optar por la inverosimilitud de la incriminación, ya sea por la ausencia de pruebas, por la generación de una duda razonable, o por la imposibilidad de subsumir el comportamiento del encausado al delito incriminado.
2. Que el delito que se imputa a los procesados es el de Violación Sexual, previsto en el artículo 170 incisos 1, 12 y 13 del Código Penal, el cual se encuentra descrito: "El que con violencia física o psicológica, grave amenaza o aprovechándose de un entorno de coacción o de cualquier otro entorno que impida a la persona dar su libre consentimiento, obliga a ésta a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza cualquier otro acto análogo con la introducción de un objeto o parte del cuerpo por una de las dos primeras vías..."; con las agravantes de la participación de dos o mas sujetos (inciso 1); si la víctima es mujer y es agraviada por su condición de tal en cualquiera de los contextos previstos en el primer párrafo del artículo 108 B (inciso 12) y si el agente actúa en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor a 0.5 gramos por litro de sangre o bajo el efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas que puedan alterar su conciencia, en cuyos casos la pena conminada es no menor de 20 ni mayor de 26 años de pena privativa de la libertad.
3. Con respecto a los hechos, la agraviada, ha relatado las circunstancias por las cuales concurrió a la vivienda donde sucedieron los hechos, que , los procesados eran personas conocidas para ella, algunos incluso amigos y ese fue el motivo por el cual se quedó compartiendo con ellos; que debido al consumo de alcohol y drogas, no se pudo defender de la agresión de la cual fue víctima; que inicialmente estuvieron conversando y haciendo algunos juegos; posteriormente Sebastián Zevallos la cogió de la muñeca izquierda y la jaló hacia el segundo piso, metiéndola a un cuarto que era un baño grande con un jacuzzi, no la dejaban salir, le ordenaron que se desvista, al no hacerlo, ellos le empezaron a quitar la ropa, una vez desnuda la metieron al jacuzzi, desde ese momento se llevaron a cabo las conductas que precisa en su manifestación policial,



fue penetrada por la vagina y por el ano por cuatro de los imputados, también obligada a hacerles sexo oral; mientras que Vela Farje también le obligó a que le practicara sexo oral jalándola de los cabellos, Arequipeño Vizcarra le metió el dedo en el ano y también la penetró por dicha vía, ella les decía en todo momento que no quería estar ahí pero le impedían salir del jacuzzi; Diego Arroyo le dejó chupetones en el seno derecho, también la insultaban con palabras denigrantes; finalmente como ella seguía pidiendo que la dejen, Sebastián Zevallos la botó del baño diciéndole que se vaya ya que no quería, ella bajó al primer piso esperando a que amaneciera para irse a su casa y los imputados, a excepción de Vela Farje que ya se había ido, la seguían jalando para que se siente en sus piernas o que baile, tocándole el cuerpo.

4. Los imputados al rendir sus declaraciones, a excepción de Arequipeño Vizcarra que se abstuvo de hacerlo, han manifestado de manera coincidente la razón por la que estaban reunidos en la casa de Vela Farje, que llegó la agraviada con la cual conversaron e hicieron algunos juegos; que consumieron licor y drogas; aceptando todos ellos haber tenido contacto sexual con la agraviada, consistente en sexo oral, penetración por la vagina y por el ano, así como tocamientos; en el caso de Diego Arroyo, éste no acepta la penetración por tener disfunción eréctil, si haber realizado sexo oral; igualmente en el caso de Manuel Vela; sin embargo todos contradicen la versión de la agraviada respecto a que dichos actos fueron realizados por la fuerza o coacción, debiendo analizarse esta situación.
5. Al respecto la agraviada señala que fue llevada al segundo piso por Sebastián Zevallos quien la cogió de la muñeca izquierda y la jaló; que una vez adentro del baño del segundo piso, este mismo procesado se paró en la puerta para que no saliera, que le ordenaron que se desvista y como no lo hizo la desnudaron por completo y la metieron al jacuzzi, le empezaron a jalar de los pelos para que les haga sexo oral, al inicio fueron los cuatro procesados a excepción de Manuel Vela que sólo estaba mirando; que le exigían que les haga sexo oral, le decían "Chúpamela", la penetraron a la fuerza por delante y por detrás, ella le dijo a Manuel Vela a quien consideraba su amigo, por qué le hacía esto ya que no la defendía; él lejos de ayudarla también se sacó la ropa, la agarró fuerte del cabello y la inclinó para que le haga sexo oral; que todo lo sucedido fue en contra de su voluntad; en todo momento la agraviada decía que no quería estar ahí, pero los cinco procesados le impidieron salir del jacuzzi en el cual estaban todos, era un entorno de coacción ya que se trataba de cinco sujetos que la obligaban; empezaron a tocarla por todo el cuerpo, Diego Arroyo le dejó chupetones en el seno derecho, en todo momento la insultaban diciéndole "Eres una perra, una puta"; la declarante pedía que la dejen, hasta que luego de todo eso Sebastián Zevallos le dijo: "ya vete, ya que no quieres" y la botó del baño; en el primer piso, continuaron con sus actitudes, exigiéndole que baile, Diego Arroyo la jaló para sentarla en sus piernas, le tocaban los glúteos y los senos; la agraviada se sentía aturdida por el consumo de drogas y alcohol, lo que no le permitió



defenderse; hasta que se dio cuenta que estaba amaneciendo y decidió salir de la casa y dirigirse caminando a su domicilio, contándole a sus padres lo sucedido.

6. Los procesados han presentado pericias de parte, que es necesario analizar, así tenemos el Informe Pericial Médico Criminalístico 040/20 obrante a fojas 512, el cual fue realizado a través de la revisión de la manifestación de la agraviada, el Certificado Médico Legal y Pericias; determinando que los mecanismos lesionales descritos por ésta, tendrían que haber ocasionado lesiones contusas objetivables, no existiendo en el Certificado Médico evidencia física en relación a lograr su sujeción y sometimiento que sustente o guarde coherencia con el relato de la presunta víctima; con respecto al informe sobre la prenda íntima, se describen elongaciones, lo cual se debe a una tracción violenta, no habiéndose descrito que la agraviada presentara escoriaciones en la región inguinal o en el muslo proximal, debiendo considerarse que las elongaciones pueden haberse producido en evento distinto al investigado; tampoco se describe lesión en la boca ni en la vagina, teniendo en cuenta su relación con varios sujetos sin su consentimiento; con respecto a las equimosis rojizas violáceas en el seno de la agraviada, por la coloración se encontrarían dentro de las 24 horas de producidas, no se puede establecer que haya sido durante el evento materia de denuncia; señala que estando a los resultados, la agraviada se encontraba sin presencia de alteración de sensorio, ni pérdida en la eficiencia de actos complejos, podía movilizarse y mantener la postura. El pronunciamiento psicológico de parte practicado sobre las declaraciones de la agraviada obrante a fojas 1,000, determina que su relato es poco creíble, ya que existen diversas inconsistencias y se recomienda un peritaje de credibilidad.

7. Por su parte la defensa de la agraviada agrega los informes que se detallan: El Informe Psicológico Pericial de Parte obrante a fojas 649, en el cual se señala que en el momento de la evaluación a través del análisis de los indicadores y las pruebas aplicadas, se encontró compatibilidad con el impacto psicosocial de violencia sexual vivida y denunciada; clínicamente presenta un perfil donde los indicadores ansiosos, depresivos, postraumáticos, son efectos causales de los hechos denunciados, teniendo como diagnóstico clínico: Trastorno de Estrés Postraumático.

El Informe Médico Pericial de parte presentado por la defensa de la agraviada, se agrega a fojas 667, determina que la víctima relata los hechos no indicando haber prestado consentimiento; en el examen toxicológico practicado a la agraviada se detectó presencia de alcohol, cocaína, marihuana y benzodiacepinas, que son drogas consideradas facilitadoras de abuso sexual; en el examen toxicológico practicado a los procesados se determinó la existencia de marihuana y cocaína, drogas que provocan desinhibición e incremento del deseo sexual; las lesiones anales se relacionan con el grado de contracción del esfínter anal externo durante la penetración anal forzada; la agraviada presentó lesiones contusas extragenitales provocadas por digitopresión y agente contuso



duro, lo cual está relacionado a relaciones sexuales no consentidas; la escasez de lesiones contusas extragenitales puede explicarse por la inhibición de la presunta víctima ante un presunto abuso grupal y al efecto de las drogas consumidas por ella que se relacionan a sedación, relajación muscular, lo cual influye negativamente en los mecanismos de defensa ante un presunto abuso sexual; el examen de la prenda íntima de la agraviada muestra restos de espermatozoides y elongaciones del tejido, lo cual guarda relación con su testimonio donde indica que uno de los presuntos agresores eyaculó en ella y que sus prendas fueron retiradas por ellos mismos.

El Informe Meta Análisis obrante a fojas 1206, el cual concluye que el informe carece de nexo causal de los síntomas que la evaluada relata con los hechos denunciados, no se anotan síntomas que pudieran devenir de violencia sexual, no se consignan los resultados de las pruebas realizadas, no señalan bibliografía, las conclusiones son difusas y sin sustentos clínicos comprobables; se trata de un informe sesgado, no objetivo, donde la palabra de la supuesta víctima es omitida, así como los impactos psicológicos de actos contra la libertad sexual que ha vivido, las preguntas de los peritos se dirigen a culpabilizar a la víctima.

8. Con respecto a los informes detallados en los dos puntos anteriores, presentados por las partes, se aprecia de los mismos que no han sido realizados directamente, a diferencia de las pericias oficiales, ya que estos han sido practicados en base a la revisión de pericias y declaraciones ya realizadas previamente, no existe intermediación para la ejecución de las mismas, lo que le resta valor, sobre todo en lo que respecta a la pericia psicológica, son criterios de profesionales que no necesariamente están dedicados a la realización de pericias de este tipo; debiendo tenerse en cuenta también que no se puede dejar de apreciar que existe un acuerdo con las partes interesadas para la realización de las pericias señaladas.
9. La versión de la agraviada se encuentra respaldada con los siguientes elementos: las conclusiones del Certificado Médico Legal número 036801-E-IS obrante a fojas 107, ratificado a fojas 1598; el cual señala que requiere 2 días de atención facultativa y 6 días de incapacidad médico legal, al presentar: pliegues perianales tumefactos, fisura de 0.5 centímetros en horas XII; equimosis rojiza violácea por sugilación de 2 x 1 cm en región mamaria derecha de 1 X 1 cm en región escapular izquierda, de 2 x 1 cm en región deltoidea derecha, equimosis violácea por digitopresión de 3 x 2 cm, 2 x 2 cm y 2 x 1 cm en cara anterior tercio distal de muslo izquierdo, equimosis violácea de 4 x 2 cm (3) y 5 x 4 cm en cara anterior tercio distal de muslo derecho y rodilla derecha, ocasionado por succión, presión digital y agente contundente duro; desvaneciéndose de este modo lo señalado por los imputados que refieren que no hubo violencia y los actos fueron consensuados; con el Informe Pericial Forense de Examen Toxicológico número 26499/20 obrante a fojas 113, que concluye que se halló Positivo para Benzodiacepina, Cocaína y Marihuana, en el Dosaje Etílico, estado de ebriedad (0.74 g/L), al respecto la agraviada ha señalado que



no se encontraba en capacidad de defenderse por el estado en que se encontraba; asimismo con el Informe Pericial de Examen Físico en Prendas de Vestir número FQ 2021/2020 obrante a fojas 467, practicado sobre la prenda interior femenina -trusa- correspondiente a la víctima, concluye que presenta elongaciones ocasionadas por tracción violenta, es decir estiramientos, habiendo indicado la agraviada que fue desnudada por los imputados contra su voluntad; con el Informe Pericial de Biología Forense número 9674/20, practicado sobre la prenda íntima de la agraviada, agregado a fojas 476, determina que se hallaron restos de sangre humana y restos seminales; con el resultado del Examen Psicológico número 040928-2020-PS-DCLS practicado a la agraviada obrante a fojas 747, en el cual se determina sintomatología ansiosa, personalidad mixta narcisista histriónico; con la declaración testimonial de la efectivo policial Betty Margiory Najarro Saavedra, obrante a fojas 985, quien indica que recibió la declaración policial de la agraviada, que cuando relataba los hechos lloraba, se dormía, su abogada tenía que despertarla, confundía un poco las cosas, sobre todo los horarios; que presentaba signos de haber consumido alcohol; elementos que nos permiten determinar que lo declarado por la agraviada guarda relación con la realidad, habiendo existido violencia y coacción por parte de los procesados para consumir el hecho.

10. La conducta típica sancionada en el delito que nos ocupa, se realiza cuando el sujeto activo haciendo uso de la fuerza física o intimidación, obliga a la víctima a realizar el acceso carnal, el cual puede ser por la vía vaginal, anal o bucal, introduciendo el miembro viril o algún objeto; en el presente caso los imputados han realizado esta conducta, empleando violencia e intimidación contra la víctima; la violencia se encuentra acreditada en el Certificado Médico Legal practicado a la agraviada y la intimidación se determina con la presencia de cinco sujetos alcoholizados y drogados en un inmueble deshabitado y sin energía eléctrica, aprovechando su superioridad numérica y fuerza física, mientras la agraviada pedía que la dejen cuando la llevaron al segundo piso jalándola de la muñeca y encerrándola en el baño, desvistiéndola y practicando luego los actos que han sido detallados.
11. Los agravantes señalados en la norma penal, artículo 170 del Código Penal, también se encuentran acreditados con la participación de cinco sujetos, determinándose el cumplimiento del inciso 1 que señala que se aplica cuando existe participación de dos o mas sujetos; cuando la víctima es mujer y es agraviada por su condición de tal, agravante señalada en el inciso 12, en el presente caso se verifica una situación de coacción, abuso de confianza y cuando el agente actúa en estado de ebriedad o bajo el efecto de drogas tóxicas o estupefacientes, así tenemos que en los exámenes toxicológicos realizados a los procesados obrantes a fojas 114, 115, 116, 117 y 118, se determina que se encontraban bajo los efectos de drogas, agravante señalada en el inciso 13.
12. Respecto a lo señalado por las defensas de los imputados con relación a que la agraviada no habría presentado resistencia frente a la agresión,



que no se habría defendido, lo que llevaría a determinar que prestó su consentimiento para mantener relaciones sexuales con los imputados, es necesario mencionar que la agraviada ha señalado que todo el tiempo manifestó su negativa, les pedía reiteradamente que la dejen salir del baño, le pidió ayuda a Vela Farje, sin recibirla; relata que quiso defenderse pero por la pluralidad de sujetos, su fuerza física y el estado en que se encontraba al haber consumido drogas y alcohol, no pudo hacerlo, determinándose que lograron doblegar su voluntad, al sentirse vencida por las circunstancias, se encontraba dentro de un entorno coercitivo, considerando inútil su defensa.

Cabe agregar que el Acuerdo Plenario 1-2011/CJ-116, el cual constituye una fuente muy importante para determinar el consentimiento; se precisa que el consentimiento se puede otorgar o se puede retirar; para entender cuándo hay consentimiento o no, hay que tener claro que este no puede derivar: a) de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza o la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre; b) de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando esta sea incapaz de dar su consentimiento libre y c) del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual. Asimismo señala que la credibilidad del testimonio de la víctima no puede basarse en comportamientos sexuales anteriores o posteriores a los hechos del caso. En conclusión, el consentimiento debe estar claramente manifestado, de forma expresa o tácita; debe ser una libertad reconocida por el ordenamiento jurídico para disponer válidamente de determinados bienes jurídicos; la persona que lo ejerce debe tener capacidad para disponer el consentimiento; debe estar libre de vicios, ya que cualquier vicio esencial de la voluntad (error, coacción, violencia, engaño) invalida el consentimiento y debe ser dado antes de la comisión del hecho. Sobre este punto, también el Acuerdo Plenario número 5-2016/CJ-116 señala que el consentimiento a la actividad sexual, siempre ha de ser libre y voluntario, sin que medie fuerza, amenaza, coacción o aprovechamiento de un entorno coercitivo; cuando la víctima guarda silencio o no opone resistencia, no se puede presumir que aceptó el acto sexual, pues el ejercicio de violencia, amenazas o el entorno coercitivo al que se ve sometida se lo impide.

13. Se analiza también si el testimonio de la víctima debería constituir una prueba fundamental en los delitos de Violación Sexual; se trata indudablemente de una prueba indispensable, ya que en estos delitos por sus características especiales, tiene gran relevancia. Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado: "dada la naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho."
14. Las defensas técnicas de los procesados, desde un inicio del proceso, han agotado los intentos por deslegitimar la conducta de la víctima, manifestando alguna de las partes que "es una señorita a la que le gusta la vida social"; "que estaba acostumbrada a esa clase de reuniones" y en



un alegato incluso se señala que si llegó en menos de 20 minutos al lugar donde ocurrieron los hechos, es porque se encontraba dispuesta a todo lo que sucedió con posterioridad. Se trata de estereotipos de género que pretenden señalar que si prestó su consentimiento, aunque ella lo niegue y que incluso la agresión podría haber sido originada por su conducta. Cualquier prueba que busque indagar el comportamiento sexual o social previo o posterior al delito, para desacreditar la palabra de la víctima, resulta inadmisibles. Frente a esto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que los estereotipos de género obstaculizan el acceso a la justicia y que los Jueces están obligados a realizar una adecuada apreciación y selección de las pruebas, a fin de neutralizar su contaminación por afirmaciones, insinuaciones y alusiones estereotipadas que vulneren la garantía de acceso a la justicia de las mujeres.

15. En este tipo de delitos difícilmente pueden existir testigos ya que los mismos se dan en el marco de la clandestinidad, por lo que deberemos analizar algunos elementos para concluir el presente caso: a) ausencia de incredulidad subjetiva, es decir si pudiera haber algún móvil de enemistad, venganza o similares que pudiera restar credibilidad a la versión del agraviado; b) verosimilitud, que la versión del agraviado pueda ser corroborada por circunstancias de lugar y tiempo y c) persistencia en la incriminación, es decir que haya mantenido su versión durante todo el proceso.
16. Que en el presente caso: a) no se ha acreditado que pudiera haber un móvil de enemistad o venganza entre los procesados y la agraviada, según refieren ya se conocían, teniendo amistad con algunos de ellos, sin haber registrado ningún problema anterior, incluso fue invitada a la reunión; b) que la versión de la agraviada de haber concurrido a una reunión en la casa de Vela Farje, la misma que se encontraba deshabitada, describiendo las características de la habitación -baño- del segundo piso donde fue conducida se encuentra acreditada y corroborada con la propia versión de los procesados que señalan que en dicho inmueble realizaban una reunión social, que la agraviada llegó luego de ser convocada para ello; c) la agraviada ha sido persistente en su sindicación habiendo señalado a los imputados como los autores del ilícito, reconociéndolos plenamente ya que eran conocidos desde antes.
17. Que con todo lo actuado y el análisis global que se realiza de todos los elementos llegamos a la conclusión que se encuentra acreditada la comisión del delito y la responsabilidad de los imputados, al haber tenido trato carnal con la agraviada, habiéndose demostrado que no se contó con su consentimiento para dicho efecto; teniendo como elementos de convicción la declaración de la agraviada en la cual sostiene que no prestó consentimiento para los actos desarrollados por los imputados, las conclusiones del Certificado Médico Legal número 036801-E-IS obrante a fojas 107, ratificado a fojas 1598; el cual señala que requiere 2 días de atención facultativa y 6 días de incapacidad médico legal, al presentar: pliegues perianales tumefactos, fisura de 0.5 centímetros en horas XII; equimosis rojiza violácea por sugilación de 2 x



1 cm en región mamaria derecha de 1 X 1 cm en región escapular izquierda, de 2 x 1 cm en región deltoidea derecha, equimosis violácea por digitopresión de 3 x 2 cm, 2 x 2 cm y 2 x 1 cm en cara anterior tercio distal de muslo izquierdo, equimosis violácea de 4 x 2 cm (3) y 5 x 4 cm en cara anterior tercio distal de muslo derecho y rodilla derecha, ocasionado por succión, presión digital y agente contundente duro; desvaneciéndose de este modo lo señalado por los imputados que refieren que no hubo violencia y los actos fueron consensuados; con el Informe Pericial Forense de Examen Toxicológico número 26499/20 obrante a fojas 113, practicado a la agraviada, que concluye que se halló Positivo para Benzodiacepina, Cocaína y Marihuana, en el Dosaje Etilico, estado de ebriedad (0.74 g/L), al respecto la agraviada ha señalado que no se encontraba en capacidad de defenderse por el estado en que se encontraba; asimismo con el Informe Pericial de Examen Físico en Prendas de Vestir número FQ 2021/2020 obrante a fojas 467, practicado sobre la prenda interior femenina -trusa- correspondiente a la víctima, concluye que presenta elongaciones ocasionadas por tracción violenta, es decir estiramientos, habiendo indicado la agraviada que fue desnudada por los imputados contra su voluntad; con el Informe Pericial de Biología Forense número 9674/20, practicado sobre la prenda íntima de la agraviada, agregado a fojas 476, determina que se hallaron restos de sangre humana y restos seminales; con el resultado del Examen Psicológico número 040928-2020-PS-DCLS practicado a la agraviada obrante a fojas 747, en el cual se determina sintomatología ansiosa, personalidad mixta narcisista histriónico; con la declaración testimonial de la efectivo policial Betty Margiory Najarro Saavedra, obrante a fojas 985, quien indica que recibió la declaración policial de la agraviada, que cuando relataba los hechos lloraba, se dormía, su abogada tenía que despertarla, confundía un poco las cosas, sobre todo los horarios; que presentaba signos de haber consumido alcohol; elementos que nos permiten determinar que lo declarado por la agraviada guarda relación con la realidad, por lo que se debe dictar una sentencia condenatoria.

18. El procesado Andrés Fassardi San Sebastián plantea una Excepción de Naturaleza de Acción a fojas 2034, señalando que los hechos imputados no constituyen delito y que se trató de un hecho consentido por la agraviada, sin embargo en la presente sentencia se ha determinado la responsabilidad del imputado, por lo que debe declararse infundada dicha excepción.
19. El procesado Manuel Antonio Vela Farje plantea una Excepción de Naturaleza de Acción a fojas 2065 señalando que los hechos no constituyen delito, que no es autor de delito alguno que se trató de un hecho consentido por la agraviada, sin embargo en la presente sentencia se ha determinado la responsabilidad del imputado, por lo que debe declararse infundada dicha excepción.
20. Para la determinación de la pena contra los acusados se tiene en cuenta a).- las circunstancias de los hechos, la naturaleza del delito previsto y sancionado en el artículo 170 incisos 1, 12 y 13 del Código Penal, b).- la confesión o negativa en torno a los hechos,



los procesados que han declarado, no aceptan la comisión del ilícito; c).- el delito atenta contra la libertad sexual de una persona mayor de 21 años; los procesados no registran antecedentes penales ni judiciales; se trata de personas jóvenes, sus edades oscilan entre los 22 y los 26 años al momento de los hechos; todos tienen una ocupación, estudian o trabajan; cuentan con instrucción básica completa y algunos de ellos universitaria; circunstancias y elementos que permiten fijar la pena con equidad, razonabilidad y proporcionalidad, graduándose en función a su participación y responsabilidad en la comisión del delito; teniendo en cuenta que la pena conminada para este caso oscila entre los 20 y los 26 años, fijándose la pena dentro del tercio inferior.

21. Dado que la reparación civil se rige por el principio de daño ocasionado, el monto se fija de acuerdo al daño causado, a la capacidad económica de los acusados y las circunstancias del hecho; en el presente caso los imputados son personas jóvenes que se dedican al estudio y el trabajo, el cual no es estable, por lo que no cuentan con solvencia económica; de otro lado la defensa de la parte civil ha solicitado 300,000 soles como reparación, sin embargo no ha acreditado con documentación idónea los gastos que ha tenido que solventar derivados de las consecuencias de estos hechos, que justifiquen ese monto, así como tampoco ha fundamentado su pedido respecto al monto solicitado, por lo que la reparación civil deberá ser determinada de acuerdo a ley.

22. Que resulta de aplicación al presente caso lo dispuesto en los artículos 11, 12, 23, 28, 29, 45, 46, 92, 93, 95, 170 y 178 A del Código Penal y los artículos 283 y 285 del Código de Procedimientos Penales.

III.- FALLO:

En atención a todo lo expuesto la Señora Jueza del Décimo Juzgado Penal Liquidador de Lima, por la autoridad que le confiere la Constitución Política Perú, apreciando los hechos y las pruebas con el criterio de conciencia que la ley autoriza y administrando justicia a nombre de la Nación:

RESUELVE:

DECLARAR Infundada la Excepción de Naturaleza de Acción interpuesta por el procesado Andrés Fassardi San Sebastián;

DECLARAR Infundada la Excepción de Naturaleza de Acción interpuesta por el procesado Manuel Antonio Vela Farje;

CONDENAR a JOSE MARTÍN AREQUIPEÑO VIZCARRA, SEBASTIÁN ZEVALLOS SANGUINETI, DIEGO HUMBERTO ARROYO ELÍAS, ANDRÉS FASSARDI SAN SEBASTIÁN y MANUEL ANTONIO VELA FARJE como autores del delito contra la Libertad -Violación de la Libertad Personal- Violación



Sexual en agravio de la persona de Clave 062-2020 y como tales se les impone Veinte años de pena privativa de la libertad, que computados para cada uno desde el 18 de octubre de 2020, vencerán el 17 de octubre de 2040;

FIJO en la suma de 100,000 soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar los sentenciados en forma solidaria a favor de la agraviada;

ORDENO que los sentenciados sean sometidos a tratamiento terapéutico, tal como lo dispone el artículo 178 A del Código Penal;

MANDO: que consentida o ejecutoriada que sea la presente sentencia, se expidan copias del testimonio de condena, se inscriba en el Registro Central de Condenas e Instituto Nacional Penitenciario, archívese en forma definitiva; Notificándose y Oficiándose.-

Resolución para la Unidad 4 (Delitos contra el Patrimonio):

- **Sentencia del Tribunal Supremo (España) 1009/2022**, de fecha 11.01.2023 (Procedencia: Recurso de Casación N° 689-2021).

Mediante la presente sentencia el Tribunal Supremo español establece las precisiones dogmáticas para diferenciar la tentativa de la consumación en el delito de extorsión, argumentando que se consuma el delito desde el momento en que se compele al sujeto pasivo a realizar u omitir un acto jurídico en perjuicio de su patrimonio (apto para producir un perjuicio patrimonial), de tal forma que el empobrecimiento constituye un mero agotamiento del delito.

STS 1009/2022, 11 de Enero de 2023

Jurisdicción: España
Emisor: Tribunal Supremo, sala segunda, (penal)
Número de resolución: 1009/2022
Fecha: 11 Enero 2023

Id. vLex VLEX-921008493

Link: <https://app.vlex.com/vid/921008493>

Resumen

DELITO DE EXTORSIÓN EN GRADO DE TENTATIVA. Señala el Supremo que el delito de extorsión se define doctrinalmente como un "delito de encuentro" porque el sujeto pasivo/perjudicado es obligado a realizar un acto o negocio jurídico con valor económico del que resulta un perjuicio bien para el extorsionado o bien para un tercero. Además, la consumación se produce desde el momento en que se compele al sujeto pasivo a realizar u omitir un acto jurídico en perjuicio de su patrimonio, apto para producir un perjuicio patrimonial, si bien la consumación no precisa de un efectivo empobrecimiento, ya que esta consecuencia es accesoria en relación con la perfección de la ejecución, y se considera un mero agotamiento de la misma. Se desestima el recurso de casación.

Original

Delito de extorsión en grado de tentativa. Presunción de inocencia en el nuevo recurso de casación Ley 41/2015. Límites. Cuestión nueva en casación. Delito extorsión art. 243 CP. Violencia o intimidación. Delito de encuentro o "experimental". Bien jurídico protegido.

Texto

Contenidos

- ANTECEDENTES DE HECHO
 - PRIMERO
 - SEGUNDO
 - TERCERO
 - CUARTO
 - QUINTO

- **Primero**

- **SEXTO**

- **SÉPTIMO**

- **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

- **PRIMERO**

- **SEGUNDO**

- **TERCERO**

- **FALLO**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 1.009/2022

Fecha de sentencia: 11/01/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 689/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 21/12/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Procedencia: T.S.J.CASTILLA-LEON SALA CIV/PE

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: MMD

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 689/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 1009/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D.^a Carmen Lamela Díaz

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 11 de enero de 2023.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 689/2021, interpuesto por Matías , representado por la procuradora D.^a Marina de la Villa Cantos, bajo la dirección letrada de D.^a Ana Engracia Guerrero Rodenas, contra la sentencia nº 78/2020, de fecha 23 de diciembre de 2020, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en el Rollo de Apelación nº 66/2020. Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de Segovia instruyó Procedimiento Sumario Ordinario nº 2/2018, contra Prudencio, por un delito de proposición para cometer homicidio; y contra Matías, por un delito de extorsión y, una vez concluso, lo remitió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Segovia, que en el Rollo de Procedimiento Sumario Ordinario nº 5/2019, dictó sentencia nº 9/2020, de fecha 1 de julio de 2020, que contiene los siguientes hechos probados:

PRIMERO.- En cuanto al acusado Prudencio, por la conformidad del mismo, mayor de edad y sin antecedentes penales en el momento de los hechos, se declara probado que coincidió con el acusado Matías en la enfermería del Centro Penitenciario de Segovia en el período desde el 8 de octubre al 29 de noviembre de 2016, en calidad de preso preventivo el primero, por un supuesto homicidio en violencia de género.

En fecha anterior al día 2 de diciembre de 2016, el acusado Prudencio escribió tres notas manuscritas dirigidas al acusado Matías, en una de las cuales el acusado Prudencio proponía al también acusado Matías acabar con la vida del

suegro de Prudencio, D. Silvio, y de la pareja de la esposa del Prudencio, D. Víctor. Dichas notas manuscritas fueron entregadas por el acusado Matías al Jefe de Servicios y Subdirector de Seguridad del Centro Penitenciario de Segovia con posterioridad a que Prudencio entregara la carta y nota manuscrita que le había dirigido Matías a que se refiere el último párrafo del hecho 2º).

SEGUNDO.- En cuanto al acusado Matías, se declara probado conforme a las pruebas practicadas en el acto del juicio que los acusados coincidieron en la enfermería del Centro Penitenciario de Segovia en el período desde el 8 de octubre al 29 de noviembre de 2016, en calidad de preso preventivo el primero, por un supuesto homicidio en violencia de género, y el segundo, que cumplía ya pena.

El acusado Matías, durante este período de tiempo, se dirigió en varias ocasiones a Prudencio para realizarle distintas proposiciones para obtener de él, la entrega de tarjetas de teléfono y tarjeta de peculio, lo que consiguió. Igualmente le ofreció la realización de un informe psiquiátrico, a través del abogado García Montes, que le ayudaría en la defensa de "su caso", a cambio de la entrega de cuatro mil euros que el padre del acusado Prudencio debía introducir por medio de billetes en el centro penitenciario, cosa que no llegó a realizarse.

En fecha anterior al día 1 de diciembre de 2016, el acusado Matías escribió una carta y una nota manuscrita dirigida al acusado Prudencio, en las que el primero exigía al segundo la entrega de su tarjeta de peculio, recordándole que si no accedía a ello "no olvides que yo tengo un as bajo la manga", escritos que llegaron a manos de la terapeuta ocupacional del Centro Penitenciario el día 1 de diciembre de 2016.

SEGUNDO

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Segovia, dictó el siguiente pronunciamiento:

Que debemos condenar y condenamos a Prudencio como autor criminalmente responsable de un delito de proposición de homicidio del artículo 141, en relación con el artículo 138.1 del Código Penal, en relación con el artículo 62 del Código Penal, a la pena de prisión de CUATRO AÑOS, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y alejamiento a un distancia no inferior a 1000 metros respecto de las personas de Silvio y Víctor, así como la prohibición de comunicar con dichas personas por cualquier medio durante un período de catorce años. Asimismo, indemnizará a Víctor y Silvio en la cantidad de 1.500 euros cada uno de ellos por los daños morales sufridos. Y al pago de la mitad de las costas del juicio.

Y que debemos condenar y condenamos a Matías como autor de un delito de extorsión en grado de tentativa del artículo 243 y 16.1 del Código Penal a la pena de NUEVE MESES DE PRISIÓN con la accesoria de inhabilitación especial

para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, así como al pago de la mitad de las costas procesales.

Notifíquese la presente Sentencia, de la que se unirá certificación al correspondiente rollo de Sala, a las partes, instruyéndoles que contra la misma cabe RECURSO DE APELACION ante esta Audiencia para ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia dentro de los DIEZ DIAS siguientes al de la última notificación de la sentencia que se tramitará conforme a lo establecido en los arts.790, 791 y 792 de la LECR.

TERCERO

Dicha sentencia fue recurrida en apelación por la representación procesal del condenado Matías, remitiéndose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, que en el Rollo de Apelación nº 66/2020, dictó sentencia nº 78/2020, de 23 de diciembre de 2020, cuyo fallo es del siguiente tenor literal:

Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por DON Matías contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Segovia, en fecha 1º de Julio de 2.020, en el procedimiento de que dimana el presente Rollo, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la misma con expresa imposición de costas al apelante.

CUARTO

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación, por infracción de ley, y de precepto constitucional, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO

La representación del recurrente, basa su recurso en los siguientes motivos:

Motivos aducidos en nombre del recurrente Matías:

Primero

Al amparo del art. 852 LECrim en relación con el art. 5.4 LOPJ por vulneración de precepto constitucional recogido en el art. 24 CE, derecho a la presunción de inocencia.

Segundo.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, por aplicación indebida del art. 243 CP.

SEXTO

Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO

Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 21 de diciembre de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO Matías

PRIMERO

Contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León nº 78/2020, de 23-12-2020, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por Matías contra la sentencia 9/2020, de 1-7-2020, que condenó a este último como autor de un delito de extorsión en grado de tentativa de los arts. 243 y 16.1 CP a la pena de 9 meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, se interpone el presente recurso de casación por dos motivos: el primero por infracción de precepto constitucional al amparo de lo dispuesto en el art. 852 LECrim por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, consagrado en el art. 24 CE. El segundo por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 LECrim por aplicación indebida del art. 243 CP.

1.1.- Analizando, en consecuencia, el motivo primero, al amparo del art. 852 LECrim en relación con el art. 5.4 LOPJ, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Argumenta que la sentencia de la A.P. de Segovia, confirmada por el T.S.J. de Castilla y León, basa la condena en la remisión de una nota por el acusado, interno en prisión, a otro interno, Prudencio, que contenía la expresión "no olvides que yo tengo un as bajo la manga" considerando que esa expresión es una amenaza intimidante, lo que, según el recurrente, no ha quedado acreditado a lo largo del procedimiento.

La sentencia del TSJ, fundamento derecho 2º, analiza esta expresión y la pone en relación con otras notas manuscritas, señalando que: "entiende la Audiencia de Segovia que la referida advertencia alude a que el acusado Don Matías, que tenía en su poder tales notas manuscritas, podría hacerlas públicas si no accedía a entregarle la tarjeta de peculio."

Considera que la condena no puede estar basada en el entendimiento que tenga de los hechos la Audiencia, sino que debe estar basada en hechos concretos y probados, infringiéndose en caso contrario el principio de presunción de inocencia.

1.2.- Previamente debemos recordar -vid. SSTS 552/2021, de 23-6; 642/2021, de 15-7; 805/2021, de 20-10-, que si la falta de desarrollo de la segunda instancia había implicado un ensanchamiento de los límites impugnativos del recurso de casación para hacer realidad en

nuestro sistema el derecho a la doble instancia, art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, instaurado el previo recurso de apelación contra las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales por Ley 41/2015, ello conlleva que la sentencia objeto del recurso de casación es, precisamente, la dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad correspondiente y, por ello, no pueden ser objeto de denuncia cuestiones ajenas a lo debatido en el recurso de apelación, o dicho de otro modo, el marco de la disidencia en el recurso de casación queda limitado por lo que fue objeto del recurso de apelación y, por tanto, lo que quedó fuera del ámbito de la apelación, no puede ser objeto del recurso de casación, en la medida que ello supondría obviar la existencia del previo control efectuado en la apelación y el control casacional se construye precisamente sobre lo que fue objeto del recurso de apelación -en este sentido SSTS 882/2016, de 23-11; 236/2017, de 5-4; 805/2021, de 2010-.

1.3.- Siendo así, como destaca el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación del recurso, el motivo por infracción de precepto constitucional del art. 24 CE, presunción de inocencia, no fue esgrimido en la previa apelación, en lo que alegó el recurrente como motivos de impugnación: la aplicación indebida del art. 243 CP y subsidiariamente, infracción del art. 52 CP y del principio de proporcionalidad, lo que por sí solo, sería suficiente para su desestimación, máxime cuando la interpretación que a aquella advertencia da el recurrente - que no niega la existencia del hecho básico de haber escrito la carta y la nota manuscrita- que la misma se refería a la posibilidad de hacer daño a la familia de Prudencio (en concreto a sus hijas) lo que no era posible por estar en prisión, con independencia de que esta interpretación podría ser constitutiva de un delito de amenazas condicionales, al exigirse la entrega de una cosa, consumada, al ser delito de mera actividad y haber llegado la amenaza a conocimiento del destinatario, y que al no haberse cumplido la condición, estaría penado con seis meses a tres años de prisión, superior a la del delito de extorsión en grado de tentativa, 6 meses a 1 año, ha sido expresamente rechazada por la sentencia recurrida, que la considera subjetiva e interesada y propia de un alegato puramente defensivo y carente de lógica, razonando que: "cuando el acusado hoy apelante envía la advertencia lo hace como colofón de la exigencia de que Don Prudencio le entregue la tarjeta de peculio, por lo que aquélla va anudada a ésta. Pero, además, en ese momento el acusado Don Matías tiene en su poder las notas manuscritas (proponiéndole los homicidios) ya referidas que le ha enviado antes el acusado Don Prudencio, y que las mismas fueron entregadas precisamente al Jefe de Servicios del Centro Penitenciario con posterioridad a que el segundo acusado hiciese entrega de la nota manuscrita referida. Luego, la conexión entre advertencia y el hecho de tener las notas manuscritas en su poder resulta lógica y evidente, siendo la única explicación plausible."

SEGUNDO

El motivo segundo por infracción de ley del art. 849.1 LECrim por aplicación indebida del art. 243 CP.

Argumenta que en el caso actual falta un elemento esencial del delito como es la violencia o la intimidación, al no constar en el relato de hechos probados de la sentencia recurrida que se haya producido esa violencia o intimidación, únicamente consta que el acusado expresó la

frase "no olvides que yo tengo un as bajo la manga" sin que conste en qué medida pudo intimidar o ejercer violencia sobre la persona a que iba dirigida la nota.

2.1.- El motivo deberá ser desestimado.

El art. 243 CP sanciona al que con ánimo de lucro, obligare a otro, con violencia o intimidación, a realizar u omitir un acto o negocio jurídico en perjuicio de su patrimonio o del de un tercero.

Se trata, por ello, en cuanto a su naturaleza jurídica, de un delito pluriofensivo en el que no hay un único bien jurídico a proteger, pues se castiga el peligro o daño al patrimonio y la lesión a la libertad, con independencia de que en la complejidad del tipo quepan otros como la integridad física y/o moral. No obstante su ubicación sistemática pone el acento en el aspecto patrimonial. En este sentido la STS 966/2009, de 13-10, precisa como: "esta modalidad delictiva conocida como extorsión se ha mantenido a lo largo de toda la historia legislativa de nuestros Códigos Penales si bien con variantes que ahora alcanza una mayor perfección técnica en el actual artículo 243 del Código Penal vigente. Mantiene su naturaleza de delito contra el patrimonio reuniendo como móvil o propósito el ánimo de lucro. Desarrolla la acción objetiva en términos parecidos a la de los delitos contra la libertad al describir la acción típica como una forma de obligar a otro, con violencia o intimidación a realizar u omitir un acto o negocio jurídico en perjuicio de su patrimonio o del de un tercero.

Durante mucho tiempo, la doctrina la asemejó a una modalidad de robo, sin embargo esta comparación no parece la más acertada ya que el modus operandi es completamente distinto. En esta modalidad delictiva se actúa con fuerza sobre las cosas o con violencia o intimidación para acceder directamente al patrimonio ajeno, mientras que en la extorsión la forma de actuar consiste en una amenaza física o intimidativa destinada a conseguir, por medio de un acto o negocio jurídico, que evidentemente sería radicalmente nulo, un beneficio económico propio.

Si centramos nuestra atención en este elemento típico, obligar a otro a realizar un acto con violencia o intimidación, enlazamos de manera natural con los tipos de los delitos contra la libertad, coacciones y amenazas. En definitiva, la esencia del delito consiste en obligar a otro, por la vía coactiva, a realizar lo que no quiere. Este matiz tiene importancia en cuanto a la calificación de la tentativa como acabada o inacabada. Si se realizan los actos violentos o intimidativos, como ha sucedido en el caso que nos ocupa, y no se consigue el beneficio económico, nos encontramos incuestionablemente ante una tentativa acabada, lo que influiría en la determinación de la pena."

El delito de extorsión es calificado en la doctrina como un "delito de encuentro" o "experimental" ciertamente de encuentro forzado porque el sujeto pasivo perjudicado es obligado a facilitar el acto o documento que incorpora un valor económico del que resulta un perjuicio para el extorsionado o bien para un tercero (STS 426/2017, de 14-6). Es decir, se precisa una cierta colaboración de la víctima que elige ceder a la presión en vez de arriesgarse a denunciar.

También concurre la condición de ser un delito de "resultado cortado", pues no se precisa la producción de un efectivo perjuicio patrimonial, siendo suficiente para la consumación que se realice u omita el acto o negocio jurídico apto para producir el perjuicio.

En definitiva, el acto o negocio jurídico ha de ser apto para producir un perjuicio patrimonial, si bien la consumación no precisa de un efectivo empobrecimiento, ya que esta consecuencia es accesoria en relación con la perfección de la ejecución, y se considera un mero agotamiento de la misma.

De esta forma se adelanta el momento de la intervención penal al de la lesión de la libertad a la voluntad del sujeto y al del peligro para el patrimonio. La tentativa será posible, entonces, cuando tras utilizar la violencia o intimidación la víctima utiliza su margen de voluntad para decidir no ceder a la presión y no realizar el acto o negocio jurídico. Es precisamente en este espacio de libertad que queda al sujeto donde radica una de las diferencias con el robo. El extorsionado dispone de una oportunidad de defensa que la víctima del robo no tiene.

2.2.- En el caso presente, necesariamente hemos de partir del relato de hechos probados de la sentencia de instancia, aceptado por la recurrida, cuyo escrupuloso respeto exige la vía casacional del art. 849.1 LECrim. Hechos probados que recogen como: "En fecha anterior al día 1 de diciembre de 2016, el acusado Matías escribió una carta y una nota manuscrita dirigida al acusado Prudencio, en las que el primero exigía al segundo la entrega de su tarjeta de peculio, recordándole que si no accedía a ello "no olvides que yo tengo un as bajo la manga", escritos que llegaron a manos de la terapeuta ocupacional del Centro Penitenciario el día 1 de diciembre de 2016." (apartado segundo hechos probados in fine).

Hecho que la sentencia recurrida pone en relación con el apartado primero, párrafo 2º, que literalmente dice: "En fecha anterior al día 2 de diciembre de 2016, el acusado Prudencio escribió tres notas manuscritas dirigidas al acusado Matías, en una de las cuales el acusado Prudencio proponía al también acusado Matías acabar con la vida del suegro de Prudencio, D. Silvio, y de la pareja de la esposa del Prudencio, D. Víctor. Dichas notas manuscritas fueron entregadas por el acusado Matías al Jefe de Servicios y Subdirector de Seguridad del Centro Penitenciario de Segovia con posterioridad a que Prudencio entregara la carta y nota manuscrita que le había dirigido Matías a que se refiere el último párrafo del hecho 2º."

Siendo así, del anterior relato fáctico puede deducirse, tal como señala el Ministerio Fiscal en su informe oponiéndose al motivo y coincidiendo con la sentencia recurrida, que el hoy recurrente conminó a Prudencio a entregarle su tarjeta de peculio bajo la intimidación de hacer "públicas" aquellas notas manuscritas en que le instaba a acabar con la vida de su suegro y de la actual pareja de su esposa, entendiéndose como intimidación aquella frase "no olvides que yo tengo un as bajo la manga", frase que ha de ser valorada en el contexto del relato de hechos probados, del que puede deducirse ese rasgo intimidatorio exigido en el art. 243 CP. El "as en la manga" no podía ser otro que las notas obrantes en poder del recurrente y que obviamente podían perjudicar gravemente la libertad de Prudencio, como efectivamente sucedió, por propia confesión de éste, lo que llevó a la Audiencia a considerar la acción del recurrente en grado de tentativa.

TERCERO

Desestimándose el recurso, procede condenar en costas al recurrente (art. 901 LECrim).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º.) Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Matías , contra la sentencia nº 78/2020, de fecha 23 de diciembre de 2020, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en el Rollo de Apelación nº 66/2020.

2º.) Imponer las costas al recurrente.

Comuníquese la presente resolución, a la mencionada Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con devolución de la causa en su día remitida.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Antonio del Moral García Carmen Lamela Díaz Ángel Luis Hurtado Adrián

Resolución para la Unidad 5 (Delitos contra la Confianza y la Buena Fe en los Negocios):

- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 3651/2020, de fecha 10.11.2020 (Procedencia: Recurso de Casación 285/2019).

La presente resolución emitida por el Tribunal Supremo español desarrolla de forma sintética los alcances dogmáticos del delito de insolvencia fraudulenta, y de forma especial, respecto del tipo subjetivo, se indica que *“el elemento subjetivo, doloso, ha de abarcar lo que se puede considerar un doble resultado: insolvencia del deudor y perjuicio del acreedor, sin que aparezca exigible un específico elemento subjetivo tendencial de causar perjuicio a los acreedores”* (F.J. 1.6).

Roj: STS 3651/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3651

Id Cendoj: 28079120012020100591

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Sede: Madrid

Sección: 1

Fecha: 10/11/2020

Nº de Recurso: 285/2019

Nº de Resolución: 589/2020

Procedimiento: Recurso de casación

Ponente: JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE

Tipo de Resolución: Sentencia

Resoluciones del caso: STS 3651/2020,
SAP Z 2740/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 589/2020

Fecha de sentencia: 10/11/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 285/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 03/11/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: MMD

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 285/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 589/2020

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

D^a. Susana Polo García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 10 de noviembre de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 285/2019 interpuesto por **Nicanor**, representado por la procuradora D^a. M^a Cruz Bepin Aldea, bajo la dirección letrada de D^a. M^a Carmen Sánchez Herrero, contra la sentencia nº 471/18 dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Zaragoza con fecha 5 de diciembre de 2018. Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 9 de Zaragoza instruyó nº Diligencias Previas de P.A. nº 691/2015, contra Pedro; contra Juana; y contra Nicanor, por los delitos de apropiación indebida e insolvencia punible y, una vez concluso, lo remitió a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Zaragoza que en el Rollo de Procedimiento Abreviado nº 74/2018 dictó sentencia con fecha 5 de diciembre de 2018 que contiene los siguientes **hechos probados**:

<<En base a la previsión contenida en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se declara probado que el acusado Pedro, mayor de edad y sin antecedentes penales, administrador único de la sociedad patrimonial RIVERAMILA S.L., constituida por tiempo indefinido en virtud de documento público de fecha veinticuatro de Marzo de 2004, adquirió a través de la citada mercantil, de sus antiguos propietarios, la mercantil PANIFICADORA LUISA S.L. en la cantidad de dos millones trescientos cincuenta mil euros, para lo cual precisó de financiación suscribiendo en fecha trece de Junio de 2006, ante el Notario de Madrid, Don Pedro de Elizalde y Aymerich, contrato de préstamo hipotecario con la entidad bancaria BANKINTER S.A., por importe de dos millones doscientos mil euros, avalándose la citada cantidad con bienes de la mercantil RIOL S.A. de la que son partícipes el acusado Pedro y sus padres, y con valor de 6.693.103'17 euros, en escritura de fecha trece de Junio de 2006. Adquirida la mercantil PANIFICADORA LUISA S.L., Pedro se constituyó administrador único de la misma.

El préstamo hipotecario fue abonándose ininterrumpidamente hasta el trece de Diciembre de 2012, momento en que se dejaron de abonar las cuotas correspondientes de amortización del préstamo a favor de BANKINTER S.A., y quedando pendiente un capital de 1.206.524'34 euros.

A cuenta de la deuda pendiente, BANKINTER S.A. procedió a ejecutar los bienes dados en garantía por los avalistas.

Por decisión de orden empresarial, PANIFICADORA LUISA, con sede exclusivamente en Zaragoza, abrió en el año 2011 una sucursal en Madrid, momento en que la misma, si bien aumentó sus ventas, también lo hizo en cuanto a sus deudas, generándose desde ese momento un desfase económico negativo que supuso que las líneas de crédito abiertas con diferentes entidades bancarias se vieran restringidas, planteándose problemas de financiación de manera que en fecha dieciocho de Noviembre de 2014 PANIFICADORA LUISA S.L. fue declarada en concurso de acreedores por el Juzgado de lo Mercantil número Uno de Zaragoza, nombrándose como administrador concursal a la entidad mercantil VAL ASESORES DE EMPRESAS S.L.P. por medio de su socio Jose Ignacio.

En sentencia de fecha dieciséis de Abril de 2015, el Juzgado de lo mercantil número uno de Zaragoza calificaba culpable el concurso de la mercantil PANIFICADORA LUISA S.L., lo que fue ratificado por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza en sentencia de fecha trece de Octubre de 2015.

Dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso necesario de PANIFICADORA LUISA S.A., Pedro dispuso de las cuentas de la citada mercantil de la cantidad de 1.337.714'84 euros a favor de la mercantil RIVERAMILA S.L. sociedad por el mismo administrada, dato así determinado en sentencia número 84/2014, de nueve de Abril, dictada por el Juzgado de lo Mercantil número Uno de Zaragoza en Procedimiento de Concurso Necesario número 383/2013, más la cantidad de 795.190'81 euros y de 150.099'88 euros, lo que hace un total de 945.290'69 euros, cantidad dispuesta directamente por Pedro en su favor y así recogida en sentencia número 130/2014, de dieciséis de Junio, dictada por el mismo Juzgado en el mismo procedimiento.

En ambos procedimientos el Juzgado de lo Mercantil número Uno declaró la rescisión de las disposiciones efectuadas a favor de RIVERAMILA S.L. y de Pedro contra las cuentas de PANIFICADORA LUISA S.L., debiendo restituir tales cantidades a la masa concursal de esta mercantil.

Del mismo modo, y dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso necesario de PANIFICADORA LUISA S.L., esta mercantil, por medio de su administrador único Pedro, ocultando la situación



de insolvencia que presentaba y a efectos de impedir que los acreedores y proveedores vieren satisfechos en todo o en parte sus expectativas crediticias, suscribió en fecha uno de Abril de 2013, contrato de arrendamiento de maquinaria industrial con opción de compra a favor de la mercantil HORNO 3000 BUSINESS CORPORATION S.L. de la que nominalmente figura como administradora única la acusada Juana , mayor de edad y sin antecedentes penales, siendo su administrador de hecho y apoderado el también acusado Nicanor , mayor de edad y sin antecedentes penales.

En la misma fecha, uno de Abril de 2013, Pedro , como administrador único de PANIFICADORA LUISA S.L. suscribió contrato de arrendamiento de la nave industrial donde PANIFICADORA LUISA realizaba su actividad a favor de la mencionada mercantil HORNO 3000 BUSINESS CORPORATION, con la nominal administradora Juana y efectivo administrador y apoderado Nicanor .

Por la firma de ambos contratos de arrendamiento, HORNO 3000 pasó a gestionar el patrimonio mobiliario e inmobiliario de PANIFICADORA LUISA, abonando aquélla las nóminas de los trabajadores de ésta.

La mercantil HORNO 3000 BUSINESS CORPORATION S.L. pertenece a su vez a la mercantil DAROCA 3 ZGZ S.L. de la que consta nominalmente como administradora única Juana y de facto Nicanor .

En escritura pública de fecha cuatro de Abril de 2013, Pedro , como administrador único de PANIFICADORA LUISA S.L., aportó la nave industrial que esta mercantil ocupaba en el desarrollo de su actividad, y valorada en 500.000 euros, como ampliación de capital de la sociedad PROMOCIONES EL PILAR 2002 S.L., administrada nominalmente por Juana , entregándole por tal aportación 118.500 participaciones sociales de dicha sociedad, las cuales fueron posteriormente vendidas a la mercantil DAROCA 3 ZGZ S.L., administrada nominalmente por Juana y de manera efectiva por Nicanor .

PANIFICADORA LUISA S.L., ocultando su situación de insolvencia económica, siguió con su actividad industrial con empresas proveedoras y celebrando contratos de compraventa a crédito en los que asumía la posición de deudor a sabiendas de su imposibilidad de hacer frente a sus deudas. Así, y a modo de ejemplo, la empresa proveedora PASTISART S.A., en fechas tres de Octubre de 2012 y doce de Febrero de 2013, facturó un total de 120.818'01 euros, de los que PANIFICADORA LUISA únicamente abonó la suma de 4.137'66 euros, libró facturas rectificativas de IVA y unos pagarés con vencimientos entre el diecinueve de Febrero y trece de Marzo de 2013, que resultaron impagados, generando unos gastos de 1.955'44 euros.

PASTISART S.A., inicialmente acusadora particular en esta causa retira su acusación al llegarse a un acuerdo transaccional.

De esta manera y hasta que se declaró el concurso necesario de PANIFICADORA LUISA S.L., ésta generó una deuda a proveedores próxima a los cuatro millones de euros.

En sentencia número 206/2014, de fecha uno de Octubre de 2014, el Juzgado de lo Mercantil número Uno de Zaragoza, en incidente del Procedimiento Concursal 383/2010, declaró la rescisión del contrato de arrendamiento de maquinaria con opción de compra formalizado por PANIFICADORA LUISA con HORNO 3000, y en sentencia número 207/2014, de la misma fecha uno de Octubre de 2014, el citado Juzgado en incidente del mismo procedimiento concursal, rescindió el contrato de arrendamiento de nave industrial suscrito entre la mercantil concursada y HORNO 3000.

En sentencia número 152/2014, de fecha treinta de Junio de 2014, el Juzgado de lo Mercantil número Uno de Zaragoza, en incidente del Procedimiento Concursal 383/2013, declaró la rescisión de la aportación de la nave industrial propiedad de PANIFICADORA LUISA como aportación no dineraria a la ampliación de capital de la sociedad PROMOCIONES EL PILAR 2002 S.L. mediante escritura pública de cuatro de Abril de 2013, con reintegro del inmueble a la masa concursal y su pertinente eficacia registral, acordando reconocer a la citada sociedad PROMOCIONES EL PILAR 2002 S.L. un crédito concursal subordinado de 118.500 euros. >>

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia, dictó el siguiente pronunciamiento:

<<CONDENAMOS a Pedro , en quien concurre la circunstancia atenuante de reparación del daño, y a Nicanor , en quien no concurren circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, como autores criminalmente responsables de un delito de Insolvencia punible, ya definido, a la pena para cada uno de ellos de UN AÑO y SEIS MESES de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, multa de DOCE MESES con una cuota diaria de SEIS EUROS y la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 del Código penal en caso de impago, y abono de las dos terceras partes de las costas ocasionadas en este juicio.

En cuanto a responsabilidad civil Pedro deberá indemnizar a los acreedores perjudicados que como tal figuran en el procedimiento concursal número 383/2013 del Juzgado de lo Mercantil número Uno de los de Zaragoza, en la parte no resarcida de sus respectivos créditos ordinarios reconocidos, cantidades éstas que devengarán

el interés legal prescrito en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, respondiendo Nicanor conjunta y solidariamente con Pedro únicamente en la cantidad de 28.000 euros

ABSOLVEMOS a Juana, del delito de Insolvencia punible por el que venía siendo acusada por el Ministerio Fiscal, y declarando de oficio un tercio de las costas de este juicio. >>

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación, por infracción de ley, y de precepto constitucional, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- La representación del recurrente, basa su recurso en los siguientes motivos:

Motivos aducidos en nombre del recurrente Nicanor:

Primero.- Por infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 y 2 de la LECrim, por cuanto en la sentencia que se recurre y dados los hechos probados se ha infringido precepto penal de carácter sustantivo, al tiempo que ha existido un error en la apreciación de la prueba atendiendo a los documentos que obran en la causa.

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, conforme el art. 852 LECrim y art. 24 CE, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 3 de noviembre de 2020.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO Nicanor

PRIMERO.- El motivo primero por infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 y 2 LECrim por cuanto la sentencia recurrida y dados los hechos probados se ha infringido precepto penal de carácter sustantivo, al mismo tiempo ha existido un error en la apreciación de la prueba atendiendo a los documentos que obran en la causa y no existiendo por su parte, otros que refrenden la errónea apreciación que se recurre.

Denuncia como primera infracción de ley que el fallo de la sentencia determina autor como cooperador necesario del delito de insolvencia punible a Nicanor, encontrándonos ante una errónea aplicación del art. 28 CP.

El recurrente no puede ser considerado autor del delito de insolvencia punible al no desprenderse de su conducta indicio delictivo alguno.

El cooperador necesario realiza una colaboración eficaz a la ejecución del delito, normalmente con actos materiales y externos de carácter necesario.

Pues bien, el Sr. Nicanor desconocía absolutamente la situación económica real de Panificadora Luisa e invirtió 60.000 € realizando una inyección de capital directa a la sociedad a fondo perdido. No hay insolvencia punible sino inversión fallida.

La nave industrial, local y bienes arrendados por el recurrente no se han alzado ni ocultado y forman parte de Panificadora Luisa.

Del mismo modo se le condena a indemnizar de forma solidaria a los acreedores perjudicados que figuran como tales en el procedimiento concursal 383/2013 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Zaragoza, en la cantidad de 28.000 €, cuando no es acreedor ni deudor de nadie, no ha generado ni contraído deudas con nadie.

No es autor penalmente del delito por el que es acusado y mucho menos responsable civil.

1.1.- Respecto al error en la apreciación de la prueba del art. 849.2 LECrim, como hemos recordado en reciente STS 423/2020, de 23-7, el motivo por error en la apreciación de la prueba exige para su prosperabilidad, según reiterada jurisprudencia, la concurrencia de los siguientes elementos:

1. Ha de fundarse en una verdadera prueba documental y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa.



2. Ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba sin tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones.

3. Que el dato que el documento acredita no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en estos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al tribunal, art. 741 LECrim.

4. Que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar, ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

Asimismo han de citarse con toda precisión los documentos con designación expresa de aquellos particulares de los que se deduzca inequívocamente el error padecido y proponerse por el recurrente una nueva redacción del factum derivada del error de hecho denunciado en el motivo. Rectificación del factum que no es un fin en si mismo sino un medio para crear una premisa distinta a la establecida y, consiguientemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna.

Por ello, el motivo por error de hecho no puede consistir en la genérica referencia a los documentos que obran en la causa, lo que excede de las previsiones de este cauce casacional, que no puede consistir en una nueva valoración de todo el conjunto acervo probatorio, convirtiendo a este tribunal casacional en segunda instancia jurisdiccional, lo que no es factible dada la estructura y configuración del recurso de casación.

1.2.- Y en cuanto a la vía casacional del art. 849.1 LECrim, este motivo obliga a respetar el relato de hechos probados, pues en este caso solo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados que han de ser los fijados al efecto por el tribunal de instancia, salvo que hayan sido corregidos previamente por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECrim -error en la apreciación de la prueba- o en vulneración del derecho a la presunción de inocencia - art. 852 LECrim y 5.4 LOPJ-.

En efecto, es doctrina jurisprudencial reiterada que el recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECrim ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un motivo de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el tribunal sentenciador.

La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida; ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juricidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos probados hubiese efectuado el tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

1.3.- El delito de insolvencia punible no se distingue sustancialmente del delito de alzamiento de bienes. La única diferencia reside en el plano formal, a saber, en el dato de que el delito de insolvencia punible requiere la declaración civil de insolvencia. Este elemento constituye una condición objetiva de punibilidad, en virtud de la cual la declaración civil de concurso transforma el estado fáctico de punibilidad, en virtud del cual la declaración civil de concurso transforma el estado fáctico de la insolvencia en condición jurídica de de concursado.

El delito del actual art. 259 -antiguo 260.1- puede ser cometido tanto por aquel que provoca o agrava la insolvencia que preexiste y determina la declaración del concurso, como por quien, una vez declarado el concurso, ejecuta actos en fraude de acreedores que intensifican la situación de insolvencia que está siendo objeto de tratamiento jurisdiccional en el ámbito civil. Dicho con otras palabras, la acción del deudor, encaminada a la defraudación de los acreedores, puede producirse en un escenario preconcursal. Pero también puede adquirir un carácter intraconcursal o postconcursal (vid. STS 494/2014, de 18-7).

La conducta típica contemplada en el antiguo art. 260.1, consistía en que un sujeto que ha sido declarado en concurso causa o agrava dolosamente la situación de crisis económica o la insolvencia que ha sido objeto de declaración concursal (en el tipo se encuentra implícita una vinculación entre la insolvencia y el auto de declaración concursal) y con independencia de que el delito concursal se encuentre configurado como un delito de lesión patrimonial, no es la gravedad ni las características de la lesión las que deben determinar la calificación penal, puesto que el eje del injusto reside en la conducta que causa o agrava dolosamente la insolvencia o la crisis económica, hasta el punto que la actual redacción del art. 259 del CP que sustituye al tipo

del art. 260 CP, lo que describe son una serie de conductas realizadas en una situación de insolvencia actual o inminente. El nuevo tipo penal castiga por un lado la relación de estas conductas por sí mismas de forma específica e introduce en el núm. 9 del art. 259 una general que expresa "realice cualquier otra conducta activa u omisiva que constituya una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y a la que sea imputable una disminución del patrimonio del deudor o por medio del cual se oculte la situación real del deudor o su actividad empresarial".

1.4.- Ahora bien, en el delito de insolvencia punible la declaración del concurso es el hito cronológico final, es decir, es la meta del concurrir comisivo que tipifica (STS 760/2015, de 3-12). De ahí que se afirme (STS 40/2008, de 25-1) que la progresión delictiva de actos que pueden integrar el mismo (sustancialmente actos de vaciamiento patrimonial en perjuicio de acreedores) dirigidos todos ellos a una insolvencia generalizada del deudor, que se causa o agrava dolosamente, concluye precisamente con la declaración de quiebra (actualmente concurso) declarado judicialmente. En el plano objetivo del injusto la acción del deudor, encaminada a la defraudación de los acreedores, puede producirse en un escenario preconcursal (STS 494/2014, de 18-6).

1.5.- El delito de insolvencia punible constituye una modalidad de las insolvencia que, como delito especial propio, requiere en el autor la condición de deudor, por más que se extienda a quien actúa "en nombre de éste". En ambos casos, bien el autor, bien quien actúa en su nombre, debe ostentar y actuar en el ejercicio del dominio social, lo que no ocurrirá si sus actos los lleva a cabo exclusivamente en su propio y personal interés, en cuyo caso serán otras las figuras penales cuya comisión ha de considerarse (STS 756/2014, de 28-10).

1.6.- Objetivamente se requiere que el comportamiento del autor sea la causa de una situación de crisis o insolvencia del deudor, resultado que pueda imputársele a aquél, porque haya dado lugar ilícitamente al riesgo de tal situación con derivado perjuicio para las posibilidades de satisfacción del crédito de terceros contra el deudor, tanto si se determina ese resultado, como si el producido meramente agrava la crisis o insolvencia de otro origen.

- Subjetivamente se requiere que la imputación derive del actuar doloso del sujeto, un dolo que puede mostrarse genéricamente como conciencia y voluntad referidas al resultado de la crisis o insolvencia y no solamente a otro resultado inmediato del acto. La relación entre ese elemento subjetivo y el perjuicio de los acreedores no ha de manifestarse necesariamente como directamente encaminado a la causación de éste, pues nada impide que el incremento del riesgo se deba a un dolo eventual. Pero, ya como directo, ya como eventual, el dolo ha de referirse a la producción de la insolvencia y a su consecuencia, el fracaso de las pretensiones de cobro por los acreedores. Es decir, el elemento subjetivo, doloso, ha de abarcar lo que se puede considerar un doble resultado: insolvencia del deudor y perjuicio del acreedor, sin que aparezca exigible un específico elemento subjetivo tendencial de causar perjuicio a los acreedores (STS 756/2014, de 28-10).

1.7.- Por último, a los efectos de la eventual persecución penal de un concursado, lo esencial no es ya el dato jurídico formal del resultado del juicio que su gestión empresarial mereciera al juez mercantil, sino la efectiva calidad de ésta, evaluada de manera autónoma en el marco de la causa penal que se hubiera abierto al respecto (STS 145/2009, de 18-2). Esto no quiere decir que el contenido de las actuaciones seguidas en aquella jurisdicción y su resultado sean inútiles o indiferentes. Por el contrario, podrían ser de indudable utilidad, siempre que como es lo más normal, arrojen luz sobre las peculiaridades de la conducta a examen. Es decir, pese a que eventualmente pueda ser valorada esa calificación como prueba reveladora del ánimo del concursado, la mera calificación civil del concurso no supone automáticamente su aceptación en vía penal, ni siquiera suministra una presunción probatoria, gozando la jurisdicción penal de plena soberanía para evaluar el carácter delictivo o no del concurso previamente calificado en otro orden jurisdiccional (STS 162/2013, de 21-4).

Esta separación entre los ilícitos civiles y penales se establece en el art. 163.2 de la Ley Concursal 22/2003, cuando dice que "el concurso se calificará como fortuito o como culpable" pero que "la calificación no vincula a los jueces y tribunales del orden jurisdiccional penal que, en su caso, entiendan de las actuaciones del deudor que pudieran ser constitutivas del delito". Esta afirmación coincide con lo que decía el art. 260 CP en los apartados 3 y 4 y el actual apartado 6 del art. 259 "En ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso concursal vinculará a la jurisdicción penal"- en los que se consagra la independencia del proceso penal respecto al civil -mercantil- y la desaparición de la condición objetiva de perseguibilidad que se consideraba incluida en los arts. 520 y 521 del CP de 1973. Ahora tanto "este delito" como los delitos singulares relacionados con él (falsedades, apropiaciones, alzamiento, etc) podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del proceso civil y sin perjuicio de la continuación de éste.

SEGUNDO.- En el caso que nos ocupa, en los hechos probados, después de describir la conducta del coacusado Pedro , calificada en la sentencia como de autoría de un delito de insolvencia punible del art. 259.1, 2 y 5 CP



vigente, como administrador único de la mercantil Panificadora Luisa SL que culminó con su declaración en concurso de acreedores por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Zaragoza en fecha 18-11-2014, declaración que fue calificada como culpable en sentencia de 16-4-2015 por el mismo Juzgado de lo Mercantil, lo que fue ratificado por sentencia de 13-10-2015 de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, detalla la actuación llevada a cabo por este recurrente Nicanor :

"Del mismo modo, y dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso necesario de PANIFICADORA LUISA S.L., esta mercantil, por medio de su administrador único Pedro , ocultando la situación de insolvencia que presentaba y a efectos de impedir que los acreedores y proveedores vieren satisfechos en todo o en parte sus expectativas crediticias, suscribió en fecha uno de Abril de 2013, contrato de arrendamiento de maquinaria industrial con opción de compra a favor de la mercantil HORNO 3000 BUSINESS CORPORATION S.L. de la que nominalmente figura como administradora única la acusada Juana , mayor de edad y sin antecedentes penales, siendo su administrador de hecho y apoderado el también acusado Nicanor , mayor de edad y sin antecedentes penales.

En la misma fecha, uno de Abril de 2013, Pedro , como administrador único de PANIFICADORA LUISA S.L. suscribió contrato de arrendamiento de la nave industrial donde PANIFICADORA LUISA realizaba su actividad a favor de la mencionada mercantil HORNO 3000 BUSINESS CORPORATION, con la nominal administradora Juana y efectivo administrador y apoderado Nicanor .

Por la firma de ambos contratos de arrendamiento, HORNO 3000 pasó a gestionar el patrimonio mobiliario e inmobiliario de PANIFICADORA LUISA, abonando aquélla las nóminas de los trabajadores de ésta.

La mercantil HORNO 3000 BUSINESS CORPORATION S.L. pertenece a su vez a la mercantil DAROCA 3 ZGZ S.L. de la que consta nominalmente como administradora única Juana y de facto Nicanor .

En escritura pública de fecha cuatro de Abril de 2013, Pedro , como administrador único de PANIFICADORA LUISA S.L., aportó la nave industrial que esta mercantil ocupaba en el desarrollo de su actividad, y valorada en 500.000 euros, como ampliación de capital de la sociedad PROMOCIONES EL PILAR 2002 S.L., administrada nominalmente por Juana , entregándole por tal aportación 118.500 participaciones sociales de dicha sociedad, las cuales fueron posteriormente vendidas a la mercantil DAROCA 3 ZGZ S.L., administrada nominalmente por Juana y de manera efectiva por Nicanor .

PANIFICADORA LUISA S.L., ocultando su situación de insolvencia económica, siguió con su actividad industrial con empresas proveedoras y celebrando contratos de compraventa a crédito en los que asumía la posición de deudor a sabiendas de su imposibilidad de hacer frente a sus deudas. Así, y a modo de ejemplo, la empresa proveedora PASTISART S.A., en fechas tres de Octubre de 2012 y doce de Febrero de 2013, facturó un total de 120.818'01 euros, de los que PANIFICADORA LUISA únicamente abonó la suma de 4.137'66 euros, libró facturas rectificativas de IVA y unos pagarés con vencimientos entre el diecinueve de Febrero y trece de Marzo de 2013, que resultaron impagados, generando unos gastos de 1.955'44 euros.

PASTISART S.A., inicialmente acusadora particular en esta causa retira su acusación al llegarse a un acuerdo transaccional.

De esta manera y hasta que se declaró el concurso necesario de PANIFICADORA LUISA S.L., ésta generó una deuda a proveedores próxima a los cuatro millones de euros.

En sentencia número 206/2014, de fecha uno de Octubre de 2014, el Juzgado de lo Mercantil número Uno de Zaragoza, en incidente del Procedimiento Concursal 383/2010, declaró la rescisión del contrato de arrendamiento de maquinaria con opción de compra formalizado por PANIFICADORA LUISA con HORNO 3000, y en sentencia número 207/2014, de la misma fecha uno de Octubre de 2014, el citado Juzgado en incidente del mismo procedimiento concursal, rescindió el contrato de arrendamiento de nave industrial suscrito entre la mercantil concursada y HORNO 3000.

En sentencia número 152/2014, de fecha treinta de Junio de 2014, el Juzgado de lo Mercantil número Uno de Zaragoza, en incidente del Procedimiento Concursal 383/2013, declaró la rescisión de la aportación de la nave industrial propiedad de PANIFICADORA LUISA como aportación no dineraria a la ampliación de capital de la sociedad PROMOCIONES EL PILAR 2002 S.L. mediante escritura pública de cuatro de Abril de 2013, con reintegro del inmueble a la masa concursal y su pertinente eficacia registral, acordando reconocer a la citada sociedad PROMOCIONES EL PILAR 2002 S.L. un crédito concursal subordinado de 118.500 euros."

2.1.- Siendo así, la sentencia recurrida en el fundamento de derecho cuarto califica tal conducta como cooperador necesario del art. 28 b) CP, pues el mismo contribuye al hecho criminal con actos sin los cuales éste no hubiese podido realizarse. Y entiende que tal aportación es esencial por cuanto "es el administrador de facto de las mercantiles Horno 3000, Promociones El Pilar 2002, y Daroca 3 ZGZ y sin su anuencia y participación



no habría sido factible la realización de las transmisiones y contratos realizados por Pedro en aras a evitar el pago de las deudas generadas por la mercantil concursada."

Pronunciamiento correcto. En efecto, hemos dicho en SSTs 776/2011, de 20-7; 927/2013, de 11-12; 158/2014, de 12-3; 114/2015, de 30-6; 487/2015, de 20-7; 519/2015, de 23-9; 415/2016, de 17-5, que la diferencia entre la coautoría y la cooperación o la participación radica en el carácter, o no, subordinado del partícipe a la acción del autor. Será coautor quien dirija su acción a la realización del tipo, con dominio de la acción, que será funcional si existe división de funciones entre los intervinientes pero todas con ese dominio de la acción característico de la autoría (STS 590/2004, de 6-5) y se concreta que "existe cooperación necesaria cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido (teoría de la *condictio sine qua non*), cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos) o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito retirando su concurso (teoría del dominio del hecho).

Por ello, aparentemente, los cooperadores necesarios tendrían lo mismo que los coautores, el dominio del hecho, dado que se podría pensar, si alguien hace una aportación al hecho sin la cual este no se hubiera podido cometer, retirando su aportación, impediría que el hecho se llevara a cabo. Si esto fuera así, su dominio (funcional) del hecho parecería claro, pero, al mismo tiempo, la distinción entre coautores y cooperadores necesarios sería prácticamente imposible y dogmáticamente innecesaria.

Sin embargo, en el sistema de derecho vigente, la distinción es dogmáticamente necesaria. Como se ha señalado en la doctrina, el dominio del hecho depende no solo de la necesidad de la aportación para la comisión del delito, sino también del momento en el que la aportación se produce. Por esta razón, el que hace una aportación decisiva para la comisión del delito en el ámbito de la preparación, sin participar luego directamente en la ejecución, no tiene, en principio, el dominio del hecho, pues en la fase ejecutiva, la comisión del delito ya está fuera de sus manos. Consecuentemente si la aportación necesaria se ha producido en la etapa de preparación, el agente que realiza una aportación necesaria será un partícipe necesario, pero no coautor.

De esta manera se explica que la distinción entre cooperador necesario y cómplice no debe ser apoyada en la noción de dominio del hecho. Lo que distingue al cooperador necesario del cómplice, no es el dominio del hecho, que ni uno ni otro tienen. Lo decisivo a este respecto es la importancia (la relevancia) de la aportación en la ejecución del plan del autor o autores.

En otras palabras: el dominio del hecho no se determina solo mediante causalidad. Por lo tanto, la cuestión de si el delito se hubiera podido cometer o no sin la aportación debe ser considerada dentro del plan del autor que recibe la cooperación. Si en el plan la cooperación resulta necesaria, será de aplicación el art. 28.2 b). Si no lo es, será aplicable el art. 29. No se trata, en consecuencia, de la aplicación del criterio causal de la teoría de la "*condictio sine qua non*", sino de la necesidad de la aportación para la realización del plan concreto (SSTs 563/2015, de 24-9; 645/2015, de 30-10).

Y desde el punto de vista subjetivo, en la conducta del partícipe se exigen dos elementos, un doble dolo, según ha explicado con plasticidad en la doctrina y en pronunciamientos de esta Sala, aunque su significado no se corresponde con una exigencia de intensidad. Significa una doble proyección de la tipicidad subjetiva del partícipe. Es preciso que el sujeto conozca el propósito criminal del autor y que su voluntad se oriente a contribuir con sus propios actos, de un modo consciente, a la realización de aquel (SSTs 64/2014, de 11-2; 442/2014, de 2-6).

En definitiva, cuando se trata de participación, el dolo -que puede ser eventual- deberá manifestarse en el conocimiento, de un lado, de la probable intención del autor principal y, además, de otro lado, en el de las probables consecuencias de su aportación respecto a la ejecución por el autor principal de un hecho mínimamente determinado. En esta identificación del hecho del autor, directamente relacionada con la aportación del cooperador, lo que permite considerar que se trata de peligro concreto. Por lo tanto, el partícipe debe conocer que existe el peligro concreto de realización del tipo por parte del autor principal y que su aportación significa un incremento de tal riesgo. La importancia de su aportación reflejada en el nivel de incremento del riesgo, determinará la imputación como cooperadora necesaria o en un nivel inferior, como cómplice (STS 503/2008, de 17-7).

2.2.- En el caso actual, como razona la sentencia, fundamento jurídico tercero, "la prueba practicada en el plenario denota la existencia de un ánimo evasivo de los bienes de Panificadora Luisa, quien viene operando como tal frente a terceros, pero interponiendo en su actuar otra mercantil como es Horno 3000 -administrada de hecho por el recurrente- asumiendo la posición de deudora frente a sus proveedores de manera que confiados los mismos en la solvencia económica de la concursada, celebraban contratos de suministros con ésta cuando no podían responder a los mismos."

En efecto, los arrendamientos de la nave y de los bienes de Panificadora Luisa a favor de la empresa Horno 3000, administrada de manera efectiva por Nicanor, de los que no consta la existencia de contraprestación efectiva, la aportación de la nave industrial en la que la mercantil concursada realizaba su actividad, nave valorada en 500.000 € en la sentencia de 30-6-2014 del Juzgado de lo Mercantil, el 4-4-2013 como ampliación de capital de Promociones el Pilar 2002 SL -administrada de facto por el recurrente- por 118.000 € en participaciones sociales de esta entidad, participaciones que son adquiridas por la mercantil Daroca 3 ZGZ SL, cuyo administrador de facto es también Nicanor y que, a su vez, participa en la mercantil Horno 3000, lo que implica un claro fraude de acreedores, corroborado por esa transmisión de lo percibido por la aportación de la nave industrial a sociedad cuya administración recae en las mismas personas en todos los casos.

Consecuentemente las actividades descritas conforman un entramado societario que pretendió continuar con una actividad industrial sin visos de solución y si la misma continuó lo fue durante el tiempo que los acusados estimaron necesario para poder detraer y ocultar los bienes de la mercantil concursada y sin la intervención del acusado Nicanor ello no habría sido posible.

TERCERO.- Razonamiento acertado, la participación del "extraneus" en la actividad delictiva de la insolvencia punible como cooperador necesario se ha reconocido en la doctrina y la jurisprudencia cuando se trata de personas que de acuerdo con el deudor, colaboran eficazmente con éste para frustrar los legítimos derechos de los acreedores de suerte que sin este concurso no hubiera podido llevarse a cabo la acción delictiva (SSTS 516/2002, de 23-3; 1962/2002, de 21-11; 1564/2005, de 4-1).

Por ser el delito del art. 259 CP un delito especial propio, el tercero partícipe que coadyuve con un concursado individual o con los actores directos del ente social a la acción de insolvencia, se regirán por las normas comunes de la participación y asumirán por ende, la cualidad de cooperadores necesarios (o cómplices), (STS 1322/2004, de 10-11).

El motivo, por lo expuesto, debería ser desestimado. No obstante, la voluntad impugnativa del recurrente permite a esta Sala corregir en beneficio del reo cualquier error de derecho suficientemente constatado (SSTS 1044/98, de 18-9; 401/99, de 10-4; 306/2000, de 22-2; 268/2001, de 19-2; 139/2009, de 24-2; 625/2010, de 6-7) por cuanto esta Sala casacional, con asunción de su plena jurisdicción, puede entrar en el estudio de una cuestión jurídica de obligado estudio y resolución y que forma parte de la demanda de justicia, inevitablemente unida a la tutela judicial efectiva que, como derecho fundamental, implícitamente está asumido por el acusado al formular la pretensión revocatoria.

Siendo así, partiendo de que la participación en los delitos especiales propios ha sido admitida por la jurisprudencia de esta Sala, el Código Penal contiene una específica previsión normativa, art. 65.3 del CP, que establece, con carácter general, la posibilidad de punir, como inductores o como cooperadores necesarios, a los "extraneus" que participan en el concepto indicado, en aquellos delitos, previendo la posibilidad de reducir la penalidad como lo había hecho la jurisprudencia de esta Sala a partir de la sentencia del caso de la construcción de Burgos disponiendo una atenuación de análoga significación por la no condición de funcionario público, es decir, del título especial del autor -en este caso deudor en concurso- que no concurre en el extraneus. La modificación del precepto en la reforma de 2010 posibilitó y aclaró las dudas que pudieran existir al respecto, ya solucionadas por la interpretación jurisprudencial del tipo penal, por otra parte lógica, toda vez que el concierto a que alude el tipo penal se refiere a personas afectadas por la específica relación o condición y a personas ajenas a esta relación para perjudicar los intereses de terceros, y aunque los primeros infringen un deber, los segundos colaboran en la conducta, previendo la ley y, antes la jurisprudencia, la posibilidad de una atenuación (vid. STS 185/2016, de 4-3). La especificación por la reforma no invalida la posibilidad de aplicación de los tipos penales especiales propios a las personas en las que no concurre el elemento especial, con la posibilidad de atenuación de la pena (STS 63/2017, de 8-2).

Es cierto que el legislador no ha impuesto con carácter imperativo la rebaja de la pena, hecho que se desprende con facilidad de la utilización del vocablo "podrán" pero la regla general solo deberá ser excluida por el tribunal, explicando de forma motivada, la concurrencia de razones añadidas que desplieguen mayor intensidad frente a la aconsejada rebaja de la pena derivada de la condición de tercero del partícipe (SSTS 494/2014, de 18-6; 508/2015, de 27-7; 891/2016, de 25-11).

Circunstancias que no concurrirían en el caso analizado, lo que implicaría la aplicación de la rebaja penológica del art. 65.3 al recurrente, con nueva individualización penológica a realizar en la segunda sentencia.

CUARTO.- El motivo segundo por infracción de precepto constitucional conforme el art. 852 LECrim y art. 24 CE por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva ya que ha sido omitida en la sentencia y por tanto no se ha valorado la escritura aportada por la defensa en el plenario, referente a la aportación de 60.000 € realizada por el Sr. Nicanor, circunstancia esencial para mantener incólume la presunción de inocencia del acusado.

Argumenta que dicha escritura no es sino una prueba más para demostrar que el recurrente era desconocedor de la situación de Panificadora Luisa y que su única intención era invertir.

El motivo deviene inadmisibile.

El ámbito de conocimiento de la Sala de casación cuando se alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia queda delimitado por estos tres aspectos:

a) la comprobación de si el juzgador de instancia contó con suficiente prueba de cargo, aunque fuese mínima para dictar un fallo condenatorio. Ello integra la afirmación de que la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal, corresponde exclusivamente a la parte acusadora.

b) la comprobación de que tales pruebas se han obtenido sin violar derechos fundamentales, lo que las haría inválidas a los efectos probatorios, debiendo estar incorporadas dichas pruebas con respeto a los principios de inmediación y contradicción.

c) constatación de la racionalidad de las deducciones y conclusiones alcanzadas por la Sala sentenciadora, lo que es de mayor importancia en los supuestos de prueba indiciaria. Y el límite del control casacional en materia de presunción de inocencia está precisamente en el intento de nueva valoración de la prueba, lo que pertenece en exclusiva al tribunal sentenciador.

En el caso presente, tal como ya hemos referido en el motivo precedente, la sentencia de instancia (fundamentos jurídicos 3 y 4) explica de forma racional el proceso lógico que la lleva a entender probada la participación del recurrente en el delito de insolvencia punible por el que ha sido condenado el autor principal Pedro , sin que en el motivo se señale la ubicación del documento en las actuaciones al no señalarse folio alguno, ni qué persona realizó esa aportación, fecha de la escritura y de la operación realizada y con qué finalidad, por lo que esta Sala no puede evaluar en qué modo y con qué alcance podría afectar a la presunción de inocencia del Sr. Nicanor .

QUINTO.- Estimándose parcialmente el recurso, las costas se declaran de oficio (art. 901 LECrim).

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º) Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de **Nicanor** , contra la sentencia nº 471/18 dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Zaragoza con fecha 5 de diciembre de 2018.

2º) Se declaran las costas de oficio.

Comuníquese dicha resolución, a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Andrés Palomo Del Arco Susana Polo García Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

RECURSO CASACION núm.: 285/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

D^a. Susana Polo García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 10 de noviembre de 2020.

Esta sala ha visto el Rollo de Procedimiento Abreviado nº 74/2018 seguido por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Zaragoza dimanante de Diligencias Previa de P.A. nº 691/2015 instruido por el Juzgado de Instrucción nº 9 de Zaragoza por los delitos de apropiación indebida e insolvencia punible, contra Pedro, con DNI nº NUM000, nacido en Madrid el NUM001 /1969, hijo de Celso y de Laura; contra Juana, con DNI nº NUM002, nacida en Zaragoza el NUM003 /1962, hija de Edmundo y de Macarena; y contra Nicanor, con DNI nº NUM004, nacido en Cuenca el NUM005 /1953, hijo de Eulalio y de Melisa, en la cual se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 5 de diciembre de 2018, que ha sido recurrida en casación por el condenado Nicanor, y ha sido **casada y anulada parcialmente** por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se acepta la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Tal como se ha razonado en el fundamento de derecho tercero, procede la aplicación al recurrente del art. 65.3 CP con la rebaja penológica de un grado.

Entiende la Sala como procedentes las penas de 9 meses de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y 6 meses de multa con cuota diaria de 6 euros.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido **Manteniendo** el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida, **condenar a Nicanor** como cooperador necesario de un delito de insolvencia punible a las penas de 9 meses de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y 6 meses de multa con cuota diaria de 6 euros.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Andrés Palomo Del Arco Susana Polo García Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

- **Recurso de Nulidad N° 1483-2017-Lima/Sala Penal Permanente**, de fecha 29.11.2017 (Ponente: Neyra Flores).

Conforme a la Corte Suprema, en la fecha de los hechos el delito de autolavado se tipificó conforme al Convenio de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), contra el tráfico ilícito de drogas de mil novecientos noventa y ocho, acogido por el Acuerdo Plenario N° 7-2011.



Sumilla. En la fecha de los hechos el delito de autolavado se tipificó conforme al Convenio de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), contra el tráfico ilícito de drogas de mil novecientos noventa y ocho, acogido por el Acuerdo Plenario número siete-dos mil once/CJ-ciento dieciséis, conforme al artículo cincuenta y cinco de la Constitución Política. Además, el Colegiado Superior no analizó las circunstancias del hecho imputado ni valoró adecuadamente las pruebas compulsadas respecto al delito de lavado de activos provenientes del tráfico ilícito de drogas. Por lo tanto, corresponde un nuevo juicio oral.

Lima, veintinueve de noviembre de dos mil diecisiete

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por la Segunda Fiscalía Superior Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, a fojas trece mil ciento cuarenta y dos, contra la sentencia del veintisiete de marzo de dos mil dieciséis, emitida por la Segunda Sala Penal Liquidadora, en los extremos que declaró:

1. Fundada por mayoría la excepción de naturaleza de acción interpuesta por José Luis Aybar Cancho y Luis Frank Aybar Cancho en el extremo de la acusación fiscal por el delito de lavado de activos, en calidad de autores (autolavado), proveniente del delito de tráfico ilícito de drogas; y
2. Absuelve por mayoría a Lilliana Villarreal Landeo de Aybar, Marisol Cabrejos Torres de Aybar, Carmen Astrit Aybar Cancho, Ana Doris Aybar

Cancho y Pedro Celestino Aybar Galiano (a quien se le levanta la reserva del presente proceso), como presuntos autores del delito de lavado de activos-actos de ocultamiento y tenencia en agravio del Estado, proveniente del delito de tráfico ilícito de drogas. Intervino como ponente el señor Juez Supremo Neyra Flores.

CONSIDERANDO

PRIMERO. Que el representante del Ministerio Público, en su recurso formalizado, a fojas trece mil ciento cuarenta y dos, señaló lo siguiente:

1.1. Se encontró probada la adquisición de distintos inmuebles por los procesados:

1.1.1. Marisol Cabrejos Torres, quien tiene a su nombre el inmueble ubicado en Mi Perú, manzana H dos, lote cuatro-Grupo "H", Ventanilla, Callao, adquirido el diez de noviembre de mil novecientos noventa y nueve por la suma diez mil dólares americanos; los departamentos cuyos números son cuatrocientos uno y cuatrocientos dos, ubicados en la avenida Circunvalación número seiscientos sesenta y nueve, Santiago de Surco, adquiridos el diecinueve de noviembre de mil novecientos noventa y nueve por setenta y tres mil ochocientos dólares americanos, suma de dinero que fue producto del tráfico de armas a favor de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC).

1.1.2. Ana Doris Aybar Cancho tiene a su nombre el local comercial ubicado en Coronel Juan Pascal Pringles número dos mil cuarenta y ocho, La Molina, adquirido el veintidós de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, por la suma de treinta y seis mil dólares americanos, con ganancias del tráfico ilegal de armas a favor de la FARC.



1.1.3. **Liliana Villarreal Landeo de Aybar**, quien invirtió en el inmueble ubicado en la manzana J, lotes tres y cuatro de la cooperativa Aprovisa, la suma de ochenta mil dólares americanos.

1.1.4. **Carmen Astrit Aybar Cancho**, quien tiene a su nombre el inmueble ubicado en la manzana J, lotes tres y cuatro de la cooperativa de vivienda Aprovisa en La Molina, adquirido el dieciséis de julio de dos mil uno, por la suma de veinticinco mil dólares americanos.

1.2. No se encontró justificada la procedencia del dinero para la adquisición y construcción del inmueble en la cooperativa de vivienda Aprovisa en La Molina, pues Carmen Astrit Aybar Cancho recibió dinero de sus hermanos José Luis Aybar Cancho y Luis Frank Aybar Cancho, que era producto del tráfico ilícito de drogas y del tráfico ilegal de armas desde el año dos mil, debiendo presumir la procedencia del dinero.

1.3. Además, en el año mil novecientos noventa y nueve, conforme a la Unidad de Inteligencia Financiera, recibió diecinueve mil ochocientos veinte nueve dólares americanos por sujetos de su entorno familiar.

1.4. El procesado Pedro Celestino Aybar Galiano alegó que solo aportó dos mil dólares americanos mientras que su hija corrió con los gastos de la construcción con un aporte de veinte mil dólares americanos.

1.5. Asimismo, los procesados Pedro Celestino Aybar Galiano y Ana Doris Cancho de Aybar vendieron, en el año mil novecientos noventa y ocho, la oficina número setecientos tres, ubicada en Paseo de la República número doscientos noventa y uno, por la suma de cincuenta mil dólares americanos, que en retroventa fue adquirida en el año dos mil por ese mismo precio. Además, son propietarios del inmueble en la manzana J dos, lote treinta y uno con frente al malecón Lurín, Cieneguilla, adquirido



en el año mil novecientos noventa y nueve por la suma de sesenta mil dólares americanos. No han podido sustentar el origen del dinero para adquirir estos inmuebles, por lo que habrían recibido dinero ilícito de sus hijos José Luis Aybar Cancho y Frank Luis Aybar Cancho, proveniente del narcotráfico y tráfico ilegal de armas.

1.6. En esa línea, los hermanos José Luis Aybar Cancho y Frank Luis Aybar Cancho tienen un proceso penal por el delito de conspiración al tráfico ilícito de drogas en los Estados Unidos de América. La empresa Nippon Corporation sirvió de fachada para legitimar fondos de procedencia ilícita, versión expuesta por el agente de la DEA Arturo Iparraguirre Guimanez (contenido del Informe UIF número seis-dos mil cinco/conjunta).

1.7. Finalmente, se tiene la declaración de Óscar Lizardo Benites Linares, en la cual señala que en una operación de inteligencia de la Administración para el Control de Drogas (DEA) invitó a Luis Frank Aybar Cancho a un despacho de drogas con la intención de que sea capturado en los Estados Unidos. Sin embargo, ambos hermanos estaban involucrados en el tráfico ilícito de drogas que salía de Colombia con destino a Rusia, llegando hasta Jordania, que motivó la presentación de cargos ante la Corte Distrital de Columbia.

SEGUNDO. La acusación fiscal, a fojas diez mil setecientos cuarenta y ocho, imputa que los procesados José Luis Aybar Cancho y Luis Frank Aybar Cancho habrían cometido el delito de lavado de activos, en la modalidad de actos de conversión o transferencia, establecido en el artículo uno de la Ley número veintisiete mil setecientos sesenta y cinco-Ley penal contra el lavado de activos, concordado con la agravante



consignada en el último párrafo del artículo tres de la referida Ley, pues durante los años mil novecientos noventa y siete al dos mil estuvieron involucrados en actividades de narcotráfico y tráfico ilegal de armas.

TERCERO. Los citados procesados habrían entregado más de diez mil rifles modelo AK-cuarenta y siete a las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), a cambio de cocaína y dinero en efectivo, armamento adquirido en Jordania y entregado bajo la modalidad de "drapla" (carga desembarcada en paracaídas de avión en vuelo), en Colombia. Se realizaron cuatro vuelos, siendo el primero en el año mil novecientos noventa y nueve, donde una aeronave de origen ruso (de matrícula UR-UCE-IL-setenta y seis) llegó a aterrizar después de su entrega en el aeropuerto de Iquitos, con fecha diecisiete de marzo de mil novecientos noventa y nueve, y las tres siguientes en el aeropuerto de Lima, con fecha de llegada cinco de junio, veintidós de julio y cuatro de agosto de mil novecientos noventa y nueve. Estos hechos fueron informados por el sentenciado exagente de la DEA Óscar Lizardo Benites Linares, el veinticuatro de mayo de dos mil uno, ante el grupo de trabajo "Narcotráfico"-sexta sesión secreta del Congreso de la República, que obra a fojas cuatrocientos noventa y uno, agregando que el cargamento de armas bajaba hacia Barrancominas y se intercambiaba por la droga.

CUARTO. Además de la declaración testimonial de Hugo de Rojas Guedes, realizada ante la comisión investigadora encargada de cumplir las conclusiones y recomendaciones de las cinco comisiones



investigadoras, del periodo de gobierno del expresidente Alberto Fujimori Fujimori-sesión reservada, llevada en el Congreso de la República el veintiséis de junio de dos mil tres, señaló que los fondos que venían del exterior, fruto de la venta del narcotráfico, eran utilizadas a través de la Compañía Nippon Corporation S. A.¹ los procesados José Luis y Luis Frank Aybar Cancho la utilizaron como fachada para realizar sus actividades ilícitas y ocultar así la procedencia ilegal de sus ganancias, además sus familiares fundaron las empresas Nippon Textil S. A.² y Corporación Internacional de Espectáculos S. A. C. (CORPINDES S. A. C.)³, donde también ingresó dinero ilícito.

QUINTO. Sumado a ello, los procesados, con las ganancias ilícitas obtenidas del comercio ilegal de drogas y de armas, decidieron invertir en la compra de bienes inmuebles, utilizando como testaferros a Marisol Cabrejos Torres de Aybar (esposa de José Luis Aybar Cancho), Ana Doris

¹ La empresa Nippon Corporation S. A. fue constituida el diecinueve de enero de mil novecientos noventa y tres. Sus socios fundadores fueron Rosa Mercedes Rengifo Lamas, Lilliana Villarreal Landeo y Marisol Cabrejos Torres. Contaba inicialmente con un capital de diez mil soles y como objeto social se dedicaba a todo tipo de actividades industriales, artesanales, etc. (fojas doscientos diez), y que mediante escritura pública del veintidós de marzo de dos mil se aumentó el capital por un monto de ciento sesenta y cinco mil nuevos soles (fojas doscientos doce).

² La empresa Nippon Textil S. A. fue constituida el catorce de mayo de mil novecientos noventa y seis. Sus socios fundadores fueron Héctor Franz Aybar Cancho y Lilliana Villarreal Landeo, con un capital social de siete mil trescientos soles (fojas doscientos nueve).

³ La Corporación Internacional de Espectáculos S. A. C. (CORPINDES S. A. C.) fue constituida el veintiocho de mayo de mil novecientos noventa y ocho. Sus socios fueron Ivachine Víctor Raschivkine Viatcheslav y el procesado Luis Frank Aybar Cancho, con un capital social de treinta mil soles.



Aybar Cancho, Carmen Astrit Aybar Cancho (hermanas de ambos acusados) y Pedro Celestino Aybar Galliano (padre de los procesados), quienes adquirieron inmuebles con la finalidad de ocultar el origen o procedencia ilícita del dinero. Asimismo, la procesada Lilita Villarreal Landeo de Aybar (esposa de Luis Frank Aybar Cancho) invirtió en la construcción del inmueble de su propiedad, con el dinero ilícito; por tanto, se les imputó el delito de lavado de activos-actos de tenencia y ocultamiento, establecido en el artículo dos de la Ley número veintisiete mil setecientos sesenta y cinco (Ley penal contra el lavado de activos, vigente en la fecha de los hechos).

SEXTO. En ese sentido, los hermanos José Luis y Luis Frank Aybar Cancho habrían adquirido inmuebles a nombre de sus familiares Lilita Villarreal Landeo de Aybar, Marisol Cabrejos Torres de Aybar y Ana Doris Aybar Cancho, especificados en el considerando primero; y usaron las empresas de fachada Nippon Corporation S. A., Nippon Textil S. A. y Corporación Internacional de Espectáculos S. A. C. (CORPINDES S.A.C.), indicadas en el considerando cuarto para otorgar una apariencia de legalidad a la procedencia ilícita de sus activos.

PRUEBAS ACTUADAS EN EL PROCESO

SÉPTIMO. Las pruebas que se actuaron en el proceso fueron:

7.1. La declaración testimonial de Manuel Adolfo Aybar Marca, a nivel de juicio oral, el diecisiete de agosto de dos mil quince, quien refirió que la señora Ana Doris Aybar Cancho es su cónyuge y esta realizaba



actividades en el rubro textil, adquiriendo un inmueble en Huancayo y luego en el año mil novecientos noventa y nueve un local comercial ubicado en la avenida Coronel Juan Pascal Pringles, La Molina, que el origen del dinero lo proporcionó su persona, pues tiene ingresos por su profesión de más de treinta años de abogado y contador público, además que es pensionista de la Ley número veinte cinco treinta como Fiscal, cuenta con suficientes ahorros, pues entregó los cuarenta mil dólares a su esposa, y esta le refirió que había sido puesta como fundadora de la empresa Nippon Corporation, desconocía si participaba de la empresa Corpindes; sin embargo, ella no necesitaba los ingresos de sus hermanos ni inmiscuirse en actividades ilícitas, pues él sustentaba sus gastos.

7.2. La declaración testimonial de Óscar Lizardo Benites Linares, a nivel de juicio oral, el treinta y uno de agosto de dos mil quince. Refirió que no colaboraría con la justicia porque en una oportunidad le prometieron beneficios por su colaboración eficaz que nunca se cumplieron. Declaró en un cuaderno de arrepentimiento y en el Congreso, pero no brindó mayores detalles y guardó silencio.

7.3. La declaración de Pepe Manuel Fuente Ganoza, a nivel de juicio oral, el quince de septiembre de dos mil quince, quien indicó ser comandante de la Policía Nacional del Perú y de la red internacional contra el narcotráfico a nivel mundial. Trabajó en el Servicio Nacional de Inteligencia (SIN) durante los años mil novecientos noventa y uno a dos mil, que uno de sus blancos fueron los hermanos Aybar Cancho. En el año mil novecientos noventa y ocho ejecutó el Plan Siberia, donde



producto de las investigaciones logró determinar que los citados, junto a colombianos y mexicanos, habían construido pistas de aterrizaje para el transporte de drogas.

7.4. La declaración testimonial de Carlos Anselmo Ortega Soto, a nivel de juicio oral, el veintisiete de octubre de dos mil quince. Señaló que es apoderado de la empresa Aprovisa y que los lotes tres y cuatro de la manzana J fueron adjudicados en un primer momento a la señora Liliana Villarreal, quien adquirió los lotes entre los años mil novecientos noventa y dos y mil novecientos noventa y tres, pagó la suma de cuatro mil dólares americanos. Sin embargo, en los registros públicos se consignó como precios de cada lote el monto de veinticinco mil dólares americanos por un acuerdo de la asamblea de socios, que necesitaban el valor referencial del terreno en el mercado para su inscripción en Cofopri; asimismo, la procesada Carmen Astrif Aybar Cancho también adquirió dos lotes H tres y H cuatro por el precio de cuatro mil dólares americanos en el año mil novecientos noventa y tres. Su padre, Pedro Celestino Aybar, pagó la primera cuota.

7.5. La declaración de la procesada Marisol Cabrejos Torres de Aybar, a nivel preliminar, a fojas tres mil seiscientos dieciséis. Refirió que se dedicó a su hogar desde el año mil novecientos noventa y tres, que no constituyó ninguna empresa y solo prestó su nombre, y quienes realmente la administraban eran los hermanos Aybar Cancho. Asimismo, el inmueble ubicado en la manzana J, lotes tres y cuatro, de la cooperativa de vivienda Aprovisa, La Molina, le pertenece a Luis Frank Aybar Cancho, que la adquirió en el año mil novecientos noventa y tres.



La construcción se inició en el año mil novecientos noventa y seis, el encargado era Héctor Aybar. Respecto al inmueble ubicado en la manzana H, lotes dos, tres y cuatro, el propietario es el señor Pedro Celestino Aybar Galiano. Su adquisición fue en el año mil novecientos noventa y cinco, además que las empresas se hicieron de fortuna cuando ganaron las licitaciones con el Estado.

A nivel judicial, a fojas seis mil novecientos veintiuno, se ratificó en que no constituyó ninguna empresa, pues se dedicaba a sus hijos, y que su esposo, José Luis Aybar, se encargaba de la administración. No indagó más sobre sus actividades comerciales, solo fue accionista de la empresa Nippon Corporation S. A. nominativamente. Respecto al inmueble ubicado en el agrupamiento Mi Perú, Ventanilla, Callao, indicó que no conoce el lugar y solo firmó documentos, de modo similar con la adquisición de los departamentos cuatrocientos uno y cuatrocientos dos, ubicados en Santiago de Surco. Desconoce su titularidad y el origen de los fondos. Posteriormente, la relación con su cónyuge se deterioró por las infidelidades de este. También desconoce a los propietarios de los inmuebles en las manzanas H y J, ubicados en la cooperativa Aprovisa, La Molina. Agregó que no le constan los cargos de las personas en las empresas y que su versión anterior la hizo con un afán de venganza porque su esposo la engañaba y vive actualmente en una casa alquilada.

A nivel de juicio oral, el ocho de junio de dos mil quince, indicó que contrajo matrimonio con José Luis Aybar Cancho en el año mil novecientos noventa y dos, pero en el año dos mil doce se divorció. Durante su matrimonio adquirieron los departamentos de Surco, a través de un préstamo. Ella solo firmaba, pues su esposo era abogado. La



empresa Nippon Corporation contrataba con entidades públicas. Se enteró recién de que era socia en el proceso por tráfico de armas, que hacían trabajos para el Ejército, la Municipalidad de La Victoria y la de Los Olivos, que mantenía una cuenta de ahorros en el Banco de Crédito del Perú y no conoce el inmueble ubicado en el agrupamiento Mi Perú. Agregó que en una oportunidad su esposo le comentó que realizaría préstamos de dinero a varias personas y a cambio recibiría unos departamentos, que incluso su esposo logró una licitación con la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE) en el año mil novecientos noventa y cinco, por lo cual logró generar un capital considerable. Por otra parte la empresa Nippon Textil estaba a cargo del hermano de su esposo y en el departamento donde vivían él invirtió nueve mil dólares americanos. En una oportunidad su esposo le giró ese dinero para terminar con los acabados de su departamento en Aprovisa. Pensó que lo realizaba desde Estados Unidos cuando provenían de Jordania. Desconocía la actividad ilícita de tráfico de drogas y de armas a la que se dedicaban su esposo y su cuñado. También señaló que en su declaración preliminar no contaba con abogado, por eso no sabía los documentos que firmaba.

7.6. La declaración de la procesada Ana Doris Aybar Cancho, a nivel preliminar, a fojas tres mil quinientos treinta y seis. Refirió ser confeccionista de todo tipo de prendas de vestir, que la empresa Nippon Corporation tiene como propietarias a sus cuñadas Liliana Villarreal de Aybar, Marisol Cabrejos de Aybar y Rosa Rengifo de Aybar. Tuvo el cargo de gerente en la empresa Corpíndes S. A. C. en el año mil novecientos noventa y nueve, que nunca ejerció. Asimismo, compró la tienda del centro comercial La Rotonda con dinero que le brindó su



esposo, refirió desconocer a los propietarios del inmueble ubicado en Aprovisa, La Molina.

A nivel judicial, a fojas cinco mil novecientos cuarenta y ocho, señaló que nunca constituyó ninguna empresa, pero en el año mil novecientos noventa y nueve su hermano Luis Frank la nombró subgerente administrativa financiera de Nippon Corporation S. A. su cargo era meramente nominativo, desconocía las actividades comerciales y contables. Respecto al local comercial ubicado en la avenida Juan Pascal Pringles, La Molina, señaló que lo adquirió con el dinero de su esposo, Manuel Adolfo Aybar Marca, con parte de sus ahorros y jubilación.

A nivel de juicio oral, del diecisiete de junio de dos mil quince, señaló que se dedicaba a las labores de confección textil en Gamarra, que los bienes que posee junto a su esposo son una tienda y oficina en La Rotonda del distrito de La Molina, que adquirieron por el precio de treinta y seis mil dólares americanos, para lo cual su esposo Adolfo Aybar Marca le entregó cuarenta mil dólares americanos, en el mes de octubre de mil novecientos noventa y nueve. Desconocía el origen de dicho dinero, pero que su esposo tenía ingresos como Fiscal y contador público, que nunca recibió por parte de su hermano algún dinero, no reconoció el documento de envió a fojas ocho mil quinientos setenta y dos, pues lo hizo por encargo de su padre, desconoce los motivos. Asimismo, firmó diferentes documentos de la empresa Nippon Corporation. Desconocía las actividades que realizaban, así como el incremento patrimonial de ciento sesenta y cinco mil soles, el veintidós de marzo de dos mil, pues no solicitaba informes.



7.7. La declaración de la procesada Lilita Villarreal Landeo de Aybar, a nivel preliminar, a fojas tres mil seiscientos uno. Indicó que se dedicaba a la administración de la playa de estacionamiento, percibía mil soles mensuales y sus gastos eran solventados por Luis Frank Aybar Cancho. Que no constituyó ninguna de las dos empresas Nippon Corporation y Nippon Textil, pues su esposo la colocó figurativamente, además, mediante la primera empresa exportaron harina de pescado a Rusia y uña de gato; que el personal policial interviniente se apoderó de los libros contables de las oficinas y no los recuperó. Ella solo firmaba los documentos, más no indagaba sobre el contenido. Respecto al inmueble ubicado en las manzanas H, lotes tres y cuatro, Aprovisa, La Molina, precisó que desconoce al propietario; sin embargo, respecto al inmueble en la manzana J, lote tres, Aprovisa, La Molina, refirió que lo adquirió y el dinero utilizado para su construcción fue de ochenta mil dólares americanos más la suma que invirtió su cuñado Héctor Franz Aybar Cancho, que los fondos fueron proporcionados por Francisco León Landeo. Suponía que provenía de su trabajo en Rusia, donde laboró desde el año mil novecientos noventa y uno.

A nivel judicial, a fojas cinco mil novecientos catorce, refirió que tuvo conocimiento de las tres empresas Nippon Corporation S. A., Nippon Textil S. A. y Corpindes S. A. C. La primera fue constituida por su esposo Luis Frank Aybar, pero ella figuraba como socia fundadora de forma aparente. La segunda empresa la fundaron su cuñado Héctor, su esposo Luis Frank y la deponente; mientras que la tercera la constituyeron su esposo y dos ciudadanos rusos. En su manifestación preliminar refirió que no fue socia de las dos primeras empresas porque solo firmaba los documentos, no sabía que era socia, pues no



J

manejaba los asuntos comerciales; que la propiedad del inmueble ubicado en la manzana J, lotes tres y cuatro de Aprovisa, La Molina, ya no le corresponde, pues en un inicio ingresó como socia desde el año mil novecientos noventa y tres a la cooperativa Aprovisa, pero en el año mil novecientos noventa y nueve cedió su condición a su primo Francisco León Landeo. En ese transcurso, en el año mil novecientos noventa y cinco, su cuñado Héctor Aybar hizo un proyecto para construir los cuatro pisos de los lote tres y cuatro, a cambio ella se quedaría con el primer piso. Lo mismo fue propuesto a su primo Francisco León Landeo cuando llegó de Rusia, por su cuñado Héctor. Con esa finalidad le entregó primero el monto de cincuenta mil dólares americanos y en contraparte ella le firmó unas letras de cambio. La construcción continuó hasta la muerte de su cuñado Héctor, pero al no concluirse con el proyecto, su primo Francisco Landeo retornó de Rusia en el año mil novecientos noventa y ocho, y completó su inversión y le entregó treinta mil dólares más, firmó más letras de cambio. Posteriormente, no tuvo cómo devolver el dinero por la construcción y cedió su posición de socia con derecho sobre los lotes tres y cuatro de la cooperativa Aprovisa, que transfirió a favor de su primo Francisco León Landeo.

A nivel de juicio oral, el veintitrés de junio de dos mil quince, refirió que tuvo conocimiento del inmueble ubicado en la manzana J, lotes tres y cuatro de Aprovisa en La Molina, y era socia desde mil novecientos noventa y tres. Que el inmueble lo terminó de pagar mensualmente hasta el año dos mil uno, cuando se inscribió en los registros públicos porque la cooperativa se acoge al programa de Cofopri, que ella no laboraba pero tenía con su hermano y su progenitor una cochera en la



playa de estacionamiento en el jirón Lampa número setecientos cuarenta y dos, de mil metros, y el otro espacio era un restaurante. En el año mil novecientos noventa y tres empezó con la empresa Nippon Corporation. Desconocía el ingreso de Luis Frank en la empresa, que los ingresos que recibía por la cochera no figuraban en ninguna planilla. Posteriormente, se enteró de que era gerente de la empresa citada, y ella firmaba los documentos que su esposo le pedía. Desconocía el origen del capital con el que se fundó la empresa y el incremento social a ciento sesenta y cinco mil soles.

7.8. La declaración del procesado José Luis Aybar Cancho, a nivel preliminar, a fojas tres mil quinientos sesenta. Refirió que se dedicaba a su empresa Nippon Corporation S. A., que le generaba un ingreso mensual de cinco mil dólares americanos, además de tener una playa de estacionamiento que compartía junto con su hermano. En el año mil novecientos noventa y tres constituyó la empresa citada junto con su hermano Luis Frank, su esposa Marisol Cabrejos Torres, su cuñada Liliana Villarreal Landeo y Rosi Rengifo Lamas, esposa de su hermano Héctor Aybar, se dedicaba a las importaciones y exportaciones en general; además, su hermano Luis Frank Aybar Cancho constituyó la empresa Corpindes S. A. C. Que las empresas sí rendían utilidades cuando salían contratos de envergadura, cuyos préstamos conocía su hermano Luis Frank. Asimismo, realizó contratos con el Estado peruano para traer equipos de comunicaciones tácticos y estratégicos para lo cual viajó a Jordania con un traductor, dispuesto por Vladimiro Montesinos Torres. En el tiempo que estuvo de servicio en el ejército su esposa figuraba como socia, pero no ejercía ninguna actividad, pues ellos realizaban los trabajos y se repartían las utilidades. Tenía amistad con Gregorio Quino



Chávez desde el año mil novecientos ochenta y cuatro, por pertenecer a la localidad de Apurímac, a quien trataba como a un tío. Agregó que la propiedad conyugal ubicada en Mi Perú, Ventanilla, fue en calidad de retroventa, pues prestó dinero y no le cancelaron, desconoce a los propietarios del inmueble ubicado en la cooperativa Aprovisa-La Molina; culpa a Vladimiro Montesinos y Fujimori por haberlos inculcado en el delito de tráfico de armas.

A nivel judicial, a fojas seis mil cuatrocientos veintisiete, señaló que el origen del incremento del capital de la empresa Nippon Corporation S. A. C. fue debido a los contratos que tuvo con Palacio de Gobierno en la distribución de tractores chinos, motocarros y equipos de repuesto en el año mil novecientos noventa y cinco y con la ONPE, además de realizar trabajos para el Ministerio del Interior, desconocía el monto de utilidades que obtenía la empresa Nippon Corporation. Las procesadas Liliana Villarreal Landeo y Marisol Cabrejos Torres estaban en la empresa de manera figurativa y cuando en el año mil novecientos noventa y cuatro él asumió la gestión, ellas salieron de la empresa, señaló también que a raíz del proceso por tráfico de armas, les abrieron cuatro procesos penales por tráfico de drogas, tres de ellos archivados y uno en investigación policial y otro por lavado de activos, puntualizó que las imputaciones falsas fueron creadas por Vladimiro Montesinos Torres y el comandante PNP Pepe Fuentes Ganoza, que ninguna de sus empresas sirvió de fachada.

A nivel de juicio oral, en las sesiones del trece y el veinte de julio de dos mil quince, y el tres de agosto de dos mil quince, refirió que todos sus coprocesados son parte de su familia. Marisol Cabrejos fue su esposa y en el año mil novecientos noventa y ocho se encargaba de la gerencia



de operaciones de la empresa Nippon Corporation junto con su hermano Luis Frank, que se retiró del Ejército peruano con el grado de teniente y se dedicó a su empresa Nippon, agregó que fue gerente de operaciones y tuvo un proceso por tráfico ilícito de armas, donde ya fue sentenciado. Conoció al personal del SIN porque realizaba mantenimiento en los equipos de comunicaciones y gestionaba ventas. Que la empresa se fundó con los aportes de todos sus hermanos, además tenían un ingreso por el alquiler de una playa de estacionamiento en el jirón Lampa, del cual obtenían buenas ganancias. Preciso que en reiteradas oportunidades conversaba con Vladimiro Montesinos por las actividades que realizaba con los equipos de comunicación. Montesinos fue quien inventó la historia de que su hermano se dedicaba al tráfico de drogas para perjudicarlo, reconoció haber viajado a Jordania entre los años mil novecientos noventa y ocho y mil novecientos noventa y nueve, pero solo un par de días para traer equipos de comunicación, siendo enviado por Montesinos. Además su progenitor le envió dinero producto del alquiler de la playa de estacionamiento, que viajó a Estados Unidos, Colombia y Francia por los mismos motivos, que fue Ana Doris Aybar Cancho quien le envió dinero a Jordania y no al revés. Agregó que el inmueble en Ventanilla lo adquirió a cambio de un préstamo que hizo a otras personas, por intermedio de su abogado Aníbal Cárdenas, y su inmueble en la avenida Circunvalación fue con un préstamo de treinta mil dólares y ahorros de su trabajo con las entidades estatales, desconoce el aumento de capital en la empresa. Finalmente, fue Montesinos quien lo sindicó como integrante de una organización dedicada al tráfico de drogas, negó conocer a Hugo Rojas Guedes y a Oscar Lizardo Linares.



7.9. La declaración en juicio oral del procesado Luis Frank Aybar Cancho, a nivel preliminar, a fojas tres mil quinientos cuarenta y tres. Refirió que siempre se dedicó a la actividad empresarial, que constituyó la empresa Nippon Corporation en el año mil novecientos noventa y tres, Nippon Textil en el año mil novecientos noventa y cuatro, Corpindes S. A. C en el año mil novecientos noventa y nueve, tenía como socio de esta última empresa a un ruso Viatchelav Raschiskin. Asimismo, su empresa Nippon Corporation comercializaba equipos de comunicación de los Estados Unidos, carpas de Dinamarca, etc. Que respecto al inmueble ubicado en la manzana J, lotes tres y cuatro de la cooperativa, Aprovisa, La Molina, la adquirió en forma conyugal con su esposa, pero la vendieron, no tiene conocimiento de los detalles. Además, conoció a Vladimiro Montesinos en el SIN, el año mil novecientos noventa y ocho, los ingresos de sus empresas eran hasta de cien mil dólares americanos por proyecto y la playa de estacionamiento le generaba un ingreso de diez mil dólares mensuales que repartía con su hermano. Respecto a su récord migratorio a diversos países refirió que lo hacía por fines comerciales y personales, y fue Vladimiro Montesinos quien confabuló en su contra creando falsos cargos por lavado de activos, además de los familiares con el coronel Manuel Jesús Aybar Marca, quien laboraba en la DEA.

A nivel judicial, a fojas cinco mil ochocientos noventa y ocho, señaló que las tres empresas Nippon Corporation, Nippon Textil y Corpindes S. A. C. son de su propiedad, que al inicio sus hermanos no podían ser socios. Por ese motivo, designaron a sus cuñadas, que la empresa Nippon Corporation contaba con los fondos que él había recaudado años anteriores, desempeñándose en diferentes actividades



J
comerciales. En la empresa Nippon Textil la constituyó con su hermano Héctor y con una de las esposas, confeccionaban uniformes para el Ejército y la Dirandro, la documentación administrativa y contable fue incautada cuando intervinieron las empresas.

M
A nivel de juicio oral, el tres de agosto de dos mil quince, refirió que estuvo casado con Liliana Villarreal Landeo, con quien vivió hasta el año mil novecientos noventa y siete, habiendo sido sentenciado por el delito de tráfico de armas. Que se hizo cargo de la empresa Nippon Corporation en el año mil novecientos noventa y seis, apoyando a su hermano Héctor, con quien fundó la empresa con un capital de diez mil soles. Nunca comentó la situación de la empresa con su cónyuge, sus actividades empresariales estaban dirigidas a prestar servicios en las entidades estatales, que ampliaron su negocio cuando realizaron el servicio de transporte a nivel nacional para la ONPE en el gobierno de Fujimori, llevando equipos de comunicación para el Ejército peruano, nunca se reunió con Montesinos, además solo dos veces fue al SIN, y en la segunda oportunidad tuvo que indagar sobre el pedido de una avioneta para el Ejército peruano, sin tener conocimiento de que en realidad transportaban armas, nunca vio los fusiles, y viajaba constantemente a Rusia, Francia y Colombia.

OCTAVO. Las pruebas documentales que se actuaron en el proceso fueron:

8.1. El informe de investigación área responsabilidades de Alberto Fujimori. Caso: tráfico de armas a las FARC-Colombia, de fecha julio del año dos mil tres, obrante en el tomo uno, a folios seiscientos veintiuno.



- 8.2. Copia del comunicado oficial de la República de Colombia, obrante en el tomo uno, a folios ochenta y cinco.
- 8.3. Copia ficha registral Sunarp, empresa Nippon Textil S. A., obrante en el tomo uno, a folios doscientos nueve.
- 8.4. Copia ficha registral Sunarp, empresa Nippon Corporation S. A., obrante en el tomo uno, a folios doscientos diez.
- 8.5. Copia del asiento registral, aumento de capital de la empresa Nippon Corporation S. A., obrante en el tomo uno, a folios doscientos doce.
- 8.6. Copia del asiento registral, nombramiento de mandatarios de la empresa Nippon Corporation S. A., obrante en el tomo uno, a folios doscientos trece.
- 8.7. Copia del asiento registral, inscripción de la empresa Corpindes S. A. C., obrante en el tomo uno, a folios doscientos dieciocho.
- 8.8. Copia del informe de inteligencia número B dieciocho H-A, asunto: situación caso suelto "Ivancito", obrante en el tomo uno, a folios cuatrocientos setenta.
- 8.9. Copia de la declaración de Óscar Lizardo Benites Linares ante la Comisión Investigadora del Congreso de la República, tomo uno, a fojas cuatrocientos noventa y uno.
- 8.10. Copia del informe final realizado por el Congreso de la República en la comisión investigadora de los casos de corrupción de la década mil novecientos noventa-dos mil-área narcotráfico y lavado de dinero, obrante en el tomo uno, a fojas quinientos trece.
- 8.11. Copia certificada del Informe número veintiuno-nueve-dos mil tres-DIRANDRO-PNP/OFINT-UNIPETI, de fecha ocho de septiembre de dos mil



tres, firmado por Virgilio Salas Portugal, comandante PNP Dirandro, obrante en tomo uno, a fojas seiscientos cincuenta y siete.

8.12. Copia certificada de la Ficha registral número un millón seiscientos cincuenta y tres mil doscientos treinta y siete-propiedad horizontal del local comercial, ubicado en avenida Coronel Juan Pascal Pringles número dos mil cuarenta y ocho, distrito de La Molina, obrante en tomo uno, a fojas ochocientos sesenta y ocho.

8.13. Copia literal de la inscripción de propiedad inmueble, avenida Coronel Juan Pascal Pringles número dos mil cuarenta y ocho, que registra: "Vendido el veintidós de diciembre de mil novecientos noventa y nueve a Ana Doris Aybar Cancho por la suma de treinta y seis mil quinientos dólares americanos, venta realizada por José Antonio Zegarra Zegarra", obrante en el tomo uno, a fojas ochocientos setenta y uno.

8.14. Copia literal de la ficha registral número un millón trescientos veinte mil setenta y seis propiedad horizontal, inmueble ubicado en la avenida Circunvalación número seiscientos sesenta y nueve, departamento número cuatrocientos uno, Santiago de Surco, tomo uno, a fojas ochocientos setenta y dos.

8.15. Copia literal de la inscripción registro de la propiedad inmueble, avenida Circunvalación número seiscientos sesenta y nueve, departamento número cuatrocientos uno, Santiago de Surco, rubro gravámenes y carga, tomo uno, a fojas ochocientos setenta y tres.

8.16. Copia literal de la inscripción registro de la propiedad inmueble, avenida Circunvalación número seiscientos sesenta y nueve, departamento número cuatrocientos uno, Santiago de Surco, rubro: título de dominio, que precisa: "Vendido a favor de José Luis Aybar



Cancho y su cónyuge, Marisol Cabrejos Torres, por la suma de treinta y seis mil novecientos dólares americanos", obrante en tomo uno, a fojas ochocientos setenta y cuatro.

8.17. Copia literal de la ficha registral número un millón trescientos veinte mil setenta y siete, propiedad horizontal inmueble ubicado en la avenida Circunvalación número seiscientos sesenta y nueve, departamento número cuatrocientos dos Santiago de Surco, obrante en tomo uno, a fojas ochocientos setenta y siete.

8.18. Copia literal de la ficha registral número mil setecientos dos, oficina setecientos tres, Inmueble ubicado en la avenida Paseo de la República, número doscientos noventa y uno, Lima, obrante en tomo uno, fojas ochocientos ochenta y cuatro.

8.19. Copia literal del registro de propiedad inmueble, lote treinta y uno, manzana 1-dos, frente al malecón Lurín, rubro: título de dominio que precisa: "Pedro Celestino Aybar Galiano y Ana Doris Cancho de Aybar adquirieron el inmueble inscrito por la suma de sesenta mil dólares americanos, consta en escritura pública de fecha once de diciembre de mil novecientos noventa y nueve", obrante en tomo uno, a fojas novecientos.

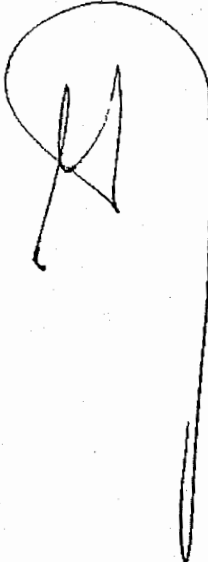
8.20. Copia literal de la ficha registral número noventa y siete mil dieciséis de la empresa Nippon Corporation S. A., obrante en tomo dos, a fojas mil treinta y cinco.

8.21. Copia literal de la partida registral número once millones ciento cuatro mil doscientos noventa y ocho, de la empresa Corpindes S. A. C., obrante en tomo dos, a fojas mil ciento nueve.

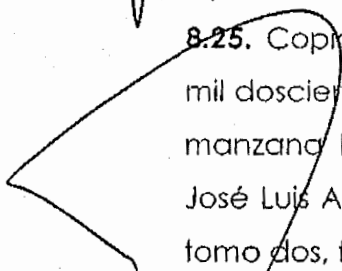
8.22. Copia literal de la partida registral número P-dos millones doscientos siete mil trescientos veintidós, del inmueble ubicado en la



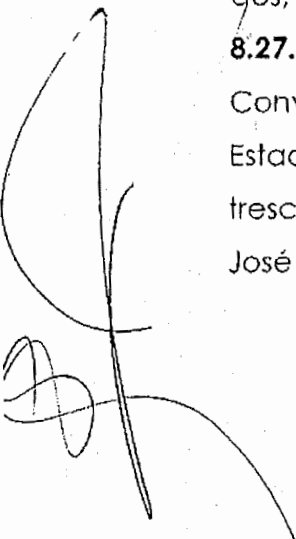
J
manzana H, lote tres, La Molina, de la cooperativa Aprovisa, cuyo titular es Carmen Astrit Aybar Cancho, obrante en tomo dos, fojas mil novecientos cincuenta y siete.


8.23. Copia literal de la partida registral número P-dos millones doscientos siete mil trescientos veintitrés, del inmueble ubicado en la manzana H, lote cuatro, La Molina, de la Cooperativa Aprovisa, cuyo titular es Carmen Astrit Aybar Cancho, obrante en tomo dos, fojas mil novecientos sesenta.

8.24. Copia literal de la partida registral número P-un millón ciento veintinueve mil doscientos doce, del inmueble ubicado en agrupamiento Mi Perú, manzana H dos, lote cuatro, grupo H, Ventanilla, cuyo titulares son José Luis Aybar Cancho y Marisol Cabrejos Torres de Aybar, obrante en tomo dos, fojas mil novecientos sesenta y tres.


8.25. Copia literal de la partida número P-un millón ciento veintinueve mil doscientos doce, del inmueble ubicado en el agrupamiento Mi Perú, manzana H-dos, lote cuatro, grupo H, Ventanilla, cuyo titular precisa José Luis Aybar Cancho y Marisol Cabrejos Torres de Aybar, obrante en tomo dos, fojas mil novecientos sesenta y tres.

8.26. Movimiento migratorio de los acusados, emitido por el Ministerio del Interior, de fecha catorce de junio de dos mil cuatro, obrante en tomo dos, a fojas dos mil ciento setenta y ocho.


8.27. Traducción de solicitud de asistencia jurídica mutua en virtud de la Convención de Viena, solicitada por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos al Perú, obrante en tomo cinco, a fojas cuatro mil trescientos quince, respecto al proceso por narcotráfico perpetrado por José Luis Aybar Cancho y Luis Frank Aybar Cancho.



8.28. Copia certificada del Informe preliminar número cuarenta y cinco-dos mil cinco-UIF-DPA/COMUNICACIÓN, obrante en el tomo once, a fojas ocho mil quinientos cinco, donde se informa sobre los nexos de los acusados con el financiamiento del terrorismo y narcotráfico debido a la participación de Gregorio Quino Chávez (hijo de José Luis Aybar), sentenciado por narcotráfico.

8.29. Copia certificada el Informe UIF número seis-dos mil cinco/CONJUNTA, obrante en tomo once, a fojas ocho mil seiscientos cuarenta y dos, comunicación que se dirigió a la Sala Penal Especial, producto de la investigación como consecuencia del Proceso número treinta y ocho-dos mil once "Tráfico de armas a las FARC-Colombia".

8.30. Resolución de la Fiscalía de la Nación del dieciocho de enero de mil novecientos noventa y tres, que nombra a Manuel Adolfo Aybar Marca como Fiscal Superior Provisional, a fojas seis mil sesenta y seis.

8.31. Certificado de antecedentes penales a nombre de Ana Doris Aybar Cancho, con resultado negativo, a fojas cinco mil cuarenta y tres.

8.32. Informe de nota de la Unidad de Inteligencia Financiera, obrante en el tomo diez, a fojas ocho mil trescientos cincuenta y ocho, respecto a las transacciones bancarias que han realizado los acusados.

ANÁLISIS

NOVENO. La Segunda Sala Penal Liquidadora sostuvo entre sus fundamentos que:



9.1. El doce de junio de dos mil quince la defensa técnica de Luis Frank Aybar Cancho presentó un escrito deduciendo la excepción de naturaleza de acción, debido a que se le imputaba bajo dos supuestos el delito de lavado de activos, uno es proveniente del tráfico de armas y el otro del tráfico de drogas. En ambos casos la temporalidad del delito era por los hechos ocurridos desde el año mil novecientos noventa y siete hasta el dos mil.

9.2. En ese mismo sentido, la defensa de José Luis Aybar Cancho, presentó un escrito el treinta y uno de julio de dos mil quince, deduciendo la excepción de naturaleza de acción, exponiendo los mismos fundamentos.

9.3. El Colegiado Superior estableció que desde la fecha de comisión de los hechos hasta la sentencia coexistieron varios tipos penales, y conforme a la Constitución Política y al Código Penal, correspondía favorecer al procesado, pues se encontraban ante cuatro tipos penales distintos para cada una de las modalidades de lavado.

9.4. El Colegiado estableció seis criterios para delimitar el tipo de lavado: las modificaciones típicas, en las penas abstractas, si estas inciden en los elementos objetivo y subjetivo, si estas inciden en la pena abstracta, así como en la estructura típica y pena conminada y si el juicio de ponderación integral presenta aspectos favorables al procesado.

9.5. El tipo penal vigente consideraba el intervenir en diferentes actos de conversión o transferencia, siendo que el verbo intervenir implicaba un conjunto de conductas y las intervenciones en los actos de transferencia o conversión se reflejaban mediante la inversión, venta, pignoración, transferencia; por lo tanto, el delito era de resultado.



9.6. Los actos de transferencia podían hacerse bajo cualquier título traslativo de dominio o de propiedad, siendo importante la actuación del sujeto que transfiere el derecho, generando que los activos ingresen al tráfico comercial.

9.7. Que el objeto del delito comprendía las ganancias, cosas o bienes, por tanto la más favorable al procesado era la versión originaria del delito de lavado que incluso se le denominaba blanqueo de capitales.

9.8. Respecto al delito precedente, el tipo original solo se refería al tráfico ilícito de drogas, luego se amplió a narcoterrorismo y en el año dos mil dos era precedente cualquier ilícito penal.

9.9. El bien jurídico protegido respondía a la protección del sistema económico, ya que la producción de bienes o capitales de procedencia ilícita generaba disfunciones en el sistema.

9.10. En cuanto a la imputación objetiva, se considera como delito de peligro abstracto, pues era punible el riesgo prohibido potencial que ponía en peligro la estabilidad del sistema económico o el funcionamiento del sistema de justicia, no se requiere una efectiva lesión.

9.11. Sobre el tipo subjetivo la versión originaria, describe "el hubiese conocido o hubiera sospechado", hubo dos modificatorias posteriores, pues en la primera se establecía "cuyo origen ilícito conoce o puede presumir", mientras la segunda señala "cuyo origen ilícito conoce o debía presumir".

9.12. En la versión originaria el tipo subjetivo se encontraba en función de la posibilidad de conocimiento, pues los actos de lavado debían realizarse como actos diferentes con personas distintas. No se encontraba vigente el autolavado.



9.13. Con las posteriores modificaciones, el delito de lavado se configura como uno autónomo, es decir, el dolo del lavador comprende el conocimiento efectivo de la procedencia ilícita.

9.14. El Colegiado Superior se decantó por la aplicación del delito de lavado en su versión originaria, donde el delito fuente solo se encontraba relacionado al tráfico de drogas, y los objetos del delito solo eran los bienes o ganancias, el tipo subjetivo no contemplaba el autolavado; sin embargo, las penas conminadas originalmente eran más graves, no obstante se consideró las penas más favorables expuestas en la Ley número veintisiete mil setecientos sesenta y cinco.

9.15. Los hechos imputados comprenden desde el año mil novecientos noventa y siete al dos mil, pero el Ministerio Público tipificó las conductas con la Ley número veintisiete mil setecientos sesenta y cinco, promulgada el veintiséis de junio de dos mil dos; sin embargo, la Ley aplicable es la número veinticinco mil cuatrocientos veintiocho, del once de abril de mil novecientos noventa y dos.

9.16. En ese sentido, la Sala Superior consideró que resultaban atípicas las conductas de lavado que tenían como delito fuente el tráfico ilícito de armas y el autolavado.

9.17. Por lo tanto, solo quedaron subsistentes los actos de lavado de activos desarrollados por Carmen Astrit Aybar Cancho, Liliana Villarreal Landeo de Aybar, Marisol Cabrejos Torres de Aybar, Ana Doris Aybar Cancho y Pedro Celestino Aybar Galiano, provenientes del tráfico de drogas cometido por José Luis Aybar Cancho y Luis Frank Aybar Cancho.

9.18. La Sala señaló que la construcción del lavado de activos se fundamentó en tres pilares: i. incrementos patrimoniales injustificados u



operaciones financieras anómalas, **ii.** existencia de actividades económicas o comerciales ilegales, **iii.** vinculación con actividad de tráfico de drogas o delitos graves. Y se evaluaron los siguientes indicios.

9.19. El comunicado oficial del Ministerio de Defensa de la República de Colombia, sobre el tráfico de armas a las FARC, detallando que en el mes de junio de mil novecientos noventa y nueve se incautaron fusiles que fueron adquiridos por una comisión peruana que adjuntó documentación falsa.

9.20. Este documento de la República de Colombia era una copia simple que no consignaba firma de funcionario alguno; por lo tanto, no se le otorgó valor probatorio.

9.21. Que la sentencia por tráfico de armas referida a los hermanos Aybar Cancho establecía que: los viajes realizados por los miembros de la organización tenían por objeto transferir el dinero requerido para la formalización de los contratos de compraventa de las armas, no señaló que el dinero provenga del narcotráfico.

9.22. El Informe preliminar número cero cuarenta y cinco-dos mil cinco-UIF-DPA/COMUNICACIÓN, elaborado por la UIF, del periodo de mil novecientos noventa y seis a dos mil, estableció que la operación tendría nexos con el financiamiento del terrorismo, narcotráfico debido a la participación de Gregorio Quino Chávez (tío de José Luis Aybar) sentenciado por narcotráfico, que según el informe del diario *La República* del dos de diciembre de dos mil dos, pagaron su fianza y salió en libertad entre los años mil novecientos noventa y seis y mil novecientos noventa y ocho, cuando Montesinos manejaba el Poder Judicial por intermedio de Rodríguez Medrano.



9.23. El Informe preliminar número cero cero seis-dos mil cinco/CONJUNTA, de la Superintendencia de Banca y Seguros, señaló que el análisis se realizó respecto al pago de armas a Jordania y a la parte logística. Sobre el delito de narcotráfico refirió que los antecedentes de los procesados así como sus movimientos migratorios sirvieron de conexión para realizar el tráfico de drogas y lavado de activos.

9.24. La Sala Superior consideró que ambos informes rebasaron las competencias sobre la cuales debían pronunciarse, pues no se condenó a ninguno de los procesados por drogas o se emitió copias para el inicio de alguna investigación para esta materia.

9.25. Además, el informe del Congreso de la República respecto al área de responsabilidades de Alberto Fujimori con el tráfico de armas de las FARC, del veinte de julio de dos mil tres, precisó que los hermanos Aybar Cancho estaban siendo objeto de investigación por el delito de tráfico de drogas, por sus viajes e ingresos económicos. Específicamente en la operación Siberia la DEA tenía la hipótesis de que el transporte de armas adquiridas en Jordania también facilitó el traslado masivo de drogas.

9.26. La fuente de información para el informe citado fue Oscar Lizardo Benites Linares, informante de la DEA, y Arturo Iparraguirre, así como el informe de inteligencia "Ivancito" B dieciocho H.A del veinticuatro de mayo de mil novecientos noventa y nueve. En los citados informes no se consignaban las declaraciones de Iparraguirre, solo de Benites Linares y el informe de inteligencia.

9.27. Que el informe final de la Comisión Investigadora de los casos de corrupción entre los años mil novecientos noventa y dos mil del Congreso de la República determinó en el punto B que los hermanos



Aybar Cancho, a través de su empresa Nippon Corporation, realizaron negocios sin viabilidad desde el punto de vista económico y administrativo, siendo indicios de fachadas para el delito de tráfico de drogas en conexión con el cártel de Tijuana. Esa misma línea pauteó el informe de inteligencia "Ivancito", agregando que los Aybar Cancho tenían como financistas a los colombianos Orlando y Genaro Cerquera y al mexicano Carlos Alberto, establecieron conexiones con Jordania, Rusia, Surinam, Trinidad y Tobago, etc.

9.28. La Sala Superior verificó que el citado informe no tenía sellos, fecha, ni logo, ni entidad responsable de su emisión, no era un documento oficial, eliminando así la posibilidad de credibilidad. Asimismo, en la Ejecutoria Suprema respecto al tráfico de armas reseñó que el Plan Siberia fue un montaje armado por Vladimiro Montesinos para no verse descubierto como el cabecilla de la organización.

9.29. Igualmente, el testigo Fuentes Ganoza, quien laboró en el área de inteligencia de la Dirandro, refirió que la hipótesis de esa fecha era que los hermanos Aybar Cancho enviaban droga a Brasil y Colombia, su fuente era la DEA, y que la información documentaria recién se proporcionó a partir del año dos mil cinco. Su jefe directo era Dennis del Castillo Valdívía, adscrito al SIN, cuyo jefe era Vladimiro Montesinos Torres, quien diseñó el plan a efectos de desviar su responsabilidad por el tráfico de armas.

9.30. El testigo Dennis del Castillo Valdívía señaló que los hermanos Aybar Cancho no eran conocidos y recién tuvo noticias de ellos a fines del año mil novecientos noventa y nueve. Por lo tanto, el Colegiado estableció que no había solidez y coherencia en las declaraciones e informes.



9.31. También el informe del veintiuno de septiembre de dos mil tres-DIRANDRO-PNO/OFINT-UNIPETU, firmado por Virgilio Salas Portugal, comandante PNP Dirandro, de fecha ocho de septiembre de dos mil tres, proveniente del SIN, que guarda relación con el informe ya descrito con anterioridad.

9.32. La División Penal del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, solicitó pruebas que involucrasen a los hermanos Aybar Cancho, pues en mil novecientos noventa y ocho, un informante de la DEA prestó asistencia a los Aybar para conseguir armas y venderlas a las FARC.

9.33. El registro de antecedentes penales donde figura la condena impuesta por la Primera Sala Penal Especial, en la comisión de delitos de suministro ilegal de armas de fuego y otros; igualmente, la Resolución Suprema número doscientos cincuenta y cuatro-dos mil cuatro, donde se concede la extradición solicitada por los Estados Unidos, ante el proceso seguido en la Corte de Columbia, por conspiración del tráfico de armas.

9.34. La Sala Superior estableció que los documentos guardaron relación con lo vertido por Óscar Lizardo Benites ante la comisión investigadora del Congreso, pero en el plenario se negó a declarar, por lo que no tuvo mayor calidad probatoria su versión brindada con anterioridad.

9.35. Así también la naturaleza y efectos legales de los informes de las comisiones investigadoras del Congreso de la República se encuentran amparadas en el procedimiento de investigación del artículo ochenta y ocho del Reglamento del Congreso de la República, respecto a la facultad de iniciar investigaciones sobre cualquier asunto de interés público, siendo un concepto amplísimo y de esclarecimiento político.



Por lo tanto, resultaría excesivo que las investigaciones parlamentarias sean parte de las indagaciones preliminares, pues la exclusividad en la persecución del delito la tiene el Ministerio Público.

9.36. Asimismo, los actos de inteligencia que se traducen en informes o notas son incompatibles con los actos de investigación y prueba.

9.37. Por lo tanto, no existen indicios mínimos que vinculen a los hermanos Aybar Cancho con las actividades de tráfico de drogas, más aún cuando la Fiscalía Especializada en lo Penal, el treinta y uno de julio de dos mil dos, declaró improcedente la formalización de denuncia contra los citados procesados por la comisión del delito de tráfico de drogas.

SOBRE LA LEY PENAL APLICABLE EN EL TIEMPO

DÉCIMO. Conforme a la imputación fáctica por el Ministerio Público los hechos corresponden al periodo de los años mil novecientos noventa y siete a dos mil, donde estuvo vigente la Ley número veinticinco mil cuatrocientos veintiocho del once de abril de mil novecientos noventa y dos, que incorporó los artículos doscientos noventa y seis-A y doscientos noventa y seis-B, al Código Penal, cuya forma agravada señaló: "El que interviene en el proceso de lavado proveniente del tráfico ilícito de drogas o del narcoterrorismo [...] será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de diez ni mayor de veinticinco años". En tal sentido, se aprecia que el delito no comprendía al tráfico de armas como delito fuente.

UNDÉCIMO. Tampoco resultaba de aplicación la Ley número veintisiete mil setecientos sesenta y cinco, promulgada el veinte de junio de dos mil



dos, pues su modalidad agravada establecía: "La pena será privativa de libertad no menor de veinticinco años cuando los actos de conversión y transferencia se relacionen con dinero, bienes, efectos o ganancias provenientes del tráfico de drogas o narcoterrorismo [...]". Por lo tanto, la norma penal primigenia resulta concordante con el principio de favorabilidad al procesado.

DUODÉCIMO. En ese sentido, la adquisición de los inmuebles por parte de las procesadas Marisol Cabrejos Torres de Aybar y Ana Doris Aybar Cancho con dinero ilícito proveniente del tráfico de armas, no constituiría delito, pues en la fecha de los hechos no estaba contemplado como delito fuente. Asimismo, el impugnante no precisó el delito precedente que la procesada Liliana Villarreal Landeo de Aybar habría tenido como fuente para invertir en su inmueble.

DECIMOTERCERO. Advirtiéndose que no se contemplaba la tipificación del autolavado; sin embargo, el Estado peruano ya había suscrito el Convenio de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de mil novecientos ochenta y ocho (Convención de Viena) que establecía: "Todo agotamiento del delito deviene en la comisión de un ulterior delito de lavado de activos, [...] sea que intervenga en ello el propio delincuente generador del ingreso ilegal o que este contrate a terceros para lavar tales recursos y disimular su origen delictivo", que fue acogido en el segundo párrafo del fundamento jurídico número catorce del Acuerdo Plenario número siete-dos mil once/CJ-ciento dieciséis.



DECIMOCUARTO. Asimismo, el artículo cincuenta y cinco de la Constitución Política establece que "Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional" y la sentada jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁴ ya se había pronunciado, respecto a la aplicación de los tratados internacionales:

En este sentido, es un principio general del derecho internacional el que un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de un tratado o de normas imperativas de Derecho Internacional. Este principio ha quedado establecido en los artículos 27º y 53º de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, ratificado por el Perú mediante el Decreto Supremo N.º 029-2000-RE de fecha 14 de septiembre de 2000.

En consecuencia, los tratados que nos vinculan con el aparato normativo del GAFI y de la ONU deben ser aplicados a nuestro tratamiento de lavado inclusive antes de la Ley número veintisiete mil setecientos sesenta y cinco, que fue posterior y la que regulo recién la figura del autolavado.

SOBRE LAS MODALIDADES DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS REALIZADAS POR LOS PROCESADOS

DECIMOQUINTO. Resulta que la imputación vigente contra los encausados José Luis Aybar Cancho y Luis Frank Aybar Cancho se delimitaría en torno al delito de lavado de activos en la modalidad de

⁴ Véase el Expediente número dos mil setecientos noventa y ocho-cero cuatro-HC/TC-Lima, fundamento octavo.



conversión y transferencia, otorgando apariencia de legalidad al dinero obtenido del tráfico ilícito de drogas por los elementos de convicción siguientes.

DECIMOSEXTO. La declaración testimonial de Oscar Lizardo Benites Linares, a nivel de la Comisión Investigadora del Congreso de la República, el veinticuatro de mayo de dos mil uno, estableció que los hermanos Aybar Cancho estaban inmersos en el delito de tráfico de drogas que salía desde Colombia y se enviaba a Rusia, bajaba hasta Jordania, era intercambiada por armamento y viceversa, que obra a fojas cuatrocientos noventa y tres, habiendo sido una declaración espontánea y libre que no fue rebatida en el juicio oral sino que el testigo hizo uso de su derecho a guardar silencio; además, su declaración fue admitida en juicio oral tal como se aprecia a fojas doce mil cuatrocientos treinta.

DECIMOSÉPTIMO. El informe del Congreso de la República de la citada comisión en el considerando anterior, respecto al área de narcotráfico y lavado de dinero, obrante a fojas quinientos trece, señalaba en el acápite b) sobre las principales bandas, firmas y patrones, que: "La organización dirigida por los Aybar Cancho quienes a través de su empresa Nippon Corporation S. A. realizaron negocios diversos sin viabilidad económica y administrativa, con serios indicios de fachada para el TID en articulación con el cartel de Tijuana". Asimismo, el informe respecto al área de responsabilidades de Alberto Fujimori con el tráfico de amas de las FARC, del veinte de julio de dos mil tres, precisó que los hermanos Aybar Cancho estaban siendo objeto de investigación por el



delito de tráfico de drogas, por sus viajes e ingresos económicos. Específicamente en la operación Siberia la DEA tenía la hipótesis de que el transporte de armas adquiridas en Jordania también facilitó el traslado masivo de drogas.

DECIMOCTAVO. Además, el informe de inteligencia "Ivancito" B dieciocho H.A, del veinticuatro de mayo de mil novecientos noventa y nueve, estableció la vinculación de los hermanos Aybar Cancho con el tráfico ilícito de drogas. Los tres informes citados fueron oralizados en el plenario a fojas doce mil cuatrocientos treinta, doce mil cuatrocientos veintinueve y doce mil cuatrocientos trece respectivamente, sumado al Oficio número diez mil ochocientos cuarenta y cuatro-doscientos-UN-mil seiscientos diez, del veinte de agosto de dos mil, donde se advierte que el procesado José Luis Aybar Cancho, realizó múltiples viajes a Colombia, Rusia y otros países, que coinciden mayormente con los viajes realizados por su hermano Luis Frank Aybar Cancho conforme al movimiento migratorio a fojas dos mil ciento ochenta y uno.

DECIMONOVENO. Así también los informes de la Unidad de Inteligencia Financiera, por un lado, el Informe preliminar número cero cuarenta y cinco-dos mil cinco-UIF-DPA/COMUNICACIÓN, del periodo de mil novecientos noventa y seis a dos mil, estableció que "La operación tendría nexos con el financiamiento del terrorismo, narcotráfico debido a la participación de Gregorio Quino Chávez (tío de José Luis Aybar) sentenciado por narcotráfico"; y, por otro lado, el Informe preliminar número cero cero seis- dos mil cinco/CONJUNTA, señaló que "Debido a los antecedentes de los procesados (Vladimiro Montesinos Torres, los



hermanos Aybar Cancho, Gregorio Quino y las FARC) así como sus movimientos migratorios sirven de conexión para realizar el tráfico de drogas y lavado de activos".

VIGÉSIMO. Que en función de lo precedido, la Unidad de Inteligencia Financiera fue creada mediante la Ley número veintisiete mil seiscientos noventa y tres, cuya finalidad es el análisis, tratamiento y transmisión de información para prevenir y detectar el lavado de dinero o activos, adscrito al Ministerio de Economía. Por lo tanto, sus informes admitidos no rebasan sus competencias en el proceso y no deben ser desmerecidos, sino por el contrario complementarse con otros elementos de prueba que acrediten la responsabilidad de los acusados.

VIGESIMOPRIMERO. En ese sentido, los hermanos Luis Frank Aybar Cancho y José Luis Aybar Cancho reconocieron a nivel preliminar que tenían un estrecha relación con Gregorio Quino Chávez, quien se valió de la empresa Nippon Corporation S. A. para realizar actividades vinculadas al tráfico ilícito de drogas (fojas tres mil quinientos cuarenta y ocho y tres mil quinientos setenta y uno); aunada a la declaración brindada por el exinformante de la DEA, Arturo Iparraguirre Guimanez, ante la Comisión Investigadora del Congreso (fojas ocho mil setecientos setenta y siete), donde se informa que el "Tío Gregorio" se reunía seguidamente con Vladimiro Montesinos Torres y este con los hermanos Aybar Cancho.

VIGESIMOSEGUNDO. Cabe agregar la traducción de la solicitud de asistencia jurídica mutua en virtud de la Convención de Viena, del



veintidós de agosto de dos mil cinco, obrante a fojas cuatro mil trescientos quince, donde se indicó que los hermanos Aybar Cancho tenían un proceso por narcotráfico y solicitaban pruebas que los involucrasen. En consecuencia, se advierte que los procesados tienen una causa penal pendiente en la Corte Distrital de Columbia de los Estados Unidos. Por lo expuesto, se ratifica que los procesados han tenido conexión con actividades ilegales al tráfico de drogas que es el delito fuente materia del lavado de activos.

VIGESIMOTERCERO. Respecto a los actos de conversión y transferencia realizados por los procesados Aybar Cancho, se tiene que en el caso de la primera actividad citada, estos se habrían valido de la utilización de las empresas Nippon Corporation S. A., Nippon Textil S. A. y Corporación Internacional de Espectáculos S. A. C. (CORPINDES S. A. C.), como empresas de fachada para insertar y colocar sus ganancias procedentes del tráfico ilícito de drogas y brindarles una apariencia de legalidad en el sistema financiero.

VIGESIMOCUARTO. De esa forma la empresa Nippon Corporation S. A. inició sus actividades el diecisiete de diciembre de mil novecientos noventa y dos, constituida por escritura pública en enero de mil novecientos noventa y tres, con un capital inicial de diez mil soles (fojas doscientos diez). Posteriormente, por escritura pública del veintidós de marzo de dos mil, incrementó su capital social a ciento setenta y cinco mil soles (fojas doscientos doce), se desconoce el origen lícito de los fondos de la empresa, pues al momento de su constitución las procesadas Liliana Villarreal Landeo de Aybar y Marisol Cabrejos Torres



de Aybar fueron socias fundadoras; sin embargo, estas fueron colocadas de forma figurativa por los hermanos Aybar Cancho, tal como lo señaló Marisol Cabrejos Torres en juicio oral, fojas once mil trescientos noventa y dos, y la segunda a nivel de instrucción, a fojas cinco mil novecientos dieciocho, aseveró desconocer los bienes que le pertenecían a la empresa.

VIGESIMOQUINTO. De modo similar la empresa Nippon Textil S. A. fue constituida el catorce de mayo de mil novecientos noventa y seis, tenía como socios fundadores a Héctor Franz Aybar Cancho, Liliانا Villarreal Landeo de Aybar y Luis Frank Aybar Cancho, con un capital social de siete mil trescientos soles (fojas doscientos nueve), cuyo objeto social era la fabricación, comercialización, distribución, importación y exportación de prendas de vestir en general. La empresa inició recién sus actividades en el año mil novecientos noventa y siete, sin sustentar contablemente sus actividades, sostienen que la información fue sustraída por personal policial y del SIN, no se han corroborado legalmente sus ingresos; por lo tanto, sus actividades estuvieron vinculadas al ocultamiento de ganancias del TID.

VIGESIMOSEXTO. Así también la empresa Corporación Internacional de Espectáculos S. A. C. (CORPINDES S. A. C.), constituida el veintiocho de mayo de mil novecientos noventa y ocho, por Ivachine Víctor Raschivkine Viatcheslav y Luis Frank Aybar Cancho, con un capital social de treinta mil soles (fojas doscientos dieciocho), teniendo como objeto social la producción de espectáculos públicos y privados, empresa usada para realizar actos de transferencia del dinero ilícito, pues al igual



que la anterior empresa no sustentó contablemente sus actividades comerciales.

VIGESIMOSÉPTIMO. Respecto a los actos de transferencia, los procesados Aybar Cancho adquirieron diversos inmuebles haciendo partícipe a su círculo familiar, tal es así que José Luis Aybar Cancho y su cónyuge Marisol Cabrejos Torres de Aybar compraron el inmueble ubicado en Mi Perú, manzana H dos, lote cuatro-Grupo "H", Ventanilla, Callao, adquirido el diez de noviembre de mil novecientos noventa y nueve por la suma siete mil dólares americanos. Al respecto, la citada refirió en sede judicial, a fojas seis mil novecientos veintitrés, que ignoraba la adquisición de tal inmueble. Asimismo, adquirieron los departamentos números cuatrocientos uno y cuatrocientos dos ubicados en la avenida Circunvalación número seiscientos sesenta y nueve, Santiago de Surco, adquirido el diecinueve de noviembre de mil novecientos noventa y nueve por la suma de setenta y tres mil ochocientos dólares americanos. Pero en su declaración ante el plenario José Luis Aybar Cancho refirió que fueron comprados con dinero de un préstamo (fojas once mil cuatrocientos ochenta y cinco), no obra documentariamente la fuente de financiamiento para tales efectos.

VIGESIMOCTAVO. Así también los hermanos Aybar Cancho utilizaron como testaferra a su hermana Ana Doris Aybar Cancho para la adquisición del local comercial ubicado en Coronel Juan Pascal Pringles número dos mil cuarenta y ocho, La Molina, adquirido el veintidós de diciembre de mil novecientos noventa y nueve por la suma de treinta

seis mil quinientos dólares americanos, dinero que el esposo de la procesada, Manuel Adolfo Aybar Marca, pretendió justificar con una declaración jurada (fojas dos mil quinientos seis), donde se consigna la entrega de cuarenta mil dólares americanos el tres de junio de dos mil cinco, se advirtió que fue realizado varios años después de la compra.

VIGESIMONOVENO. De ese modo los hermanos Aybar Cancho también invirtieron en la construcción del inmueble de la procesada Liliana Villarreal Landeo, ubicado en la manzana J, lotes tres y cuatro de la Cooperativa Aprovisa, La Molina, donde figura como propietaria y al no haber, ante el plenario, explicado la procedencia lícita del dinero, más aun cuando a nivel preliminar sostuvo que "suponía que el dinero era producto del trabajo de Francisco León Landeo en Rusia desde el año mil novecientos noventa y uno" (fojas tres mil seiscientos once). No declaró coherentemente ni sustentó con documentos la procedencia del dinero para la construcción de su inmueble.

TRIGÉSIMO. En cuanto a los actos de ocultamiento y tenencia respecto de Marisol Cabrejos Torres, se imputó que repentinamente adquirió con su esposo los departamentos números cuatrocientos uno y cuatrocientos dos ubicados en la avenida Circunvalación número seiscientos sesenta y nueve, Santiago de Surco. No obstante, en el plenario sostuvo que desconocía la fecha de adquisición (fojas once mil trescientos noventa y dos); asimismo, del inmueble ubicado en Ventanilla, Callao, refirió que desconocía la propiedad del citado inmueble (fojas once mil trescientos noventa y cuatro).



TRIGÉSIMO PRIMERO. Además, la Pericia contable número cero treinta-cero siete-dos mil quince-IN/PTID-LAVACTI-EC (fojas doce mil noventa y tres) concluyó que Marisol Cabrejos Torres y José Luis Aybar Cancho presentaban un desbalance patrimonial de quinientos ochenta y nueve mil quinientos sesenta y ocho dólares americanos. Indicios suficientes que nos permiten establecer la presunta procedencia ilícita de los fondos operados.

TRIGÉSIMO SEGUNDO. Sobre la imputación contra Lilliana Villarreal Landeo, se sostuvo que los inmuebles ubicados en la manzana J, lotes tres y cuatro de la cooperativa de vivienda Aprovisa, en La Molina, adquiridos el año mil novecientos noventa y tres por la suma de dos mil quinientos dólares americanos cada uno. No pagó veinticinco mil dólares, tal como se consignó en los registros públicos; además, en ese año firmó los documentos con la finalidad de constituir la empresa Nippon Corporation S. A., perteneciente a su esposo, confiando en este no indagó más en los asuntos de la referida empresa y de Nippon Textil S. A., así también la Pericia contable número cero treinta y ocho-cero nueve-dos mil quince-IN/PTID-LACATI-EC, que concluyó que "la procesada no pudo acreditar documentariamente el capital de ochenta mil dólares que invirtió en la construcción de los cuatro pisos de su inmueble", a fojas doce mil ciento veintiséis. Sumado a ello, se corroboró que en la empresa Nippon Textil S. A. era propietaria del veintiocho punto setenta y seis por ciento de las acciones; en el año mil novecientos noventa y siete tuvo una pérdida de dos mil ciento noventa soles, demostrando un desbalance patrimonial ascendente a ciento



trece mil quinientos doce dólares americanos (fojas doce mil ciento veintiséis).

TRIGÉSIMO TERCERO. En ese sentido, resulta inverosímil que las procesadas hayan tenido ingentes ingresos solo con el alquiler de la cochera de su suegro, sin desempeñarse en oficio o profesión que les permita sustentar sus patrimonios. Por una parte, Marisol Cabrejos Torres demostró que durante el tiempo que estuvo con su cónyuge, José Luis Aybar Cancho, este no le indicó que era dueña de la empresa Nippon Corporation S. A. Del mismo modo, la procesada Liliana Villarreal Landeo desconocía que tenía el puesto de gerente general de la empresa en mención, evidenciándose una vez más que las empresas solo sirvieron para ocultar las ganancias ilícitas y las procesadas fungían de accionistas prestando sus nombres para otorgar una apariencia de legalidad frente a terceros.

TRIGÉSIMO CUARTO. Respecto a la procesada Ana Doris Aybar Cancho, se imputó que junto a su cónyuge, Adolfo Aybar Marca, adquirieron el local comercial ubicado en Coronel Juan Pascal Pringles número dos mil cuarenta y ocho, La Molina, el veintidós de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, por la suma de treinta seis mil dólares americanos. Sin embargo, su esposo pretendió justificar con una declaración jurada la entrega de cuarenta mil dólares, pues tenía ingresos de abogado, contador y pensionista de la Ley número veinte cinco treinta. Se verificó que la entrega del dinero para la compra fue

muy distante al tiempo de la adquisición del citado inmueble, confirmada además con la Pericia contable número cero cuarenta y dos-cero nueve-dos mil quince-IN/PTID-LAVACTI-EC (fojas doce mil ciento sesenta y ocho), que concluyó que los fondos usados para la adquisición del inmueble no se encontraban sustentados documentariamente. Por ello, no bastó la declaración jurada de cuarenta mil dólares, sin adjuntar mayor acervo probatorio, pues debía demostrar que en la fecha de los hechos poseía los suficientes ingresos para sustentar tal compra.

TRIGÉSIMO QUINTO. En conclusión, el Colegiado Superior no efectuó una debida valoración de los hechos ni pruebas actuadas, así como la tipificación del delito de lavado de activos, afectándose la debida motivación de las resoluciones judiciales, establecida en el artículo ciento treinta y nueve, inciso cinco, de la Constitución Política. Por lo tanto, se debe proceder conforme a lo previsto por los artículos doscientos noventa y ocho y trescientos uno del Código de Procedimientos Penales.

DECISIÓN

De conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal Supremo, declararon:

I. NO HABER NULIDAD en la sentencia recurrida del veintisiete de marzo de dos mil dieciséis, a fojas trece mil noventa y uno, emitida por la Segunda Sala Penal Liquidadora, en los extremos que declaró:

1. Fundada por unanimidad la excepción de naturaleza de acción interpuesta por José Luis Aybar Cancho, Luis Frank Aybar Cancho y Carmen Astrit Aybar Cancho, en el extremo de la acusación fiscal por el delito de lavado de activos, vinculado al delito de tráfico de armas.

2. Fundada de oficio por unanimidad la excepción de naturaleza de acción a favor de Liliana Villarreal Landeo de Aybar, Marisol Cabrejos Torres de Aybar, Ana Doris Aybar Cancho y Pedro Celestino Aybar Galiano, en el extremo de la acusación fiscal por el delito de lavado de activos, vinculado al delito de tráfico de armas, en agravio del Estado.

II. NULA la sentencia recurrida citada en los extremos que declaró:

1. Fundada por mayoría la excepción de naturaleza de acción interpuesta por José Luis Aybar Cancho y Luis Frank Aybar Cancho en el extremo de la acusación fiscal por el delito de lavado de activos, en calidad de autores (autolavado), provenientes del delito de tráfico ilícito de drogas; y

2. Absuelve por mayoría a Liliana Villarreal Landeo de Aybar, Marisol Cabrejos Torres de Aybar, Carmen Astrit Aybar Cancho, Ana Doris Aybar Cancho y Pedro Celestino Aybar Galiano como presuntos autores del delito de lavado de activos-actos de ocultamiento y tenencia en agravio del Estado, proveniente del delito de tráfico ilícito de drogas.

III. DISPUSIERON contra los citados la realización de un nuevo juicio oral por otro Colegiado Superior y que se emita nueva sentencia, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte considerativa de la presente Ejecutoria Suprema.



IV. **NO HABER NULIDAD** en lo demás que al respecto contiene, y los devolvieron. Intervino la señora Jueza Suprema Chávez Mella por impedimento del señor Juez Supremo Sequeiros Vargas.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

SALAS ARENAS

NEYRA FLORES

CHÁVEZ MELLA

NF/rrr

SE PUBLICO CONFORME A LEY

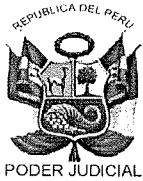

Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

11 JUN 2018

Resoluciones para la Unidad 6 (Delitos contra el Orden Económico):

- **Recurso de Nulidad N° 329-2018/Nacional** (Sala Penal Permanente), de fecha 18.09.2019 (Ponente: San Martín Castro).

De acuerdo a la Corte Suprema en este recurso de nulidad, no es relevante que el autor del delito fuente sea el mismo que realiza posteriormente un acto de lavado de activos, pues la primera conducta en relación a la segunda conducta es distinta, tutelándose a través de ambos tipos penales bienes jurídicos distintos. Se aclara que el Decreto Legislativo 986 no cambió la Ley 27765 ni creó un injusto distinto ni una nueva estructura de imputación, ya que solo precisó una circunstancia para solventar una polémica doctrinal.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO NULIDAD N.º 329-2018/NACIONAL
PONENTE: CESAR SAN MARTIN CASTRO

Lavado de activos: autolavado y delito fuente

Sumilla. (i) El conjunto de activos movilizados para las transferencias y adquisiciones cuestionadas están vinculados con la actividad criminal previa de tráfico ilícito de drogas. Ésta, como se sabe, se debe acreditar desde una perspectiva genérica, y han de dar lugar a la generación de activos que es de rigor convertir, transferir u ocultar, según los casos. En el presente asunto, la actividad criminal precedente importó una serie de conductas proyectadas en el tiempo y generó, sin duda, activos por el mercado ilícito (tráfico de drogas) en que se insertó, que se necesitaban blanquear, para lo cual se realizaron diversas maniobras entre personas vinculadas entre sí para introducir el activo maculado en el sistema económico. (ii) Es indiferente que el autor del delito fuente o precedente sea el mismo que realiza ulteriormente un acto de lavado de activos maculados, pues la primera conducta en relación a la segunda conducta es diferente y ambos tipos penales tutelan bienes jurídicos distintos o diversos. El Decreto Legislativo 986 no cambió la Ley 27765 ni creó un injusto distinto ni una nueva estructura de imputación, solo precisó una circunstancia para solventar una polémica doctrinal que generaba una desestabilización de la persecución penal.

Lima, dieciocho de setiembre de dos mil diecinueve

VISTOS: los recursos de nulidad interpuestos por el señor FISCAL SUPERIOR ESPECIALIZADO EN DELITOS DE LAVADO DE ACTIVOS y por la señora PROCURADORA PÚBLICA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS, LAVADO DE ACTIVOS Y PÉRDIDA DE DOMINIO contra la sentencia de fojas catorce mil seiscientos veintiocho, de veinticuatro de octubre de dos mil diecisiete, en cuando: (i) declaró fundada la excepción de naturaleza de acción respecto del acusado Jorge Manuel Luis Ramírez Jiménez; (ii) absolvió a Elsa Katherine Gómez Rosas de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de lavado de activos (artículos 1 y 3, último párrafo, de la Ley número 27765) en agravio del Estado; y, (iii) absolvió a Moisés Jorge Ramírez Jiménez, Teodora Guzmán Casafranca, Alejandro Cárdenas Quihui, Oscar Roberto Cori Calixto, Luzmila Ugarte Huamán e Hilario Humberto Rojas León de la acusación fiscal formulada contra ellos por delito de lavado de activos (artículos 1, 2 y 3, último párrafo, de la Ley 27765) en agravio del Estado; con lo demás que al respecto contiene.

OÍDO el informe oral.



Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS

§ 1. *DE LAS PRETENSIONES IMPUGNATIVAS DE LAS PARTES ACUSADORAS*

PRIMERO. Que el señor Fiscal Superior en su recurso de nulidad formalizado de fojas catorce mil setecientos cincuenta y tres, de siete de noviembre de dos mil diecisiete, requirió la anulación de la sentencia absolutoria. Argumentó que no se aplicó el Acuerdo Plenario 3-2010/CJ-116 y no se tuvo en cuenta los artículos 1 y 2 de la Ley 27765; que la Ejecutoria Suprema RN 1881-2014/Lima estableció que también puede ser investigado por lavado de activos el mismo autor del delito fuente; que los principales encausados están vinculados con un narcotraficante chileno, Mauricio Bahomonde, desde el año dos mil y el delito materia de condena por tráfico ilícito de drogas se refiere a una intervención ocurrida en junio de dos mil seis en Chile; que la empresa Servicom Ramírez SAC era una fachada utilizada para el tráfico ilícito de drogas; que los imputados dijeron laborar en Servicom Ramírez SAC, pero están implicados en tráfico ilícito de drogas (los encausados Garate Villacorta y Cori Calixto tienen condenas por ese delito); que con el dinero maculado se compró bienes inmuebles y vehículos, parte de ellos formaron la empresa Servicom Ramírez SAC y no presentan ingresos lícitos debidamente justificados; que no es necesario probar acabadamente el delito fuente para condenar por delito de lavado de activos.

SEGUNDO. Que la señora Procuradora Pública del Estado en su recurso de nulidad formalizado de fojas catorce mil setecientos setenta y seis, de nueve de noviembre de dos mil diecisiete, instó la anulación de la sentencia absolutoria. Alegó que el autolavado ha sido punible desde la dación de la Ley 27765 y aun cuando mediante el Decreto Legislativo 986, de veintidós de julio de dos mil siete, se sancionó expresamente ello no significa que antes no era punible, pues el delito de lavado de activos es un delito autónomo y contra un bien jurídico distinto del delito fuente, al punto que la jurisprudencia así lo determinó –cita cuatro Ejecutorias Supremas–; que las referencias al delito de tráfico ilícito de drogas del catorce de octubre de dos mil seis, constituyen indicios de la vinculación de los imputados con ese delito, y basta su acreditación de modo genérico; que no se valoró las cuatro pericias contables que corren en autos y que concluyeron que los encausados Jorge Ramírez Jiménez, Gómez Rosas, Moisés Ramírez Jiménez, Guzmán Casafranca, Ugarte Huamán y Cárdenas Quihui tienen desbalances patrimoniales no justificados; que consta en autos prueba documental que acredita que los imputados no tenían capacidad económica lícita para adquirir bienes muebles e inmuebles.

§ 2. DE LOS HECHOS OBJETO DEL PROCESO PENAL

TERCERO. Que, según la acusación fiscal de fojas doce mil novecientos cuarenta y cinco, de trece de abril de dos mil dieciséis, los hechos penalmente relevantes son los siguientes:

1. El encausado Jorge Ramírez Jiménez, de quien Chile solicitó su extradición, y el ciudadano chileno Mauricio Bahamonde Merino están vinculados al tráfico ilícito de drogas en Chile. Consta que en junio de dos mil seis el encausado Jorge Ramírez Jiménez, junto con el peruano Neil Garate Villacorta, se dedicaban al envío de drogas al encausado chileno Christian Alejandro Filippi Díaz, quien coordinaba esta transferencia con el ciudadano chileno Mauricio Bahamonde Merino. El envío consistió en más de ochenta kilos de clorhidrato de cocaína, y fue acopiada en el domicilio de Ángela Díaz Varas, Raúl Díaz Díaz y Leonardo Díaz Díaz, en Arica, de donde fue trasladada a Santiago de Chile en un camión. La Policía Chilena pudo detener a Silva Hinostroza y Filippi Díaz, así como allanó el predio de Ángela Díaz Varas y los hermanos Díaz Díaz donde encontró clorhidrato de cocaína; igualmente, detuvo en el puesto fronterizo de Challuta a Jorge Ramírez Jiménez y Garate Villacorta. Toda la droga decomisada tenía un peso de ciento cincuenta y nueve kilos con seiscientos treinta gramos de cocaína. El doce de julio de dos mil siete se condenó por estos hechos a Díaz Varas, Filippi Díaz, Mera Erices, Díaz Díaz, Silva Hinostroza, Garate Villacorta y Pereira Pallauta.
2. En coordinación con la Brigada Antinarcoóticos de Chile, la Policía Nacional del Perú detuvo en Tacna, el día quince de febrero de dos mil ocho, a Bahamonde Merino, Arenas Bahamonde y Vallejos Tam, a quienes se les decomisó treinta y un mil trescientos ochenta kilos de clorhidrato de cocaína –ellos viajaron de Chile a Tacna para recibir la droga y trasladarla a Chile–. Asimismo, se detuvo al encausado Jorge Ramírez Jiménez, contacto peruano y quien entregó la droga decomisada, así como también al chofer del vehículo donde se trasladó la droga para entregársela a los primeramente nombrados, el encausado Oscar Roberto Cori Calixto, conjuntamente con Julio Cori Calixto y Aguilera Chuica. A Jorge Ramírez Jiménez y Oscar Roberto Cori Calixto se les condenó a veinte años de pena privativa de libertad por delito de tráfico ilícito de drogas [sentencia de fojas trece mil setecientos cincuenta y nueve, de dos de setiembre de dos mil nueve, y Ejecutoria Suprema de fojas trece mil setecientos ochenta y tres, de veintitrés de junio de dos mil diez].
3. Las investigaciones ulteriores por lavado de activos se iniciaron por disposición fiscal de fojas cincuenta y uno, de treinta y uno de marzo de dos mil ocho, que dio lugar a la formalización de la denuncia de fojas diez mil quinientos setenta y uno, de catorce de enero de dos mil trece, y el auto de



apertura de instrucción de fojas diez mil seiscientos setenta y dos, de veinte de mayo de dos mil trece.

4. El encausado Jorge Ramírez Jiménez adquirió diversos bienes y constituyó la empresa Servicom Ramírez SAC para colocar los activos maculados en el sistema financieros y realizar compra venta de bienes con el dinero producto del tráfico de drogas. Así, constituyó la referida empresa el quince de noviembre de dos mil con un porcentaje de mil cuatrocientos acciones por un valor de catorce mil soles; el once de octubre de dos mil uno adquirió un terreno en la Urbanización Valle de Lurín por cien mil dólares americanos; adquirió un inmueble en el distrito de San Luis por doscientos mil soles en diciembre de dos mil uno; transfirió el dinero de Lurín a Ramírez Espinoza y Berríos de Ramírez el tres de julio de dos mil dos y el veintitrés de octubre de dos mil tres por noventa mil dólares, negocio en el que intervino su esposa y coimputada Gómez Rosas; compró un vehículo el veinte de junio de dos mil seis por veinticuatro mil quinientos dólares; adquirió una casa de playa en Cerro Azul el diecisiete de febrero de dos mil cinco por ciento treinta mil dólares –la adquisición la realizó conjuntamente con su esposa y coimputada Gómez Rosas–; y, vendió el vehículo antes adquirido el veinticinco de setiembre de dos mil siete por veinte mil dólares americanos.

5. La encausada Gómez Rosas es esposa de Jorge Ramírez Jiménez, a quien conoció en el año dos mil y se casó en octubre de dos mil uno y su padrino de boda fue el narcotraficante Mauricio Bahamonde Merino, al igual que padrino de uno de sus hijos. Ella recibió de Fernando Bahamonde, el diecisiete de octubre de dos mil tres, la suma de dos mil novecientos cuarenta dólares; transfirió el terreno de Lurín a Ramírez y Berríos de Ramírez el veintitrés de octubre de dos mil tres por noventa mil dólares; adquirió la casa de playa de Cerro Azul por ciento treinta mil dólares el diecisiete de febrero de dos mil cinco; y, la vendió el diez de setiembre de dos mil siete por ochenta mil dólares.

6. El encausado Cárdenas Quihui, quien tiene antecedentes por delito de tráfico ilícito de drogas, realizó transacciones ficticias de transferencias con Moisés Ramírez Jiménez para evitar la identificación del origen de los activos. Adquirió ficticiamente el inmueble ubicado en San Juan de Miraflores con fecha veintidós de enero de dos mil tres por veinticinco mil dólares; y, luego, el cinco de setiembre de dos mil ocho lo transfirió por veintiocho mil dólares.

7. El encausado Moisés Ramírez Jiménez, hermano de Jorge Ramírez Jiménez, tiene ingresos a Chile desde dos mil uno. Con este último formó la empresa Servicom Ramírez SAC. El narcotraficante chileno Mauricio Bahamonde Merino le envió entre dos mil tres y dos mil cuatro un total de veinte mil doscientos cincuenta y dos punto cincuenta y tres mil dólares. Además, adquirió el inmueble de San Juan de Miraflores el veintidós de noviembre de dos mil por trece mil quinientos dólares; compró un vehículo el

doce de febrero de dos mil dos por dos mil cien dólares; vendió el inmueble de San Juan de Miraflores el veintidós de enero de dos mil tres por veinticinco mil dólares; adquirió un inmueble en San Miguel el catorce de abril de dos mil tres por ochenta mil dólares; recibió dinero del extranjero en dos mil tres y dos mil cuatro por un total de ochocientos noventa y dos mil punto cuarenta y ocho dólares; adquirió un vehículo el dieciocho de agosto de dos mil seis por cinco mil seiscientos dólares; entregó el inmueble de San Miguel en dación en pago a favor de su conviviente Guzmán Casafranca el dos de noviembre de dos mil seis, adquirió acciones y derechos de un inmueble en San Miguel el siete de febrero de dos mil ocho, por sesenta y ocho mil dólares; y, finalmente, lo donó a su conviviente.

8. La encausada Guzmán Casafranca, conviviente de Moisés Ramírez Jiménez, carece de ocupación remunerada y es ama de casa. Adquirió el treinta por ciento de acciones del inmueble del jirón Castilla setecientos once en San Miguel por sesenta y ocho mil dólares. Recibió en donación acciones y derechos del citado inmueble. Adquirió un inmueble en la avenida Prolongación Ayacucho el veintiocho de marzo de dos mil ocho por diez mil dólares; y, lo transfirió por treinta y un mil dólares. Adquirió el inmueble de la Urbanización Pando en San Miguel el dos de noviembre de dos mil seis por dación en pago de su conviviente; y, el seis de febrero de dos mil ocho lo transfirió por cincuenta y cinco mil dólares.

9. El encausado Oscar Roberto Cori Calixto, chofer de la empresa Servicom Ramírez SAC, tiene ingresos a Chile, fue intervenido en Tacna con Jorge Ramírez Jiménez y el chileno Mauricio Bahamonde transportando droga y está solicitado por un Juzgado de Arica. Simuló la adquisición de una camioneta con su coencausado Jorge Ramírez Jiménez por cinco mil dólares, empero este último la transfirió a otra persona. Envío dinero, por intermedio de Tacna Través, a la Argentina por dos mil ochocientos cincuenta y cuatro punto ochenta dólares el veinte de diciembre de dos mil cinco.

10. Los convivientes, encausados Rojas León y Ugarte Huamán, tenían ocultos cincuenta mil dólares. Simularon la adquisición de un inmueble en la Urbanización Pando en San Miguel por cincuenta y cinco mil dólares el seis de febrero de dos mil ocho que se pagó a Guzmán Casafranca, conviviente de Moisés Ramírez Jiménez.

∞ La sentencia no comprendió a Consuelo Rosaura Berríos de Ramírez porque se extinguió la acción penal por fallecimiento incoada contra ella.

§ 3. DE LA ABSOLUCIÓN DEL GRADO

CUARTO. Que la sentencia de instancia justificó la absolución en lo siguiente:

1. Respecto de Jorge Ramírez Jiménez, los hechos imputados datan desde el año dos mil al año dos mil siete; que la ley 27765 estaba vigente desde el

veintisiete de junio de dos mil dos hasta el veintiuno de julio de dos mil siete, periodo dentro del cual no estaba criminalizado el autolavado; que la venta de la casa de cerro azul y del vehículo automotor se produjo cuando ya no estaba vigente la ley 27765, pero su adquisición se produjo cuando la dicha ley estaba en vigor.

2. En cuanto a Gómez Rosas, la pericia contable comprende un período anterior al año dos mil seis, es decir, anterior a la fecha en la que se haría producido el delito previo, y aunque la pericia cierra al dos mil doce no existe precisión en las fechas; que no se verificó la existencia de desbalance patrimonial; que la recepción de dinero por parte de Jorge Ramírez Jiménez corresponde a un periodo anterior al año dos mil seis; que la recepción de dinero de Fernando Bahamonde, la transferencia del terreno de Lurín y la adquisición de la propiedad en la playa en Cerro Azul no existe relación temporal con el delito previo.

3. En lo referente a Cárdenas Quihui, la pericia contable no es concluyente y comprende un periodo anterior al catorce de noviembre de dos mil seis, fecha del delito previo; que el veintidós de enero de dos mil tres adquirió un inmueble en San Juan de Miraflores y lo vendió el cinco de setiembre de dos mil ocho, esto es, que lo adquirió con anterior a la fecha del delito previo; que la Fiscalía afirmó que actuó como testaferro, pero tal cargo no figuró en la incriminación primigenia.

4. En lo concerniente a Moisés Ramírez Jiménez, la pericia que lo comprende y a su conviviente Guzmán Casafranca ha sido limitada por falta de información, por lo que no es concluyente; que otra pericia del período dos mil guion dos mil doce concluyó que existe desbalance patrimonial, pero este último comprende un período anterior al dos mil seis, materia de cuestionamiento; que el testigo Guevara LLatas declaró que vendió el predio a ambos encausados y se pactó la consignación en el contrato de un precio por debajo del real pero el pago fue bancarizado; que los hechos imputados corresponden al periodo previo al catorce de noviembre de dos mil seis; que no tiene un incremento patrimonial inusual, pues antes tenía un inmueble en San Juan de Miraflores; que no manejaba cantidades elevadas de dinero; que el delito de tráfico ilícito de drogas se suscitó con posterioridad a la adquisición de los bienes que parte de su patrimonio.

5. En lo atinente a Guzmán Casafranca, los fundamentos absolutorios son los mismos utilizados para su conviviente Moisés Ramírez Jiménez; que las transferencias realizadas no permiten colegir actuó dolosamente; que no se probó que tuvo conocimiento de las actividades ilícitas de su cuñado Jorge Manuel Ramírez Jiménez; que tiene capacidad económica para la adquisición del porcentaje de acciones y derechos de un predio, porque con anterioridad a los presuntos hechos de lavado de activos vendió un inmueble y obtuvo una suma de dinero; que no manejaba cantidades apreciables de dinero.

6. En atención a Cori Calixto, la transferencia de dinero desde Tacna a la Argentina se realizó con anterioridad a la configuración del delito previo; que no se estableció el marco temporal de la adquisición del vehículo, pero según el historial de dominio del mismo la transferencia se realizó el ocho de junio de dos mil seis, es decir con anterioridad a la configuración del delito previo.
7. En relación a Ugarte Huamán, la pericia comprendió un período anterior a la fecha de configuración del delito previo; que su pareja Rojas León solo poseía combis y fundos dedicados al café.
8. En lo vinculado a Rojas León, la adquisición del predio de San Miguel se produjo antes del catorce de octubre de dos mil seis, y no se probó que participó en la adquisición de dicho inmueble.

QUINTO. Que, ahora bien, es de precisar, desde la descripción del suceso histórico que constituye el objeto del presente proceso penal, que el principal encausado: Jorge Ramírez Jiménez, al igual que el imputado Oscar Cori Calixto, estuvo vinculado en la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas con envíos de droga desde el Perú a Chile, donde recién en junio de dos mil seis se descubrió por acción de los organismos policiales de ese país –estaban involucrados ciudadanos chilenos, entre ellos: Mauricio Bahamonde Merino, y ciudadanos peruanos– [fojas tres mil cuatrocientos trece, diez mil novecientos treinta y tres y once mil ciento y uno].

∞ De igual manera, a raíz de una información de la policía chilena, se realizó una operación de interdicción de tráfico de drogas en Tacna el quince de febrero de dos mil ocho, en la que fueron intervenidos ciudadanos chilenos y peruanos, entre ellos Mauricio Bahamondes Merino, Jorge Ramírez Jiménez y Oscar Cori Calixto. A estos últimos se les condenó por tráfico ilícito de drogas a veinte años de pena privativa de libertad [fojas trece mil setecientos cincuenta y nueve y trece mil setecientos ochocientos y tres].

∞ Se trató, en ambos casos, de envíos de cantidades apreciables de clorhidrato de cocaína que, como es obvio, tuvo que demandar una coordinación intensa, constituir un vínculo precedente en el tiempo razonablemente anterior al descubrimiento de un envío a Chile y otro frustrado desde Tacna, así como una actividad de acopio y de envío de droga significativa y compleja, que determinaron la estructuración de una red de contactos, un *modus operandi* específico para concretar su finalidad delictiva, y la creación y consolidación de un mercado ilícito para el comercio de cocaína. No se está ante hechos ocasionales y simples, sino ante conductas complejas que importaron tiempo de planificación, preparación y ejecución, así como un determinado nivel organizativo y logístico.

∞ La ligazón de Jorge Ramírez Jiménez con Bahamonde Merino, desde luego, no se limitó al año en que se ejecutó la primera acción de interdicción: junio de dos mil seis; y, luego, de la segunda: septiembre de dos mil nueve. Ellos se



conocieron desde antes del año dos mil, al punto que al año siguiente el segundo fue padrino de matrimonio del primero e, incluso, posteriormente, fue padrino de su hijo. Es más, esa relación se advirtió cuando Bahamonde Merino envió dinero a su esposa, la encausada Gómez Rosas, el diecisiete de octubre de dos mil tres. Además, Moisés Ramírez Jiménez, hermano de Jorge Ramírez Jiménez, registra ingresos a Chile desde el año dos mil uno y remitió dinero a Bahamonde Merino en dos mil cuatro y este hizo lo propio entre dos mil tres y dos mil cuatro [fojas quinientos veintinueve]. Asimismo, Cori Calixto registra ingreso a Chile desde el año dos mil tres y tiene una condena por tráfico ilícito de droga conjuntamente con Jorge Ramírez Jiménez.

∞ Por otra parte, el vínculo de la empresa Servicom Ramírez S.A., con los hechos se circunscribe a la circunstancia de que los encausados Jorge y Moisés Ramírez, así como Cori Calixto prestaban servicios en dicha empresa.

SEXO. Que es verdad que los actos de lavado de activos objeto de imputación ocurrieron en un período de tiempo prolongado, por lo menos desde noviembre de dos mil –año de la constitución de la empresa Servicom Ramírez SAC– hasta septiembre de dos mil ocho –año en que se produjeron diversas transferencias inmobiliarias–.

∞ Sobre el particular, es de acotar que (i) el encausado Jorge Ramírez Jiménez, y los demás imputados, según las pericias contables, no han acreditado ingresos lícitos y justificado su actividad económica razonable, dentro de la legalidad: el desbalance patrimonial es patente [véase: pericias de fojas tres, seiscientos diecisiete, trece mil cuatrocientos noventa y siete, trece mil quinientos treinta y cuatro, trece mil quinientos y trece mil quinientos veintiuno, así como la global de fojas trece setecientos noventa y cinco], y (ii) la vinculación previa con el tráfico ilícito de drogas es manifiesta, por lo menos entre los hermanos Ramírez Jiménez y Cori Calixto; asimismo, el encausado Cárdenas Quihui registra antecedentes y una condena por tráfico ilícito de drogas [véase: oralización del fallo en la sesión de veinticinco de julio de dos mil diecisiete, de fojas catorce mil trescientos ochenta y uno].

∞ En tal virtud, es de afirmar fundadamente que el conjunto de activos movilizados para las transferencias y adquisiciones cuestionadas están vinculados con la actividad criminal previa de tráfico ilícito de drogas. Ésta, como se sabe, se debe acreditar desde una perspectiva genérica, y han de dar lugar a la generación de activos que es de rigor convertir, transferir u ocultar, según los casos. En el presente asunto, la actividad criminal precedente importó una serie de conductas proyectadas en el tiempo y generó, sin duda, activos por el mercado ilícito (tráfico de drogas) en que se insertó, que se necesitaban blanquear, para lo cual se realizaron diversas maniobras entre personas vinculadas entre sí para introducir el activo maculado en el sistema económico.

∞ Esta actividad delictiva precedente finalmente se consolidó con el hecho de que los imputados principales en dos mil seis y dos mil nueve ejecutaron específicas conductas de tráfico ilícito de drogas. Cabe reafirmar, además, que los vínculos delictivos de los principales encausados con el tráfico ilícito de drogas se iniciaron por lo menos desde el año dos mil, por lo que es de estimar que los activos que posteriormente se utilizaron para diversas transacciones son “maculados”.

SÉPTIMO. Que, de otro lado, el Tribunal Superior afirmó que el delito de lavado de activos no permitía, en ese entonces, el auto lavado, para lo cual plantea una lógica normativa formalista en extremo: la norma que reemplazó a la Ley 27765, de veintisiete de junio de dos mil dos, recién incorporó de modo expreso el auto lavado (Decreto Legislativo 986, de veintidós de julio de dos mil siete). Empero, tal opción interpretativa ha sido expresamente desestimada por este Supremo Tribunal en numerosas Ejecutorias –citadas por los impugnantes y por el señor Fiscal Supremo en lo Penal–. Es indiferente que el autor del delito fuente o precedente sea el mismo que realiza posteriormente un acto de lavado de activos maculados, pues la primera conducta en relación a la segunda conducta es diferente y ambos tipos penales tutelan bienes jurídicos distintos o diversos. El Decreto Legislativo 986 no cambió la Ley 27765 ni creó un injusto distinto ni una nueva estructura de imputación, solo precisó una circunstancia para solventar una polémica doctrinal que generaba una desestabilización de la persecución penal.

∞ Siendo así, toda la argumentación que descansa en la premisa hermenéutica afirmada por el Tribunal Superior no es de recibo. Este grave *error iuris* desautoriza la fundabilidad de la excepción de naturaleza de acción respecto de Jorge Ramírez Jiménez y la absolución a los demás encausados –salvo a los acusados Ugarte Huamán y Rojas León–.

OCTAVO. Que, por último, no consta prueba de cargo que revele un vínculo previo entre los encausados absueltos Ugarte Huamán y Rojas León con Teodora Guzmán Casafranca, conviviente de Moisés Ramírez Jiménez. La afirmación de la encausada Ugarte Huamán, en el sentido de que se enteró de la puesta en venta del predio que aparecía a nombre de Guzmán Casafranca por información de su hija [instructiva de fojas once mil doscientos once], no ha sido descartada –la encausada Guzmán Casafranca lo vendió por cincuenta y cinco mil dólares y antes lo había adquirido su conviviente a ochenta mil dólares, el cual se lo dio en dación en pago [fojas dos mil setecientos cuarenta y nueve y once mil doscientos once, así como fojas trece mil ochocientos ochenta y ocho–. Nada indica que compradora y vendedora –informe de fojas dos mil sesenta– estaban vinculadas por otras actividades o que se conocían con anterioridad y sabían de sus labores o gestiones patrimoniales, así como



que se trató de una operación inusual. De igual modo, no constan datos probatorios que revelen que ese negocio jurídico fue simulado o ficticio y, por tanto, que se trató de ocultar el carácter ilícito del mismo y de la forma inicial de su adquisición.

∞ Los imputados Ugarte Huamán y Rojas León carecen de antecedentes [fojas once mil trescientos veinticuatro y diez mil ochocientos]. Si bien las pericias contables [fojas nueve mil ciento ochenta y trece mil quinientos veintiuno] indicaron que no aportaron información que revele su capacidad económica para justificar la adquisición de inmuebles –indicio periférico–, si se tiene en cuenta que nada revela que estuviera en condiciones de conocer o, por lo menos de presumir, que ese concreto inmueble –cuya adquisición se cuestiona– pueda ser producto de conductas de lavado de activos, que era un activo maculado, y que no está probado que existan vínculos previos con la vendedora que revelen que no podía serle ajeno que la vendedora no contaba con capacidad económica para que un bien inmueble apareciera a su nombre, así como que su conviviente podría estar vinculado con una actividad delictiva, no cabe otra opción que concluir que existe duda razonable acerca la comisión del delito acusado –la exigencia de una cadena de indicios graves, convergentes y concurrentes entre sí que, sin fisuras, permita dar por acreditado un injusto penal no se ha cumplido–. Es evidente que no se está ante un contrato simulado o ficticio, para ocultar la propiedad real de los convivientes Teodora Guzmán Casafranca, conviviente de Moisés Ramírez Jiménez –la simulación no tiene el menor aval probatorio–. La declaración plenaria del sobrino de la referida encausada Ugarte Huamán, José Eduardo Jiménez Llerena, Limber Alex Berrocal Ugarte, da cuenta que dicha encausada tuvo el cuidado de hacer verificaciones registrales y notariales del predio objeto de adquisición [fojas trece mil novecientos setenta y cinco].

DECISIÓN

Por estos motivos, de conformidad en parte con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal: **I.** Declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas catorce mil seiscientos veintiocho, de veinticuatro de octubre de dos mil diecisiete, en cuanto declaró fundada la excepción de naturaleza de acción respecto del acusado Jorge Manuel Luis Ramírez Jiménez; reformándola: declararon **INFUNDADA** dicha excepción y ordenaron prosiga la causa conforme a ley. **II.** Declararon **NULA** la referida sentencia en la parte que absolvió a Elsa Katherine Gómez Rosas de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de lavado de activos (artículos 1 y 3, último párrafo, de la Ley número 27765) en agravio del Estado; y, absolvió a Moisés Jorge Ramírez Jiménez, Teodora Guzmán Casafranca, Alejandro Cárdenas Quihui, y Oscar Roberto Cori Calisto de la acusación fiscal formulada contra ellos por delito de



lavado de activos (artículos 1, 2 y 3, último párrafo, de la Ley 27765) en agravio del Estado; en consecuencia, **ORDENARON** se realice nuevo juicio oral por otro Colegiado Superior, teniendo presente lo dispuesto por el artículo 298, último párrafo, última oración, del Código de Procedimientos Penales. **III. Declararon NO HABER NULIDAD** en la citada sentencia en el extremo que absolvió a Luzmila Ugarte Huamán e Hilario Humberto Rojas León de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de lavado de activos en agravio del Estado; con lo demás que al respecto contiene y es materia del recurso. **DISPUSIERON** se remita la causa al Tribunal Superior de origen para los fines de ley. Intervino la señora Castañeda Otsu por licencia del señor Castañeda Espinoza. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas a esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

FIGUEROA NAVARRO

PRÍNCIPE TRUJILLO

CASTAÑEDA OTSU

CHÁVEZ MELLA

CSM/abp

Resolución para la Unidad 7 (Delitos relativos a la Ordenación del Territorio y el Urbanismo):

- **Sentencia del Tribunal Supremo (España) 586/2017**, de fecha 20.07.2017 (Ponente: Julián Sánchez Melgar).

De acuerdo a la presente sentencia emitida por el Tribunal Supremo español, los acusados, en terrenos pertenecientes a un parque regional de la naturaleza, protegido administrativamente y con un valor ecológico notable, realizaron varias construcciones totalmente prohibidas, de tal forma que urbanizaron el terreno, ofreciendo barracones de feria y desnaturalizando el terreno.

STS 586/2017, 20 de Julio de 2017

Jurisdicción: España
Emisor: Tribunal Supremo, sala segunda, (penal)
Número de resolución: 586/2017
Fecha: 20 Julio 2017
Id. vLex VLEX-690749649

Link: <https://app.vlex.com/vid/690749649>

Resumen

DELITO CONTRA LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO. URBANIZACIÓN ILEGAL.
Los acusados, en terrenos pertenecientes a un parque regional de la naturaleza, protegido administrativamente y con un valor ecológico de indudable constancia, realizaron toda una serie de construcciones, absolutamente prohibidas, de tal manera que urbanizaron el terreno, ofreciendo barracones de feria y desnaturalizando el terreno. Se desestima el recurso de casación por infracción de ley.

Original

* Delito contra la ordenación del territorio. * Masiva urbanización ilegal en parque de la naturaleza, especialmente protegido. * Error de tipo y error de prohibición. * Carácter común del sujeto activo: no es precisa su cualificación profesional. Promotor puede ser cualquiera. * Demolición: alcance jurídico. * Atenuante de dilaciones indebidas: simple, pero no cualificada.

Texto

Contenidos

- ANTECEDENTES DE HECHO
 - PRIMERO
 - SEGUNDO
 - TERCERO
 - CUARTO
 - QUINTO
 - SEXTO

- **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

- **FALLO**

Sentencia citada en: 107 sentencias, 6 artículos doctrinales

SENTENCIA

En Madrid, a 20 de julio de 2017

Esta sala ha visto dictada el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la representación legal de los acusados DON Donato , DON Genaro , DON Landelino , DON Plácido , DOÑA Milagrosa , DON Jose Ramón y DON Pedro Francisco , contra Sentencia núm. 648/2016 de 4 de noviembre de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Madrid, n el Rollo de Sala núm. 748/2016 dimanante del P.A. núm. 939/2008 del Juzgado Mixto de Navalcarnero, seguido por delito contra la ordenación del territorio contra DON Donato , DON Genaro , DON Landelino , DON Plácido , DOÑA Milagrosa , DON Jose Ramón , DON Pedro Francisco y DOÑA María Rosario . Los Excmos. Sres. Magistrados de esta Sala anotados al margen han constituido Sala bajo la Presidencia del primero de los indicados para ver y decidir el presente recurso de casación. Han sido partes el Ministerio Fiscal y los acusados representados por el procurador de los Tribunales Don Carlos Beltrán Marín y defendidos por el Letrado Don Antonio Caro Picón.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

El Juzgado de Instrucción núm. 4 de Navalcarnero incoó P.A. núm. 939/2008 por delito contra la ordenación del territorio contra DON Donato , DON Genaro , DON Landelino , DON Plácido , DOÑA Milagrosa , DON Jose Ramón , DON Pedro Francisco y DOÑA María Rosario , y una vez concluso lo remitió a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Madrid que con fecha 4 de noviembre de 2016 dictó Sentencia núm. 648/2016 , que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS :

Donato y Genaro , ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, adquirieron mediante escritura pública de compraventa otorgada el 7- 11-2002 por el Notario de Alarcón D. Fernando Delgado García la finca rústica número NUM000 , inscrita en el Registro de la Propiedad de Alarcón, Parcela n° NUM001 del Polígono n° NUM002 sita en el PARAJE000 , con una superficie de 85 áreas y 20 centiáreas.

Donato , mayor de edad y sin antecedentes penales, con fecha 18-10-2007 adquirió mediante escritura pública de compraventa otorgada por el Notario de Madrid D. José Antonio García- Nobleja Sant-Olallo la finca rustica inscrita en

el Registro de la propiedad de Navalcarnero, al sitio " DIRECCION000 " las parcelas n° NUM003 y n° NUM004 del Polígono NUM002 con una superficie de 20 áreas.

María Rosario , mayor de edad y sin antecedentes penales, adquirió mediante contrato de compraventa otorgada en fecha indeterminada pero en el año 2009 la parcela n° NUM005 del Polígono n° NUM002 , finca rústica sita en PARAJE000 " a Nuria .

Las cuatro fincas rústicas citadas se encuentran enclavadas en el Parque Regional del Curso Medio del Río Guadarrama, en la zona de "Mantenimiento de la Actividad", zona que coincide con el LIC ES 3110005 "Cuenca del Río Guadarrama", espacios protegidos Red Natura 2000. Así se establece en el Decreto 26/1999 de 11 de Febrero por el que se aprueba el plan de ordenación de los Recursos Naturales del Parque Regional del Cauce Medio del Río Guadarrama y su entorno, ampliado por el Decreto 124/2002 de 5 de Julio que establece las zonas.

El parque Regional del Curso Medio del Río Guadarrama y su entorno fue declarado Parque Regional por Ley 20/1999 de 3 de Mayo modificada por Ley 4/2001 de 28 de Junio.

En el año 2006 se incoaron expedientes sancionadores en virtud de denuncias efectuadas por agentes forestales respecto de los propietarios de las parcelas n° NUM001 y NUM005 del Polígono n° NUM002 ya citadas al haberse efectuado asentamientos de unas 150 personas cubriendo de grava e instalando casas en la primera y estableciendo camiones pesados y atracciones de feria en ambas.

Con posterioridad a ello y entre Junio de 2007 y hasta 2011 en la parcela catastral NUM001 del polígono NUM002 del término municipal de Navalcarnero, don Donato y don Genaro , copropietarios de dicha parcela, realizaron o autorizaron a terceros para que realizasen las siguientes actuaciones:

En la división perteneciente a don Donato :

- Vallado en todo su frente, consistente en pivotes de hierro anclados en el suelo con hormigón y alambrada sujeta a aquéllos, así como puerta corredera de metal, con sujecciones en sus laterales, de hierro anclado en el suelo, con hormigón, así como una guía, también anclada en el suelo mediante hormigón.
- Vallado en la zona lateral derecha consistente en pivotes de hierro anclados en el suelo con hormigón y alambrada sujeta a aquéllos.
- Vallado en la zona lateral derecha consistente en bloque prefabricado de construcción y hormigón, de 23,80 metros de longitud y 1,30 de altura.
- Vallado de la zona trasera consistente en pivotes de hierro anclados en el suelo con hormigón y alambrada sujeta a aquéllos.

- Vallado de la zona lateral izquierda consistente en pivotes de hierro anclados en el suelo con hormigón y alambrada sujeta a aquéllos, estando una parte fijada sobre una hilera de ladrillos en número de tres.
- Fosa séptica cerrada mediante una superficie de hormigón de dimensiones 2,30 x 2,30 metros.
- Vivienda prefabricada con desagüe anclado al suelo, apoyada en una solera de hormigón de dimensiones 28,80 x 6,87 metros.
- Caseta de chapa metálica asentada en una solera de hormigón de dimensiones 28,80 x 6,87 metros, destinada a taller.
- Muro de bloque de construcción y hormigón de 3,25 metros de largo.
- Ampliación de una vivienda preexistente, en 2,93 metros en su margen derecho y 3,16 metros en el izquierdo, mediante el empleo de hormigón, así como construcción de un porche en su parte delantera, con pilares y solado de hormigón.
- Caravana fijada al suelo mediante estructura metálica anclada en solera de hormigón de dimensiones 3,10 x 5,80 metros.
- Casa prefabricada apoyada en el suelo mediante borriquetas de hierro, parte de las cuales
asientan sobre una solera de hormigón, con desagües fijados al suelo mediante hormigón.
- Casa prefabricada de chapa metálica fijada al suelo mediante solera de hormigón de dimensiones 19,50 x 18,70 metros.
- Muro de bloque de hormigón y cemento de 20,80 metros de largo y una altura de cuatro hileras de bloques.
- Muro realizado mediante bloques de hormigón y cemento de 24,60 metros de longitud y una lagura de tres hileras de bloques.
- Casa móvil asentada que cuenta con tres escalones realizados en ladrillo cemento, fijados permanentemente al suelo, contando con desagües fijos.
- Casa prefabricada fijada al suelo mediante solera de hormigón de dimensiones 11 x 15,10 metros.
- Explanada de hormigón de dimensiones 22,50 x 21 metros sobre la que se asientan.
- Una caja de camión destinada a vivienda, fijada mediante caballetes, la cual cuenta con desagües fijos.

- Una construcción destinada a vivienda anclada al suelo, la cual cuenta con canalizaciones fijas para el abastecimiento de agua potable y la evacuación de aguas residuales.
- Dos construcciones apoyadas sobre pilares de hierro fijados al suelo y soldados sobre la base de la vivienda, las cuales cuentan con canalizaciones fijas para el abastecimiento de agua potable y la evacuación de aguas residuales.
- Construcción prefabricada destinada a vivienda, apoyada en caballetes, la cual cuenta con canalizaciones fijas para el abastecimiento de agua potable y la evacuación de aguas residuales, con una explanada elevada de hormigón, a modo de porche, realizada con ramillones, vigas de hormigón, y cemento, rodeada por una balaustrada de obra, de dimensiones 4,10 x 12 metros y dos escalones de hormigón para acceder a la misma.

En la división perteneciente a don Genaro :

- Vallado en todo su frente, consistente en pivotes de hierro anclados en el suelo con hormigón y alambrada sujeta a aquéllos.
- Construcción de chapa metálica anclada al suelo con hormigón, con unas dimensiones de 12,30 x 15,40 metros, destinada a taller y almacén.
- Explanada de hormigón en forma de L invertida en la que se encuentran:
 - Una casa prefabricada apoyada sobre caballetes, con desagüe fijo y un cerramiento en parte de hormigón y madera, haciendo las veces de porche, con los hierros de sujeción del techado de dicho porche anclados al suelo de hormigón.
 - Una caja de camión destinada a vivienda.
 - Una casa prefabricada apoyada en caballetes con desagües fijos.
 - Construcción prefabricada de chapa metálica destinada a vivienda apoyada sobre un muro de construcción de bloque y cemento de tres hileras de altura.

Construcción de chapa metálica anclada a una solera de hormigón mediante el mismo material

- Fosa séptica enterrada en el suelo y cerrada mediante solera de hormigón.

2.- En fecha indeterminada, en todo caso entre el año 2011 y el día 12 de junio de 2013 se realizaron las siguientes actuaciones

A . En la parcela catastral nº NUM001 del polígono NUM002 del término municipal de Navalcarnero, con el conocimiento, consentimiento y autorización de don Donato y don Genaro , copropietarios de dicha parcela.

· Doña Milagrosa realizó una construcción hecha con materiales de obra, fijada permanentemente al terreno, de dimensiones 10,10 metros de largo, 4,03 metros de ancho y 3,50 metros de altura, que poseía toma de electricidad, antena y salida de agua fecales y tenía uso residencial y contaba con un porche de obra de 2,70 metros de ancho por 10,60 metros de largo (Construcción nº 6).

· Don Jose Ramón realizó una caseta de madera fijada permanentemente al terreno, con cimientos y solera de hormigón, de 2,30 metros de largo, 2,70 metros de ancho y 2,40 metros de altura, siendo la superficie de la solera de 3,65 por 3,40 metros (Construcción nº 8).

· Don Landelino realizó cuatro muros de obra de dimensiones 12,50 , 19,80, 14,30 y 17 metros lineales, realizados mediante carambuco de fibrocemento enfoscado y dispuesto para enrejear (muros entre las construcciones nº 12 y 13).

· Asimismo, don Landelino realizó una construcción no finalizada en fecha NUM001 de junio de 2013, consistente en módulos prefabricados fijados permanentemente al terreno mediante bloques de fibrocemento y cemento, de dimensiones 14 metros de largo, 6 metros de ancho y 3,20 metros de altura (Construcción nº 15).

· Don Plácido realizó una construcción anclada al terreno sobre pilares realizados con bloque de hormigón y cemento y soportes metálicos, con una escalera fijada permanentemente al suelo, realizada con bloques de hormigón, de dimensiones 10 metros de largo y 4 metros de ancho, la cual da acceso a una explanada igualmente de hormigón de dimensiones 10,60 y 13,40, y poseía toma de electricidad, antena y salida de aguas fecales y tenía uso residencial. Asimismo contaba con un anexo de 2,90 metros de ancho por 6,80 metros de largo que disponía de una antena parabólica (Construcción nº 14).

Don Donato realizó directamente cuatro muros de obra que rodean por completo una edificación, de dimensiones 12,10, 16, 22,10 y 3,50 metros lineales, realizados mediante bloques de fibrocemento y rejas en la parte superior, así como el solado con hormigón de la superficie situada en el interior de dicho vallado (muro y solado de la construcción nº 17).

B. En la parcela catastral nº NUM005 del polígono NUM002 del término municipal de Navalcarnero:

· Doña María Rosario realizó una construcción fijada permanentemente al terreno, de dimensiones 14,50 metros de largo, 6,00 metros de ancho y 2,20 metros de altura, la cual poseía toma de electricidad, antena, aire acondicionado y salida de aguas fecales y tenía uso residencial

C . En la parcela catastral nº NUM004 del polígono NUM002 del término municipal de Navalcarnero, con el conocimiento, consentimiento y autorización de don Landelino , propietario de dicha parcela:

Don Pedro Francisco realizó una construcción sin finalizar fijada permanentemente al terreno mediante cimentación de hormigón, ladrillo y bloques de fibrocemento, de unas dimensiones de 8,80 por 6,00 metros, teniendo la vivienda unas dimensiones de 7,60 metros de largo, 4,10 metros de ancho y 3,50 metros de altura, la cual poseía toma de electricidad, antena y salida de aguas fecales y tenía uso residencial. Dicha vivienda estaba rodeada de una valla fija, realizada mediante bloques de fibrocemento y rejas en la parte superior, de unas dimensiones de 17,80 por 13,90 metros.

Asimismo, en las parcelas antes indicadas los acusados realizaron numerosas construcciones móviles, depósitos de vehículos pesados y atracciones de feria, así como de material de la más variada naturaleza, y vertidos de aguas fecales, llevando a cabo, con este conjunto de actuaciones, una completa urbanización y desnaturalización del terreno.

SEGUNDO

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** a Donato , Genaro , Landelino , María Rosario , Plácido , Milagrosa , Jose Ramón y Pedro Francisco como responsables en concepto de autores de un delito Contra la Ordenación del Territorio concurriendo la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante de dilaciones indebidas a la pena de un año y seis meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por igual tiempo, multa de 12 meses con cuotas de 3 euros e inhabilitación especial para el ejercicio de profesión u oficio en el sector de la construcción por tiempo de dos años, a cada uno de ellos, costas por octavas partes iguales. Condenamos a los acusados a que procedan a la demolición de las construcciones efectuadas y a la restauración del terreno.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que no es firme y que contra la misma podrán interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que deberá ser preparado ante este Tribunal en el plazo de los 5 días siguientes al de la última notificación, conforme a lo dispuesto en los arts. 212 y 847 b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

TERCERO

Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por infracción de Ley por la representación legal de los acusados DON Donato , DON Genaro , DON Landelino , DON Plácido , DOÑA Milagrosa , DON Jose Ramón , DON Pedro Francisco y DOÑA María Rosario , que se tuvo anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO

El recurso de casación formulado por la representación legal de los acusados DON Donato , DON Genaro , DON Landelino , DON Plácido , DOÑA Milagrosa , DON Jose Ramón , DON Pedro Francisco y DOÑA María Rosario , se basó en el siguiente MOTIVO DE CASACIÓN:

Motivo único.- Sin cita de cauce casacional alguno, pero invocando como infringido el art. 319.1 del Código Penal , en relación a lo dispuesto en el art. 14 del propio texto legal, por lo que debemos entender que se acoge la parte recurrente al número 1º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , "error iuris", en tanto que se reprocha la subsunción jurídica en tal precepto sustantivo a la que llega la Sala sentenciadora de instancia, si bien con base en el error padecido por los recurrentes, al no combatirse en momento alguno los requisitos legales para la aplicación de tal tipo delictivo. También se reclama la atenuante de dilaciones indebidas con el carácter de muy cualificada.

QUINTO

Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto estimó procedente su decisión sin celebración de vista y solicitó la inadmisión del mismo y subsidiariamente su desestimación por las consideraciones expuestas en su informe de fecha 9 de febrero de 2017; la Sala admitió el mismo quedando los autos conclusos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO

Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 4 de julio de 2017; prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Madrid condenó a los acusados que dejamos consignados en nuestros antecedentes, como autores criminalmente responsables de un delito contra la ordenación del territorio, concurriendo la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de un año y seis meses de prisión, multa, accesorias y costas, así como proceder a la demolición de las construcciones llevadas a cabo y a la restauración del terreno. Frente a dicha resolución judicial, interponen recurso de casación los aludidos condenados en la instancia, mediante un único motivo de contenido casacional, sin cita de cauce casacional alguno, pero invocando como infringido el art. 319.1 del Código Penal , en relación a lo dispuesto en el art. 14 del propio texto legal, por lo que debemos entender que se acoge la parte recurrente al número 1º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , "error iuris", en tanto que se reprocha la subsunción jurídica en tal precepto sustantivo a la que llega la Sala sentenciadora de instancia, si bien con base en el error padecido por los recurrentes, al no combatirse en momento alguno los requisitos legales para la aplicación de tal tipo delictivo. También se reclama la atenuante de dilaciones indebidas con el carácter de muy cualificada.

SEGUNDO.- Antes de entrar a resolver tal censura casacional, hemos de partir de los hechos probados que se relatan en la sentencia recurrida, en tanto que intangibles, dada la vía elegida para encauzar este reproche, conforme a lo ordenado por el art. 884-3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Se expone en los mismos que Donato y Genaro , adquirieron mediante escritura pública de compraventa la parcela nº NUM001 del Polígono nº NUM002 sita en el PARAJE000 , con una superficie de 85 áreas y 20 centiáreas.

Donato , con fecha 18-10-2007 adquirió mediante escritura pública de compraventa las parcelas nº NUM003 y nº NUM004 del Polígono nº NUM002 con una superficie de 20 áreas.

María Rosario , adquirió mediante contrato de compraventa en el año 2009 la parcela nº NUM005 del Polígono nº NUM002 , finca rustica sita en PARAJE000 " a Nuria .

Las cuatro fincas rústicas citadas se encuentran enclavadas en el Parque Regional del Curso Medio del Río Guadarrama, en la zona de "Mantenimiento de la Actividad", zona que coincide con el LIC ES 3110005 "Cuenca del Río Guadarrama", espacios protegidos Red Natura 2000. Así se establece en el Decreto 26/1999, de 11 de febrero, por el que se aprueba el plan de ordenación de los Recursos Naturales del Parque Regional del Cauce Medio del Río Guadarrama y su entorno, ampliado por el Decreto 124/2002 de 5 de Julio que establece las zonas.

El parque Regional del Curso Medio del Río Guadarrama y su entorno fue declarado Parque Regional por Ley 20/1999, de 3 de mayo, modificada por Ley 4/2001, de 28 de Junio.

En el año 2006 se incoaron expedientes sancionadores en virtud de denuncias efectuadas por agentes forestales respecto de los propietarios de las parcelas nº NUM001 y NUM005 del Polígono nº NUM002 ya citadas al haberse efectuado asentamientos de unas 150 personas cubriendo de grava e instalando casas en la primera y estableciendo camiones pesados y atracciones de feria en ambas.

Con posterioridad a ello y entre junio de 2007 y hasta 2011 en la parcela catastral NUM001 del polígono NUM002 del término municipal de Navalcarnero, don Donato y don Genaro , copropietarios de dicha parcela, realizaron o autorizaron a terceros para que realizasen las actuaciones, pormenorizadas en el factum, comprensivas d vallados, relleno con hormigón, alambrada, fosa séptica cerrada mediante una superficie de hormigón de dimensiones 2,30 x 2,30 metros, vivienda prefabricada con desagüe anclado al suelo, apoyada en una solera de hormigón de dimensiones 28,80 x 6,87 metros, caseta de chapa metálica asentada en una solera de hormigón de dimensiones 28,80 x 6,87 metros, destinada a taller, muro de bloque de construcción y hormigón de 3,25 metros de largo, ampliación de una vivienda preexistente, en 2,93 metros en su margen derecho y 3,16 metros en el izquierdo, mediante el empleo de hormigón, así como construcción de un porche en su parte delantera, con pilares y solado de hormigón; caravana fijada al suelo mediante estructura metálica anclada en solera de hormigón de dimensiones 3,10 x 5,80 metros; casa prefabricada apoyada en el suelo mediante borriquetas de hierro, parte de las cuales asientan sobre una solera de hormigón, con desagües fijados al suelo mediante hormigón; casa prefabricada de chapa metálica fijada al suelo mediante solera de hormigón de dimensiones 19,50 x 18,70 metros; muro de bloque

de hormigón y cemento de 20,80 metros de largo y una altura de cuatro hileras de bloques; muro realizado mediante bloques de hormigón y cemento de 24,60 metros de longitud y una lagura de tres hileras de bloques; casa móvil asentada que cuenta con tres escalones realizados en ladrillo cemento, fijados permanentemente al suelo, contando con desagües fijos; casa prefabricada fijada al suelo mediante solera de hormigón de dimensiones 11 x 15,10 metros; explanada de hormigón de dimensiones 22,50 x 21 metros sobre la que se asientan: una caja de camión destinada a vivienda, fijada mediante caballetes, la cual cuenta con desagües fijos, una construcción destinada a vivienda anclada al suelo, la cual cuenta con canalizaciones fijas para el abastecimiento de agua potable y la evacuación de aguas residuales, dos construcciones apoyadas sobre pilares de hierro fijados al suelo y soldados sobre la base de la vivienda, las cuales cuentan con canalizaciones fijas para el abastecimiento de agua potable y la evacuación de aguas residuales; una construcción prefabricada destinada a vivienda, apoyada en caballetes, la cual cuenta con canalizaciones fijas para el abastecimiento de agua potable y la evacuación de aguas residuales, con una explanada elevada de hormigón, a modo de porche, realizada con ramillones, vigas de hormigón, y cemento, rodeada por una balaustrada de obra, de dimensiones 4,10 x 12 metros y dos escalones de hormigón para acceder a la misma. Y en la propiedad perteneciente a don Genaro , un vallado en todo su frente, consistente en pivotes de hierro anclados en el suelo con hormigón y alambrada sujeta a aquéllos; construcción de chapa metálica anclada al suelo con hormigón, con unas dimensiones de 12,30 x 15,40 metros, destinada a taller y almacén; explanada de hormigón en forma de L invertida en la que se encuentran: una casa prefabricada apoyada sobre caballetes, con desagüe fijo y un cerramiento en parte de hormigón y madera, haciendo las veces de porche, con los hierros de sujeción del techado de dicho porche anclados al suelo de hormigón; una caja de camión destinada a vivienda; una casa prefabricada apoyada en caballetes con desagües fijos, junto a una construcción prefabricada de chapa metálica destinada a vivienda apoyada sobre un muro de construcción de bloque y cemento de tres hileras de altura; igualmente, una construcción de chapa metálica anclada a una solera de hormigón mediante el mismo material y fosa séptica enterrada en el suelo y cerrada mediante solera de hormigón.

En fecha indeterminada, pero en todo caso entre el año 2011 y el día 12 de junio de 2013 se realizaron las siguientes actuaciones: en la parcela catastral n° NUM001 del polígono NUM002 del término municipal de Navalcarnero, con el conocimiento, consentimiento y autorización de don Donato y don Genaro , copropietarios de dicha parcela, doña Milagrosa realizó una construcción con materiales de obra, fijada permanentemente al terreno, de dimensiones 10,10 metros de largo, 4,03 metros de ancho y 3,50 metros de altura, que contaba con toma de electricidad, antena y salida de agua fecales y tenía uso residencial, albergando un porche de obra de 2,70 metros de ancho por 10,60 metros de largo (Construcción n° 6).

Don Jose Ramón realizó una caseta de madera fijada permanentemente al terreno, con cimientos y solera de hormigón, de 2,30 metros de largo, 2,70 metros de ancho y 2,40 metros de altura, siendo la superficie de la solera de 3,65 por 3,40 metros (Construcción n° 8).

Don Landelino realizó cuatro muros de obra de dimensiones 12,50 , 19,80, 14,30 y 17 metros lineales, realizados mediante "carambuco" de fibrocemento enfoscado y dispuesto para enrejear (muros entre las construcciones n° 12 y 13).

Asimismo, don Landelino realizó una construcción no finalizada en fecha 12 de junio de 2013, consistente en módulos prefabricados fijados permanentemente al terreno mediante bloques de fibrocemento y cemento, de dimensiones 14 metros de largo, 6 metros de ancho y 3,20 metros de altura (Construcción n° 15).

Don Plácido realizó una construcción anclada al terreno sobre pilares realizados con bloque de hormigón y cemento y soportes metálicos, con una escalera fijada permanentemente al suelo, realizada con bloques de hormigón, de dimensiones 10 metros de largo y 4 metros de ancho, la cual da acceso a una explanada igualmente de hormigón de dimensiones 10,60 y 13,40, y poseía toma de electricidad, antena y salida de aguas fecales y tenía uso residencial. Asimismo contaba con un anexo de 2,90 metros de ancho por 6,80 metros de largo que disponía de una antena parabólica (Construcción n° 14).

Don Donato realizó directamente cuatro muros de obra que rodean por completo una edificación, de dimensiones 12,10, 16, 22,10 y 3,50 metros lineales, realizados mediante bloques de fibrocemento y rejas en la parte superior, así como el solado con hormigón de la superficie situada en el interior de dicho vallado (muro y solado de la construcción n° 17).

En la parcela catastral n° NUM005 del polígono NUM002 del término municipal de Navalcarnero: doña María Rosario realizó una construcción fijada permanentemente al terreno, de dimensiones 14,50 metros de largo, 6,00 metros de ancho y 2,20 metros de altura, la cual poseía toma de electricidad, antena, aire acondicionado y salida de aguas fecales y tenía uso residencial. En la parcela catastral n° NUM004 del polígono NUM002 del término municipal de Navalcarnero, con el conocimiento, consentimiento y autorización de don Landelino, propietario de dicha parcela: Don Pedro Francisco realizó una construcción sin finalizar fijada permanentemente al terreno mediante cimentación de hormigón, ladrillo y bloques de fibrocemento, de unas dimensiones de 8,80 por 6,00 metros, teniendo la vivienda unas dimensiones de 7,60 metros de largo, 4,10 metros de ancho y 3,50 metros de altura, la cual poseía toma de electricidad, antena y salida de aguas fecales y tenía uso residencial. Dicha vivienda estaba rodeada de una valla fija, realizada mediante bloques de fibrocemento y rejas en la parte superior, de unas dimensiones de 17,80 por 13,90 metros.

Asimismo, en las parcelas antes indicadas los acusados realizaron numerosas construcciones móviles, depósitos de vehículos pesados y atracciones de feria, así como de material de la más variada naturaleza, y vertidos de aguas fecales, llevando a cabo, con este conjunto de actuaciones, una completa urbanización y desnaturalización del terreno.

Nos quedamos con esta última frase de los hechos probados. Los acusados, en terrenos pertenecientes a un parque regional de la naturaleza, protegido administrativamente, y con un valor ecológico de indudable constancia, realizan toda una serie de construcciones, absolutamente prohibidas, de tal manera que urbanizan el terreno, ofrecen barracones de feria, y desnaturalizan el terreno.

TERCERO.- Conviene señalar que esta Sala Casacional ya ha tratado la problemática acerca de la concurrencia del delito tipificado en el [art. 319 del Código Penal](#), en la [STS 816/2014, de 24 de noviembre](#), precisamente en el mismo parque que es objeto de este recurso, es decir, que en el caso de la Sentencia citada, las obras se llevaron a cabo en la "Zona de

Mantenimiento de la Actividad" del "Parque Regional del Curso Medio del Río Guadarrama y su entorno", coincidente con el Lugar de interés Comunitario código ES- 3110005 "Cuenca del río Guadarrama", por lo que la parcela tenía la categoría de Espacio Natural Protegido.

Y en el caso de referencia, como en el nuestro, «el acusado no solicitó ningún tipo de autorización para llevar a cabo sus ilícitas actividades, que en ningún caso serían autorizables ni legalizables».

Como hemos dicho, en nuestra STS 529/2012, de 21 de junio, conviene recordar que la disciplina urbanística trasciende de lo que pudiera considerarse un puro problema de construcciones y licencias a ventilar por los interesados con la Administración. En el urbanismo se encierra nada más y menos, que el equilibrio de los ciudades y de los núcleos de población en general y como el concepto de ciudad es abstracto, también incorpora el equilibrio físico y psíquico de las personas que en ellas viven: la armonía, la convivencia, las exigencias inexcusables de la ecología, de la naturaleza y del hombre, que tiene que coexistir buscando el ser humano el equilibrio mismo con el medio ambiente que le rodea y en el que vive. La humanidad, inmersa en sus exigencias respecto al modo de vivir de todos, al "habitat" de cada uno, que sin dejar de ser titular, de ese inmueble o parte de él, también afecta a todos los demás ciudadanos, ha tomado ya conciencia del problema. Todo ello exige unos planes y el sometimiento riguroso a unas normas. Con el sistema se pone en juego nuestro porvenir. Por ello es un acto muy grave que las normas que se han establecido pensando en la justicia, en la certeza y en el bien común, después, mediante actos injustos, se incumplan.

Por ello, el bien jurídico protegido en los delitos de urbanismo es la utilización racional del medio como recurso natural limitado y la ordenación de su uso al interés general. De ahí que la STS 363/2006, de 28 de marzo, precise que el epígrafe del capítulo, en el que se contiene el delito que analizamos, identifica el bien jurídico protegido por el mismo: la ordenación del territorio, pero no exclusivamente la "normativa" sobre la ordenación del territorio en la medida en que la propia actuación sancionadora de la Administración ha resultado ineficaz al no haber podido asegurar la vigencia del ordenamiento en esta materia, ha llevado al legislador a la creación de estos tipos penales que se contraen básicamente al castigo de las edificaciones sin licencia en el art. 319 y a la prevaricación administrativa, en el art. 320, sino que así como en el delito ecológico (art. 325) no se tutela la normativa ambiental, sino el medio ambiente, en el delito "urbanístico" no se tutela la normativa urbanística -como valor formal o meramente instrumental- sino el valor material en la ordenación del territorio, en su sentido constitucional de "utilización racional del medio orientada a los intereses generales" (arts. 45 y 47 CE), es decir de utilización racional como recurso natural limitado y la adecuación de su uso al interés general. Se trata, en consecuencia, de un bien jurídico comunitario de los denominados "intereses difusos", pues no tiene un titular concreto, sino que su lesión perjudica -en mayor o menor medida- a toda una colectividad. Su protección -entiende la doctrina más autorizada- se inscribe en el fenómeno general de incorporación a la protección penal de intereses supraindividuales o colectivos y que obedece a la exigencia de la intervención de los poderes públicos para tutelar estos intereses sociales, en congruencia con los principios rectores del Estado Social democrático de derecho que consagra nuestra Constitución.

Desde esta perspectiva, la masiva construcción en terrenos incluidos en el parque de la naturaleza citado, colma sin duda alguna las exigencias típicas del aplicado delito definido en el art. 319 del Código Penal .

Ni siquiera la parte recurrente lo pone en duda, sino que pone el acento en la falta de cultura o conocimientos urbanísticos de sus defendidos, por lo que solicita la aplicación del art. 14 del Código Penal , en su modalidad de error de prohibición. Así el censurante admite que «en la sentencia se examina si existe error invencible, regulado en el Art 14 del C.P ., que esta parte aduce que sí, más el estudio sentencial no clarifica la clase de error, si es invencible o vencible, que esta parte estima que es invencible, en cuanto lisa y llanamente los compradores ignoran totalmente la conceptualización jurídica de las parcelas, dada su falta de cultura, realmente analfabetos, y que obviamente si se les hubiese comunicado que era Parque Regional, no hubiesen adquirido las citadas parcelas».

Establece el art. 14 CP : "1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personas del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso como imprudente.

2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación.
3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados."

Sobre error de prohibición tiene establecido esta Sala que al afectar a la conciencia de la antijuridicidad ha de entenderse como un elemento de la culpabilidad, necesario pues para que una determinada conducta pueda considerarse merecedora de reproche penal. Si falta tal conciencia de antijuridicidad, bien directamente por la creencia de que el hecho no está legalmente castigado, error sobre la norma prohibitiva o imperativa (error directo de prohibición), bien indirectamente por estimarse que concurría una causa de justificación (error indirecto de prohibición o error de permisión), la doctrina penal entiende que no debe ser considerado el sujeto culpable del hecho, si el error es invencible, o que puede ser merecedor de una atenuación de la pena si se considera vencible (art. 14.3 C. Penal). El error de prohibición constituye el reverso de la conciencia de la antijuridicidad como elemento constitutivo de la culpabilidad cuando el autor de la infracción penal ignore que su conducta es contraria a Derecho (SSTS 1141/1997, de 14 de noviembre ; 865/2005, de 24 de junio ; 181/2007, de 7 de marzo ; 753/2007, de 2 de octubre ; y 353/2013, de 19 de abril).

Como hemos dicho en la STS 708/2016, de 19 de septiembre , es indudable que para conocer la conciencia de la ilegalidad de un acto debe tenerse en consideración las condiciones personales del sujeto y el tema o aspecto ignorado o no conocido. El análisis debe efectuarse sobre el caso concreto, con particular atención a la naturaleza del delito que se afirma cometido.

Esta Sentencia añade que es de común conocimiento que la realización de una construcción conlleva la petición de una licencia administrativa, y que las más elementales precauciones obligan a cerciorarse de la legalidad de la obra a realizar, cosa que no hizo el acusado.

Ahora bien, también esta Sala tiene dicho (STS 816/2014, de 24 de noviembre) que la conciencia de antijuridicidad como elemento del delito no requiere el conocimiento concreto de la norma penal que castiga el comportamiento de que se trate, ni tampoco el conocimiento de que genéricamente el hecho está castigado como delito. Basta con saber a nivel profano que las normas que regulan la convivencia social (el Derecho) prohíben el comportamiento que él realiza. El contenido de este elemento del delito, la conciencia de la antijuridicidad, o de su reverso, el error de prohibición, se refiere al simple conocimiento genérico de que lo que se hace o se omite está prohibido por las Leyes, sin mayores concreciones, sin que se requiera conocer las consecuencias jurídicas que de su incumplimiento pudieran derivarse. Basta conocer la ilicitud del propio obrar: «Creencia errónea de estar obrando lícitamente», decía el anterior art. 6 bis a); «error sobre la ilicitud del hecho», dice ahora el vigente art. 14.3 (SSTS 1301/1998, de 28 de octubre ; 986/2005, de 21 de julio ; y 429/2012, de 21 de mayo).

La Audiencia «a quo» razona que aún siendo cierto el desconocimiento de los adquirentes de las parcelas al no constar dicho extremo en la escritura pública, ni en documento privado, ya que los vendedores también desconocían dicha calificación, el mismo solo afecta a dicho momento, no a partir de que se inician los expedientes administrativos por parte de los agentes forestales en octubre de 2006 y que continúan en 2007 y 2008, siendo éste último año cuando se incoa ya ante el Juzgado de Instrucción nº 4 de Navalcarnero las Diligencias Previas, origen de este procedimiento.

La apreciación del error, en cualquiera de sus formas, vencible o invencible, vendrá determinada en atención a las circunstancias objetivas del hecho y subjetivas del autor. Son fundamentales para apreciar cualquier tipo de error jurídico en la conducta del infractor, según lo expuesto, las condiciones psicológicas y de cultura del agente, las posibilidades de recibir instrucción y asesoramiento o de acudir a medios que le permitan conocer la trascendencia jurídica de su obra. También la naturaleza del hecho delictivo, sus características y las posibilidades que de él se desprenden para ser conocido el mismo por el sujeto activo (STS 482/2007, 30 de mayo). El análisis debe efectuarse sobre el caso concreto, tomando en consideración las condiciones del sujeto en relación con las del que podría considerarse hombre medio, combinando así los criterios subjetivo y objetivo, y ha de partir necesariamente de la naturaleza del delito que se afirme cometido, pues no cabe invocar el error cuando el delito se comete mediante la ejecución de una conducta cuya ilicitud es de común conocimiento (SSTS 1238/2009, 11 de diciembre y 338/2015, 2 de junio).

De otro lado, el error ha de demostrarse indubitada y palpablemente (STS 123/2001, 5 de febrero).

Es por ello, que apreciada por la Audiencia las condiciones especiales del caso enjuiciado, no se aplica la agravación del art. 338 del Código Penal . En efecto, señalan los jueces «a quibus» que «esta fundamentación nos lleva a considerar que el alegado error en el que según

la defensa han incurrido los acusados solo puede apreciarse respecto de la cualificación que establece el art. 338 del C.P. y cuya aplicación interesa el Ministerio Fiscal».

De manera que la subsunción jurídica del art. 319 del Código Penal no puede dejar de aplicarse so pena de un error, sea éste del tipo que sea, puesto que los acusados, si bien pudieron desconocer inicialmente que sus terrenos se encontraban en un parque natural, no es menos cierto que, a partir de octubre de 2006, y particularmente en los años siguientes, 2007 y 2008, tuvieron pleno conocimiento de la ilegalidad de sus construcciones, que continuaron incrementando con todo tipo de obras de urbanización.

No concurren, pues, los requisitos, para apreciar el error de tipo, que en realidad, es lo planteado, de manera que este motivo no puede prosperar.

CUARTO.- El art. 319.3 del C. Penal aplicado por el Tribunal de instancia señala que "en cualquier caso, los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe".

Aunque no directamente cuestionado, sí conviene señalar que en la sentencia de esta Sala 443/2013, de 22 de mayo, que a su vez se remite a la 901/2012, de 22 de noviembre, se argumenta que la demolición es una consecuencia civil, una obligación de hacer, derivada del delito, que conecta con los arts. 109 y ss. del Código Penal relativos a la reparación del daño, susceptible de realizarse personalmente por el culpable o culpables o a su costa. La reparación del daño ocasionado por el delito, según resulta de los arts. 109, 110 y 112 CP, está prevista con carácter general, algo plenamente dotado de sentido, ya que, de otro modo, la voluntad del infractor prevalecería sobre la de la ley. Y tal debe ser, pues, la clave de lectura del precepto del art. 319.3 del C. Penal sobre cuya interpretación se discute. Así las cosas, la reparación en la forma de demolición de la construcción será, en principio, la regla, porque es a lo que literalmente obliga el art. 109 C. Penal. Por eso, el art. 319.3 no podría considerar meramente facultativo u opcional lo que tiene ese carácter necesario. De este modo, lo que resulta de una adecuada comprensión sistemática de aquella primera disposición y de las que con ella concuerdan es un marco de limitada discrecionalidad en la modulación por los tribunales de tal deber legal, a tenor de las particularidades del caso concreto, con un criterio de proporcionalidad. Es la única inteligencia razonable de la interacción de ambos vectores normativos, dirigida a evitar tanto la consolidación de antijurídicas situaciones de hecho como la desmesura de un eventual grave perjuicio para la colectividad que supondría la aplicación a ultranza del imperativo de la demolición en cualesquiera circunstancias.

También se ha apuntado en la STS 529/2012, de 21 de junio, que la demolición de la obra o la reposición de la realidad física alterada a su estado originario son medidas que poseen un carácter más civil que penal. Se trata de restaurar la legalidad, de volver a la situación jurídica y fáctica anterior a la consumación del delito.

Dice la STS 816/2014 de 24 de noviembre, que para la doctrina mayoritaria se trata de "una consecuencia jurídica del delito" en cuanto pudieran englobarse sus efectos en el art. 110 CP. Implica la restauración del orden jurídico conculcado y en el ámbito de la política criminal

es una medida disuasoria de llevar a cabo construcciones ilegales que atenten contra la legalidad urbanística. No se trata de una pena, al no estar recogida en el catálogo de penas que contempla el C. Penal, pues debe evitarse la creación de penas en los delitos de la parte especial -Libro II- que no estén previstas como tales en el catálogo general de penas de la parte general -Libro I-; pero tampoco se puede considerar como mera responsabilidad civil derivada del delito, dado su carácter facultativo, aunque no arbitrario. Esta consideración de la demolición como consecuencia jurídica del delito permite dejar la misma sin efecto si, después de establecida en sentencia, se produce una modificación del planeamiento que la convierta en innecesaria, por lo que la posibilidad de una futura legalización no obsta a su ordenación en el ámbito penal.

El texto literal del apartado 3 del art. 319 del C. Penal -señala la jurisprudencia referida-, en el que se dice que los jueces y tribunales "podrán" acordar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra, ha hecho surgir dudas y respuestas discrepantes. Existen órganos judiciales que consideran que la expresión "podrán" lo que abre es una facultad excepcional, una posibilidad que además exige de una motivación específica, lo que redundaría no solo en ese carácter discrecional sino incluso en lo excepcional de la adopción de la medida. Sin embargo, ni desde el punto de vista gramatical ni desde una perspectiva legal puede identificarse discrecionalidad con excepcionalidad.

Es cierto que el precepto que analizamos no establece -según recuerda la jurisprudencia reseñada- la demolición de forma imperativa, por lo que no puede afirmarse que la demolición de lo construido sea la consecuencia obligada, necesaria e ineludible de la comisión de un ilícito de esta naturaleza. El "en cualquier caso..." con el que se inicia la redacción del artículo puesto en relación con la elección del verbo escogido en el predicado -" podrán "- sólo podemos interpretarlo en el sentido de que cuando el legislador dice "en cualquier caso" se está refiriendo a que tanto en los supuestos a los que se refiere el núm. 1º del precepto como en los del núm. 2º, cabe la posibilidad de la demolición. Esto es, con independencia de las calificaciones de los suelos sobre los que se hayan realizado las construcciones o edificaciones cabe la posibilidad de acordarla, siempre motivadamente. Si el texto insiste en exigir lo que de por sí es un mandato constitucional para cualquier decisión judicial, esto es, que se motive, lo hace porque estima que el automatismo no cabe en una decisión de esta naturaleza por el hecho de que exista el delito, siendo obvio que el tribunal penal deberá también motivar cuando deniegue la solicitud formulada en tal sentido por alguna de las partes del proceso.

Por ello, como quiera que el art. 319.3 no señala criterio alguno, en la práctica se tienen en cuenta, según señala la jurisprudencia supra citada: la gravedad del hecho y la naturaleza de la construcción; la proporcionalidad de la medida en relación con el perjuicio que causaría al infractor en caso de implicarse sólo intereses económicos, o verse afectados también derechos fundamentales como el uso de la vivienda propia; y atendiendo asimismo a la naturaleza de los terrenos en que se lleva a cabo la construcción, tomando en distinta consideración los que sean de especial protección, los destinados a usos agrícolas, etc.

Así, por regla general, la demolición deberá acordarse cuando conste patentemente que la construcción de la obra está completamente fuera de la ordenación y no sean legalizables o subsanables o en aquellos supuestos en que haya existido una voluntad rebelde del sujeto

activo del delito a las órdenes o requerimientos de la Administración, y, en todo caso, cuando al delito contra la ordenación del territorio se añada un delito de desobediencia a la autoridad administrativa o judicial.

De este modo, en principio podría estimarse bastante y suficiente la comisión de un delito contra la ordenación del territorio unido a la persistencia o permanencia de la obra infractora para acordar la restauración del orden quebrantado, sin que quepan aquí referencias al principio de intervención mínima, que no es un principio de interpretación del derecho penal sino de política criminal y que se dirige fundamentalmente al legislador, que es a quien incumbe mediante la fijación en los tipos y las penas fijar los límites de la intervención del derecho penal. Por lo demás, siempre será proporcionado acordar la demolición cuando sea la única vía posible para restaurar el orden quebrantado. Y tampoco puede aceptarse la tesis de remitir a la ulterior actuación administrativa la demolición; opción que entrañaría una injustificada dejación de la propia competencia de los tribunales penales y reincidiría procesalmente en la propia causa que generó, según explícita confesión del legislador, la protección penal, cual es la histórica ineficacia de la administración para proteger adecuadamente ese interés general que representa el valor colectivo de la ordenación del territorio (STS 901/2012, de 22-11).

A tenor de los criterios jurisprudenciales precedentes, es claro que nos hallamos ante un caso en que la gravedad de la infracción urbanística, la reversibilidad de la obra construida, la condición de espacio natural protegido en que se hallan ubicadas las parcelas y la calificación urbanística de suelo no urbanizable de especial protección (obras ilícitas, por tanto, no autorizables ni legalizables), constituyen circunstancias más que suficientes para acordar la demolición de lo construido, avalando así el criterio seguido por la resolución impugnada.

QUINTO.- Obvio es también que concurre el elemento objetivo del tipo penal consistente en la condición de promotor o constructor exigible al sujeto de activo, pues el tipo penal no exige rigurosamente que se trate de un profesional, por lo que no quedan fuera del ámbito punitivo las conductas ejecutadas de forma aislada por sujetos ajenos al círculo profesional de la construcción. Ello significa, según la STS 1250/2001, que sólo los técnicos deben poseer la titulación que profesionalmente les habilite para el ejercicio de su función, mientras que el promotor, sea o no propietario, no precisa condición profesional alguna, y los constructores sólo la mera capacitación profesional. Por lo cual, debe entenderse que la cualidad profesional no puede predicarse de promotores y constructores, con independencia en relación con estos últimos de su responsabilidad fiscal o administrativa por falta de capacitación.

El argumento relativo a la previsión de la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio contenida en el precepto, no puede excluir de la autoría del delito -señala la sentencia 1250/2001 - a las personas que promuevan o construyan sin licencia o excediéndose de la concedida, y que no sean profesionales, pues no deja de tener sentido dicha inhabilitación aún en dicho caso, puesto que tales actividades están sujetas al régimen de licencia y autorización y ello ya comporta una relación con la Administración de que se trate, inhabilitación que conforme a lo dispuesto en el artículo 45 del C. Penal deberá concretarse expresa y motivadamente en la sentencia.

Este criterio jurisprudencial ha sido después reiterado por otras sentencias de esta Sala (SSTS 690/2003, de 14 de mayo; 1227/2009, de 27 de noviembre; y 54/2012, de 7 de febrero).

No se admite, pues, el requisito de la profesionalidad del promotor, ya que ni lo requiere la Ley de la Ordenación de la Edificación cuando define esa figura, ni tampoco lo prevé el art. 319 del C. Penal. Con ello se consolida una mayor protección del bien jurídico que tutela la norma penal: el valor material de la ordenación del territorio, en su sentido constitucional de "utilización racional del medio orientada a los intereses generales" (arts. 45 y 47 CE); es decir, la obtención de una mayor calidad de vida y de hábitat humano a través de la utilización racional del suelo orientada a los intereses generales.

SEXTO.- Finalmente, y en cuanto a la posible eventualidad de que haya otras viviendas en la zona cuyos promotores y constructores hayan también infringido la normativa urbanística, solo procede advertir que, en cuanto a la igualdad en la aplicación de la ley, el Tribunal Constitucional tiene reiteradamente establecido que el principio de igualdad ante la ley no da cobertura a un "imposible derecho a la igualdad en la ilegalidad", o "igualdad contra ley", de modo que aquel a quien se aplica la ley no puede considerar violado el citado principio constitucional por el hecho de que la norma no se aplique a otros que asimismo la han incumplido, ni puede pretender específicamente su impunidad por el hecho de que otros hayan resultado impunes, pues la impunidad de algunos "no supone que en virtud del principio de igualdad deba declararse la impunidad de otros que hayan participado en los mismos hechos"; de modo que cada cual responde de su propia conducta con independencia de lo que ocurra con los otros (SSTC 51/1985, 40/1989, 21/1992, 157/1996, 27/2001 y 181/2006).

SÉPTIMO.- Con respecto a la atenuante de dilaciones indebidas, que se reclama con el carácter de muy cualificada, la duración del procedimiento debe computarse desde el inicio de las diligencias judiciales, que fue por Auto de 12 de junio de 2008, no desde que se adquirieron los terrenos. Por tanto, la duración ha sido sensiblemente inferior a ocho años, como recoge la sentencia impugnada. Nunca trece años, como sostiene el recurrente. Por lo demás, no especifica periodos de inactividad de especial intensidad que justifiquen la aplicar los efectos de atenuación extraordinarios.

OCTAVO.- Es cierto que la sentencia adolece de motivación de la determinación de las penas. Pero la pena de multa (12 meses) ha sido impuesta en la mínima extensión y la cuota diaria, fijada en tres euros, es tan próxima al mínimo que no precisa mayor justificación. Y la pena privativa de libertad, también está puesta en su extensión mínima.

NOVENO.- Procediendo la desestimación del recurso, se está en el caso de imponerse las costas a los recurrentes (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º. - DESESTIMAR el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la representación legal de los acusados DON Donato , DON Genaro , DON Landelino , DON Plácido , DOÑA Milagrosa , DON Jose Ramón y DON Pedro Francisco , contra Sentencia núm. 648/2016 de 4 de noviembre de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Madrid . 2º.- CONDENAR a dichos recurrentes al pago de las costas procesales ocasionadas por su recurso en la presente instancia casacional. 3º.- COMUNICAR la presente resolución a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la coleccion legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julian Sanchez Melgar Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Antonio del Moral Garcia
Andres Palomo Del Arco Perfecto Andres Ibañez.

Resolución para la Unidad 8 (Delitos contra el Medio Ambiente):

- **Casación 216-2021-Arequipa/Sala Penal Permanente**, de fecha 14.02.2023 (Ponente: Altabás Kajatt).

Según la Corte Suprema, respecto de la estructura típica del delito de contaminación ambiental, se trata de un tipo penal en blanco, en cuanto el legislador condiciona la tipicidad de la conducta a una infracción legal previa. Esto es, el agente cometerá el delito si su conducta vulnera la ley, reglamentos o límites máximos permisibles y, como consecuencia, genera agentes contaminantes que causen o puedan causar perjuicio. Basándose en estas precisiones dogmáticas, analiza el caso concreto.



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PE
CASACIÓN N.º 216-2021
AREQUIPA

Validez desconocida

SEDE PALACIO DE JUSTICIA
Vocal Supremo: ALTABAS KAJATT DE MILLA MARIA
DEL CARMEN PALOMA / Servicio Digital - Poder
Judicial del Perú
Fecha: 6/07/2023 12:28:25, Razón: RESOLUCIÓN
JUDICIAL D. Judicial: CORTE SUPREMA /
LIMA, FIRMA DIGITAL

Contaminación ambiental y reparación civil

- a. Conforme a la estructura típica del delito de contaminación ambiental, es posible apreciar que se trata de un tipo penal en blanco, en cuanto el legislador condiciona la tipicidad de la conducta a una infracción legal previa. Esto es, el agente cometerá el delito si su conducta vulnera la ley, reglamentos o límites máximos permisibles y, como consecuencia, genera agentes contaminantes que causen o puedan causar perjuicio.
- b. En el caso concreto, la Sala no tomó en cuenta que el perito Derling Rey Traverso refirió en audiencia que el análisis realizado en sus Informes tomó en cuenta el "ruido de fondo", conforme a la norma técnica peruana "NTP 854.001-1-2012", el cual servía para los efectos de "fiscalización", conforme además lo estableció el Juzgado de primera instancia en el rubro 4.2.5.3.4 "La norma técnica aplicable". De ahí que, aun cuando se hizo mención al ruido de los árboles y a que este era un ruido residual que debía ser tomado en cuenta en atención a las normas "ISO 1996-1 e ISO 1996-2", determinadas en el Decreto Supremo n.º 085-2003-PCM, no se hizo mención al año de dichas normas ISO, pues las señaladas en el aludido decreto supremo fueron retiradas. Además, no se hizo atinencia alguna respecto a los parámetros del "ruido de fondo" tomados en cuenta por el perito Derling Rey Traverso en todas sus mediciones de fiscalización, en atención a la aludida norma técnica peruana "NTP 854.001-1-2012", conforme lo explicó en el plenario.
- c. La Sala Superior, para el aumento de la reparación civil, aplicó el artículo 1332 del Código Civil. Por tal motivo, precisó que correspondía cuantificar el monto del daño con base en una "valoración equitativa"; sin embargo, pese a que se hizo mención a ello, no se llegó a realizar ningún análisis equitativo con el fin de fijar la suma correspondiente, conforme se aprecia del fundamento 9.3.6. Solo se hizo mención a dicha circunstancia y luego se procedió a fijar, sin ningún criterio objetivo, el incremento de la reparación civil.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, catorce de febrero de dos mil veintitrés

VISTOS: en audiencia pública mediante el sistema de videoconferencia, los recursos de casación interpuestos por **(i)** la representante del **Ministerio Público** contra la sentencia de vista, del veinte de octubre de dos mil veinte (foja 288), en el extremo en que revocó la sentencia de primera instancia, del veintiséis de febrero de dos mil diecinueve (foja 157), que condenó a Dagoberto Rómulo



Fernández Palacios como autor del delito de contaminación del medio ambiente, en agravio del Estado y Carlos Alberto Concha Pino, Shayira Betty Fernández Quicaña, José Carlos Concha Fernández, Claudia Lisha Cyran Aranzamendi, Renato Loayza Luna, Beatriz Marleny Luna Paredes, Bryan Rolando Bernales Luna, Herlan Elard Loayza Luna, Claudia Carolina Andia Camero, Nayeli Daylin Loayza Andia, Lelia Alicia Soledad Begazo Miranda, Virginia Margarita Gálvez Guzmán, Walter Ckristian Tejada Chávez, Walter Alberto Tejada Begazo y Rossana Virginia Cárdenas Gálvez; le impuso cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de tres años, sujeto a reglas de conducta; dispuso la clausura definitiva del local donde funciona la planta de la Cooperativa de Producción y Servicios Especiales de los Productores de Camélidos Andinos Ltda. (Coopecan Perú); y fijó la reparación civil de la siguiente forma: a favor del Estado, S/ 10 000 (diez mil soles); a favor de Carlos Alberto Concha Pino, Shayira Betty Fernández Quicaña, José Carlos Concha Fernández, Claudia Lisha Cyran Aranzamendi y Renato Loayza Luna, S/ 2500 (dos mil quinientos soles) para cada uno; a favor de Beatriz Marleny Luna Paredes, Bryan Rolando Bernales Luna, Herlan Elard Loayza Luna, Claudia Carolina Andia Camero, Nayeli Daylin Loayza Andia, Lelia Alicia Soledad Begazo Miranda y Virginia Margarita Gálvez Guzmán, S/ 4000 (cuatro mil soles) para cada uno; y a favor de Walter Ckristian Tejada Chávez, Walter Alberto Tejada Begazo y Rossana Virginia Cárdenas Gálvez, la suma de S/ 2500 (dos mil quinientos soles); reformándola, absolvió al procesado Dagoberto Rómulo Fernández Palacios del mencionado delito y declaró infundado el pedido de clausura definitiva del local donde funciona Coopecan Perú; asimismo, fijó en S/ 5000 (cinco mil soles) la reparación civil para cada uno de los agraviados mencionados; y confirmó tanto el extremo que absolvió a Jorge Paco Díaz y Jorge Basilio Palomino del



referido delito como el extremo que fijó en S/ 10 000 (diez mil soles) la reparación civil a favor del Estado; **(ii)** la defensa técnica del **tercero civil responsable**, Coopecan Perú, y el abogado defensor del procesado **Dagoberto Rómulo Fernández Palacios** contra la aludida sentencia de vista, en el extremo en que revocó la reparación civil fijada en primera instancia y, reformándola, fijó el pago de la reparación civil en S/ 5000 (cinco mil soles) a favor de Carlos Alberto Concha Pino, Shayira Betty Fernández Quicaña, José Carlos Concha Fernández, Claudia Lisha Cyran Aranzamendi, Renato Loayza Luna, Beatriz Marleny Luna Paredes, Bryan Rolando Bernaldes Luna, Herlan Elard Loayza Luna, Claudia Carolina Andia Camero, Nayeli Daylin Loayza Andia, Lelia Alicia Soledad Begazo Miranda, Virginia Margarita Gálvez Guzmán, Walter Ckristian Tejada Chávez, Walter Alberto Tejada Begazo y Rossana Virginia Cárdenas Gálvez, suma que deberá ser cancelada solidariamente por Dagoberto Fernández Palacios y el tercero civilmente responsable, Coopecan Perú; asimismo, en el extremo en que fijó en S/ 10 000 (diez mil soles) la reparación civil a favor del Estado.

Intervino como ponente la señora jueza suprema ALTABÁS KAJATT.

FUNDAMENTOS DE HECHO

Primero. Itinerario del proceso en etapa intermedia

- 1.1. La representante de la Fiscalía Provincial Especializada en Materia Ambiental formuló acusación (foja 1, aclarado a foja 58) en contra de **Dagoberto Rómulo Fernández Palacios**, Jorge Simón Paco Díaz y Jorge Basilio Palomino como coautores del delito de contaminación ambiental —ilícito previsto y sancionado en el primer párrafo del artículo 304 del Código Penal, con la agravante contenida en el numeral 3 del artículo 305 del aludido cuerpo legal— y de la Cooperativa de Producción y Servicios Especiales de los Productores de

Camélidos Andinos Ltda. (en lo sucesivo, Coopecan-Perú) como tercero civilmente responsable.

- 1.2. La audiencia de control de acusación se efectuó el catorce de noviembre de dos mil dieciséis, conforme se desprende del acta respectiva (foja 60). Culminados los debates, se dictó auto de enjuiciamiento (foja 64), y se admitió los medios de prueba ofrecidos por las partes procesales y se ordenó remitir los autos al Juzgado Penal Unipersonal para el juzgamiento respectivo.

Segundo. Itinerario del juicio oral

- 2.1. Mediante auto de citación de juicio oral, del diez de marzo de dos mil diecisiete (foja 70), se citó a las partes procesales a la audiencia de juicio oral. Instalada esta, se desarrolló en varias sesiones hasta arribar a la lectura de sentencia, realizada el catorce de febrero de dos mil diecinueve, conforme consta en el acta respectiva (foja 154).
- 2.2. Así, la lectura íntegra de la sentencia se realizó el veintiséis de febrero de dos mil diecinueve (foja 157), por la cual se absolvió de la acusación fiscal a Jorge Simón Paco Díaz y Jorge Basilio Palomino, y se condenó a Dagoberto Rómulo Fernández Palacios como autor del delito de contaminación ambiental, en agravio del Estado y Carlos Alberto Concha Pino, Shayira Betty Fernández Quicaña, José Carlos Concha Fernández, Claudia Lisha Cyran Aranzamendi Renato Loayza Luna, Beatriz Marleny Luna Paredes, Bryan Rolando Bernales Luna, Herlan Elard Loayza Luna, Claudia Carolina Andia Camero, Nayeli Daylin Loayza Andia, Lelia Alicia Soledad Begazo Miranda, Virginia Margarita Gálvez Guzmán, Walter Ckristian Tejada Chávez, Walter Alberto Tejada Begazo y Rossana Virginia Cárdenas Gálvez; le impuso cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de tres años, sujeto a reglas de conducta; cien días-multa y dispuso la

clausura definitiva del local donde funciona la planta de Coopecan Perú; asimismo, fijó la reparación civil de la siguiente forma: a favor del Estado, S/ 10 000 (diez mil soles); a favor de Carlos Alberto Concha Pino, Shayira Betty Fernández Quicaña, José Carlos Concha Fernández, Claudia Lisha Cyran Aranzamendi y Renato Loayza Luna, S/ 2500 (dos mil quinientos soles) para cada uno; a favor de Beatriz Marleny Luna Paredes, Bryan Rolando Bernales Luna, Herlan Elard Loayza Luna, Claudia Carolina Andia Camero, Nayeli Daylin Loayza Andia, Lelia Alicia Soledad Begazo Miranda y Virginia Margarita Gálvez Guzmán, S/ 4000 (cuatro mil soles) para cada uno; y a favor de Walter Ckristian Tejada Chávez, Walter Alberto Tejada Begazo y Rossana Virginia Cárdenas Gálvez, la suma de S/ 2500 (dos mil quinientos soles).

- 2.3.** Contra dicha decisión, el Ministerio Público, el actor civil, el sentenciado y el tercero civilmente responsable interpusieron recurso de apelación, el cual fue concedido mediante resoluciones respectivas (fojas 230, 239, 254 y 271, respectivamente), y se dispuso la alzada a la Sala Penal Superior.

Tercero. Itinerario del proceso en instancia de apelación

- 3.1.** Corrido el traslado de la impugnación, se convocó a audiencia de apelación de sentencia, la cual se realizó con normalidad en cinco sesiones, como se aprecia de las actas de audiencias respectivas (fojas 275, 277, 280, 283 y 286).
- 3.2.** El veinte de octubre de dos mil veinte, se procedió a realizar la audiencia de lectura de sentencia de vista, según consta en el acta respectiva (foja 286), mediante la cual se decidió, por unanimidad, revocar la sentencia de primera instancia, del veintiséis de febrero de dos mil diecinueve, que condenó a Dagoberto Rómulo Fernández Palacios como autor del delito de



contaminación del medio ambiente, en agravio del Estado y Carlos Alberto Concha Pino, Shayira Betty Fernández Quicaña, José Carlos Concha Fernández, Claudia Lisha Cyran Aranzamendi, Renato Loayza Luna, Beatriz Marleny Luna Paredes, Bryan Rolando Bernales Luna, Herlan Elard Loayza Luna, Claudia Carolina Andia Camero, Nayeli Daylin Loayza Andia, Lelia Alicia Soledad Begazo Miranda, Virginia Margarita Gálvez Guzmán, Walter Ckristian Tejada Chávez, Walter Alberto Tejada Begazo y Rossana Virginia Cárdenas Gálvez; le impuso cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de tres años, sujeto a reglas de conducta; dispuso la clausura definitiva del local donde funciona la planta de Coopecan Perú; y fijó la reparación civil de la siguiente forma: a favor del Estado, S/ 10 000 (diez mil soles); a favor de Carlos Alberto Concha Pino, Shayira Betty Fernández Quicaña, José Carlos Concha Fernández, Claudia Lisha Cyran Aranzamendi y Renato Loayza Luna, S/ 2500 (dos mil quinientos soles) para cada uno; a favor de Beatriz Marleny Luna Paredes, Bryan Rolando Bernales Luna, Herlan Elard Loayza Luna, Claudia Carolina Andia Camero, Nayeli Daylin Loayza Andia, Lelia Alicia Soledad Begazo Miranda y Virginia Margarita Gálvez Guzmán, S/ 4000 (cuatro mil soles) para cada uno; y a favor de Walter Ckristian Tejada Chávez, Walter Alberto Tejada Begazo y Rossana Virginia Cárdenas Gálvez, la suma de S/ 2500 (dos mil quinientos soles); reformándola, absolvió al aludido procesado Dagoberto Rómulo Fernández Palacios del mencionado delito y declaró infundado el pedido de clausura definitiva del local donde funciona Coopecan Perú; asimismo, fijó en S/ 5000 (cinco mil soles) la reparación civil para cada uno de los agraviados descritos precedentemente; confirmó el extremo en que absolvió a Jorge Paco Díaz y Jorge Basilio Palomino por el



referido delito, y confirmó el extremo en que fijó en S/ 10 000 (diez mil soles) la reparación civil a favor del Estado.

- 3.3.** Emitida la sentencia de vista, el Ministerio Público, el procesado Dagoberto Rómulo Fernández Palacios y el tercero civilmente responsable interpusieron recurso de casación, los cuales fueron concedidos mediante resoluciones correspondientes (fojas 339, 357 y 374); se ordenó elevar los actuados a la Corte Suprema.

Cuarto. Trámite del recurso de casación

- 4.1.** Elevado el expediente a la Suprema Sala, se corrió el traslado respectivo, conforme a los cargos de la cedula de notificación (fojas 170 y 171 del cuadernillo formado en esta Suprema Sala), y se señaló fecha para calificación de los recursos de casación mediante decreto del treinta de mayo de dos mil veintidós (foja 183 del cuadernillo formado en este Supremo Tribunal). En este sentido, mediante auto de calificación del trece de junio de dos mil veintidós (foja 185 del cuadernillo formado ante este Supremo Tribunal), se declaró bien concedidos los aludidos recursos interpuestos por el representante del Ministerio Público, el procesado Dagoberto Rómulo Fernández Palacios y el tercero civilmente responsable.
- 4.2.** Instruidas las partes procesales sobre la admisión del recurso de casación, conforme al cargo de entrega de cédula de notificación (foja 198 del cuadernillo formado en esta sede), se señaló fecha para la audiencia de casación, mediante decreto del dieciséis de diciembre de dos mil veintidós (foja 202 del cuadernillo formado en esta sede). Instalada la audiencia de casación, se realizó mediante el aplicativo *Google Hangouts Meet*, con la presencia de las partes procesales. Una vez culminada, se produjo la deliberación de la causa en sesión secreta, en virtud de la cual, tras la votación respectiva, el estado de la causa es el de expedir



sentencia, cuya lectura en audiencia pública mediante el aplicativo tecnológico señalado se efectuará con las partes que asistan, en concordancia con el artículo 431, numeral 4, del Código Procesal Penal —en lo sucesivo, CPP—.

Quinto. Motivo casacional

5.1. Conforme se estableció en el fundamento jurídico séptimo del auto de calificación del recurso de casación, en concordancia con su parte resolutive, se admitió el recurso de casación por las causales 2, 3 y 4 del artículo 429 del CPP, cuyo marco de análisis girará en torno a lo siguiente:

5.1.1. Respecto a la casación del Ministerio Público

[...] La sentencia impugnada habría infringido el deber de motivación, por cuanto se habría dado diferente valor a la declaración del perito Rey Traverso, así como se habría cuestionado su idoneidad en un MOF no vigente, a pesar de que no se actuó prueba en segunda instancia, lo que vulnera el modo en que la prueba personal debe evaluarse. También se inobservaron las normas procesales que la regulan, por lo que cabe amparar el pedido a través del inciso 2 del artículo 429 del Código Adjetivo.

[...] Cabe también verificar, en atención a los motivos que propusieron, si se afectó la norma sustantiva (artículo 304 del Código Penal y D. S. 85-2003-PCM) sobre el parámetro de medición, así como al tiempo de medición y calibración del sonómetro, de modo que resulta amparable el inciso 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal [sic].

5.1.2. Respecto al procesado Dagoberto Rómulo Fernández Palacios y el tercero civilmente responsable

[...] Resulta patente verificar la motivación sobre la determinación del daño que fue omitido por el Tribunal Superior para fijar la reparación civil, así como los criterios necesarios para su aplicación; también resulta necesario desarrollar si el absuelto Jorge Basilio Palomino tendría que ser considerado responsable solidario del monto de la reparación civil.

Sexto. Agravios del recurso de casación

Los agravios relacionados con lo que es objeto de casación son los siguientes:

6.1. Respecto al Ministerio Público

6.1.1. La Sala otorgó diferente valor probatorio a la declaración del perito fiscalizador de la Municipalidad, Rey Traverso, sin prueba actuada en segunda instancia, lo que contraviene el numeral 2 del artículo 425 del CPP; además, no hizo un control de la valoración de la prueba, sino su revaloración; por consiguiente, al inaplicar la norma procesal afectó el debido proceso como garantía constitucional de carácter procesal.

6.1.2. No se aplicó el artículo 304, primer párrafo, del Código Penal (que tipifica el delito de contaminación del medio ambiente) ni el artículo 4 del D. C. n.º 85-2003-PCM, al tratarse de una ley penal en blanco y de normas conexas a la Ley General del Ambiente y Ordenanzas Municipales, pues esta última establece que el parámetro de medición es el nivel de presión sonora continua equivalente con ponderación A (LA_{eqT}), mas no establece como parámetro de medición el ruido específico, como consideró equivocadamente la Sala Superior.

6.1.3. Sobre el tiempo de medición, el Colegiado sostiene que no se usó la NTP 854, pero esta no es obligatoria, como infiere la Sala. En cuanto al cuestionamiento de la calibración del sonómetro, el Colegiado Superior considera que el tiempo de calibración expira, conclusión que es errada, dado que la NTP 854-001-1 no indica su expiración, sino que es recomendable la verificación de la calibración en los sonómetros al menos una vez cada dos años. Dicho aspecto fue aclarado en el plenario por el perito Rey Traverso,

pero el Tribunal Superior descalifica el conocimiento aportado por este.

6.1.4. Sobre la idoneidad del perito, la Sala Superior pretende que se aplique un MOF no vigente, es decir, que retroactivamente se fijen los requisitos que se requieren para el cargo.

6.2. Respecto al procesado Dagoberto Rómulo Fernández Palacios

6.2.1. Existe motivación aparente e inobservancia del debido proceso, ya que no se explicaron los tópicos de antijuricidad, daño, nexo causal y factor de atribución.

6.2.2. Para fijar la reparación civil se requiere de un daño concreto, no hipotético, pues en los delitos de peligro concreto se requiere que el daño también sea real, cierto y manifiesto; por ello, debe constatarse fácticamente el daño o la lesión, la sola posibilidad no puede ser un criterio para determinar la reparación civil.

6.2.3. Tampoco se motivó el incremento de la reparación civil ni hay prueba sobre los decibeles del emitido por Coopecan, así como no hay prueba sobre la falta de sueño. La invocación del principio de equidad no es suficiente para el incremento de la reparación civil, sino que debe motivarse.

6.3. Respecto al tercero civilmente responsable

6.3.1. Se afectó el derecho a la igualdad, pues se atribuyeron distintas consecuencias jurídicas al presente supuesto de hecho, con relación a otros procesos sustancialmente iguales; también se afectó el derecho de defensa del recurrente.

6.3.2. El daño supuestamente ocasionado no es imputable ni objetiva ni subjetivamente a los sentenciados absueltos, dado que se acreditó en segunda instancia que la medición realizada respecto de la supuesta contaminación no tenía validez.

6.3.3. Cuando no se acredita el daño ocasionado, conforme al Acuerdo Plenario n.º 004-2019/CIJ-116, se debe optar obligatoriamente por no imponer una reparación civil.

6.3.4. No se acreditó que el daño causado sea atribuible objetiva y subjetivamente a los acusados ni a la recurrente como tercero civilmente responsable. Si la sentencia establece lo contrario, implica una contradicción con las conclusiones que motivaron el extremo absolutorio de la sentencia de vista.

Séptimo. Hechos materia de imputación

De acuerdo con el requerimiento acusatorio (foja 1), se atribuye a Dagoberto Rómulo Fernández Palacios lo siguiente:

Se encuentra determinado que la Cooperativa de Producción y Servicios Especiales Leda-COOPECAN Perú adquirió en propiedad maquinaria y equipos industriales y además arrendó el inmueble ubicado en Prolongación avenida 27 de noviembre n.º 611-La Libertad del distrito de Cerro Colorado, a través de su Gerente General Dagoberto Rómulo Fernández Palacios. Asimismo mediante Expediente n.º 3074-2014 solicita licencia de funcionamiento a la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado para el desempeño de sus actividades textiles industriales en el referido inmueble; pedido que es negado por la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado mediante Resolución de Gerencia n.º 015-2014-GSC-MDCC del siete de febrero de dos mil catorce y confirmado mediante Resolución de Alcaldía n.º 270-2014-MDCC del dieciocho de julio de dos mil catorce; y pese a todo ello dicha cooperativa desde el mes de enero de dos mil catorce hasta la actualidad viene operando diariamente en forma clandestina por no contar con licencia de funcionamiento municipal, así como sin contar con estudio de impacto ambiental y sin certificación ambiental de dicho instrumento de gestión ambiental por parte del Ministerio de la Producción, lo cual imposibilita su fiscalización formal y técnica por parte de dicho ministerio.

Por otro lado se ha determinado que por el funcionamiento y ejecución de las actividades textiles industriales realizadas por la referida cooperativa COOPECAN Perú se provocan emisiones sonoras contaminantes de la

atmósfera que infringen y superan los límites fijados en el Decreto Supremo n.º 085-2003-PCM (Reglamento de Estándares Nacionales de Calidad Ambiental para ruido), ratificado por la Ordenanza Municipal n.º 049 de la Municipalidad Provincial de Arequipa, que establece como límite máximo en una zona residencial (R) y en horario nocturno hasta 50 decibeles (dB); ello toda vez que conforme a los informes de medición sonora realizados por la Sub Gerencia de Gestión Ambiental de la Municipalidad Provincial de Arequipa desde el inmueble ubicado en la Prolongación avenida 27 de noviembre n.º 617-La Libertad del distrito de Cerro Colorado (6 Lote B.3 de la Urbanización El Solar) y con referencia y causalidad directa a la mencionada Cooperativa de Producción y Servicios Especiales Luda-COOPECAN Perú se obtuvieron los siguientes resultados de medición sonora:

- Informe n.º 53-2014-MPA/GSC/SGGA-DDRT de fecha 19 de agosto de 2014 de donde se tiene que el día 01 de agosto de 2014 a las 22:40 horas a una distancia aproximada de 30 metros de la referida cooperativa se obtuvo un registro sonoro de 51.4 dB por un tiempo de 14 minutos 42 segundos, con el resultado de contaminante.
- Informe n.º 61-2014-MPA/GSC/SGG.A-DDRT de fecha 06 de noviembre de 2014 de donde se tiene que el día 20 de agosto de 2014 a las 22:14 horas a una distancia aproximada de 30 metros de la referida cooperativa se obtuvo un registro sonoro de 50.4 dB por un tiempo de 15 minutos, con el resultado de contaminante.
- Informe n.º 19-2015-MPA/GSC/SGGA-DDRT de fecha 24 de marzo de 2015 de donde se tiene que el día 06 de marzo de 2015 a las 20:18 horas a una distancia aproximada de 30 metros de la referida cooperativa se obtuvo un registro sonoro de 51.8 dB por un lapso de 09:35 minutos y 53.3 dB por un lapso de 03:01 minutos, ambos registros con el resultado de contaminante.

Asimismo se ha determinado que la referida cooperativa tiene como actividad económica principal la signada como 1717 por la CIIU (Clasificación Industrial Internacional Uniforme): Preparación y Tejido de fibras textiles y actividades de comercio exterior en calidad de exportador; teniendo sucursales en el departamento de Cuzco y Ayacucho y su sede productiva en el inmueble que arrendó ubicado en Prolongación avenida 27 de noviembre n.º 611-La Libertad del distrito de Cerro Colorado, provincia y departamento de Arequipa; consumiendo aproximadamente 5,000.00



galones de petróleo industrial cada veinte días y pagando mensualmente en suministro de energía eléctrica cantidades superiores a los S/ 10 000 (diez mil soles) mensuales; asimismo emplea veintidós maquinarias y quipos industriales y durante todo el año dos mil quince empleó la cantidad de cuarenta y dos trabajadores para el desarrollo de sus actividades productivas de grupo industrial, siendo que sus actividades textiles industriales son molestas y peligrosas por la contaminación sonora y vibraciones que provoca desde el mes de enero del año dos mil catorce y su producción no está dirigida al comercio mayorista sino al comercio exterior como exportador, condiciones y características por las cuales sus actividades no pueden ser catalogadas como actividades de industria elemental y complementaria (1-1) compatibles con una Zona Residencial (R-3) conforme a los aspectos normativos del Plan Director en mención y su Cuadro de Compatibilidades de Uso aprobado mediante Ordenanza Municipal n.o 160-2002 y adecuado mediante Ordenanza Municipal n.º 495 2002 expedidas por la Municipalidad Provincial de Arequipa en su calidad de órgano competente para zonificar de manera exclusiva y excluyente las áreas urbanas, de expansión urbana y áreas agrícolas en la provincia de Arequipa. Aunado a ello se ha determinado que en la conducta criminal imputada de provocación de emisiones sonoras contaminantes de la atmosfera y vibraciones, los inculpados han tenido los siguientes roles y funciones en calidad de coautores: a) el inculpadado Jorge Simón Paco Díaz al momento de celebración del primer contrato de arrendamiento del veintidós de noviembre de dos mil trece así como al momento de suscribir el contrato de compraventa de maquinaria de fecha diecisiete de agosto de dos mil trece se desempeñó como Presidente de Consejo de Administración de la referida cooperativa arrendando el inmueble en mención, adquiriendo la maquinaria y equipos industriales mencionados a fin de poner en funcionamiento de referida planta industrial productiva de la cooperativa; b) el inculpadado Jorge Basilio Palomino al momento de la celebración del segundo contrato de arrendamiento del primero de enero de dos mil quince también se desempeñó como Presidente de Consejo de Administración de esta cooperativa renovando el referido contrato para los mismos fines de actividad industrial textil; c) el inculpadado Dagoberto Rómulo Fernández Palacios siempre participó como Gerente General de la referida



cooperativa tanto en estos dos contratos de arrendamiento como en el contrato de compraventa de la maquinaria y equipos antes mencionados y ello pese a tener conocimiento de la investigación fiscal iniciada; y d) Los inculpados con el arrendamiento realizado y la maquinaria adquirida se pusieron de acuerdo para poner en funcionamiento la planta industrial de la cooperativa por cuyo funcionamiento se cometió el delito de contaminación sonora imputado.

Se ha determinado que cual los inculpados en calidad de órganos de representación de la cooperativa COOPECAN Perú, pese a sus facultades y calidad de funcionarios y representantes de dicha cooperativa (art. 33 y art. 76 y art. 77 del Régimen Administrativo de su escritura de constitución) y teniendo pleno conocimiento de la contaminación sonora provocada en perjuicio de los agraviados debido al funcionamiento y utilización de la maquinaria y equipos industriales antes mencionados, en forma dolosa omitieron evitar la provocación de las emisiones sonoras contaminantes antes mencionadas así como las vibraciones que hasta la fecha continúan produciéndose en los domicilios de los agraviados de la Urbanización El Solar, infringiéndose además con estas vibraciones lo establecido en el art. 2 literal "d" de la Norma Técnica A.060, Industria. Capítulo I. Aspectos Generales del Reglamento Nacional de Edificaciones aprobada mediante Decreto Supremo n.º 011-2006-VI; de forma tal que con estas emisiones sonoras contaminantes de la atmosfera provocadas por el funcionamiento de esta cooperativa COOPECAN Perú se puede causar perjuicio, alteración y daño grave al ambiente y sus componentes así como a la calidad ambiental y salud ambiental de los agraviados que domicilian en la Urbanización el Solar ubicada en forma colindante y directa con la planta industrial antes mencionada operada por la cooperativa COOPECAN Perú.

Asimismo se ha llegado a determinar que conforme a la Ordenanza Municipal n.º 247-2008-MDC del diez de marzo de dos mil ocho expedida por la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado se aprueba el Reglamento de Licencia Municipal de funcionamiento para establecimientos comerciales, industriales y servicios del distrito de Cerro Colorado que en su artículo 7 establece la prohibición que establecimientos industriales como la planta productiva de la referida cooperativa COOPECAN Perú funcione entre las 22:00 horas hasta las 05:00 horas del día siguiente, mandato municipal que



dicha cooperativa tampoco cumple toda vez que las emisiones sonoras contaminantes imputadas se realizaron dentro de este horario prohibido. A ello se aúna el hecho que esta cooperativa no tiene licencia de funcionamiento y autorización o certificación ambiental alguna siendo que además que esta planta industrial se ubica a menos de 100 ml de la I. E. P Miguel Ángel Cornejo Rosado lo que conforme al art. 10 literal "a" de la referida ordenanza también se encuentra prohibido por constituir el funcionamiento de esta planta industrial una fuente de peligro para los estudiantes de esta institución educativa.

Finalmente se ha determinado que la referida cooperativa COOPECAN Perú resulta pasible de la medida accesoria establecida en el artículo 105 inciso 4 del Código Penal consistente en la prohibición definitiva de realizar sus actividades industriales de manufactura textil en el inmueble que arrendó en Prolongación avenida 27 de noviembre n.º 611-La Libertad del distrito de Cerro Colorado propiedad de los referidos esposos, ello por tener dicho inmueble una zonificación residencial R-3 conforme al Plan Director de Arequipa Metropolitana vigente que establece en sus aspectos normativos que la zonificación Residencial R-3 no es compatible con actividades de tipo industrial que por sus características de molestas y peligrosas y dirigidas a la exportación no pueden considerarse de tipo de industria elemental o complementaria; debiendo por ello esta planta industrial reubicarse a una zona industrial en donde sí se permite y es compatible el desarrollo de sus actividades industriales tales como el Parque Industrial de APIMA, Parque Industrial de Río Seco o el Parque Industrial de Yura existentes en la provincia de Arequipa [sic].

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Contaminación ambiental, tipo penal y verbos rectores

Octavo. El tipo penal del delito de contaminación ambiental se encuentra previsto en el artículo 304 del Código Penal, el cual, desde su concepción inicial, ha sufrido dos modificaciones. En efecto, primigeniamente se tipificaba de la siguiente manera:

Artículo 304.- El que, infringiendo las normas sobre protección del medio ambiente, lo contamina vertiendo residuos sólidos, líquidos, gaseosos o de cualquier otra naturaleza por encima de los límites establecidos, y que causen o puedan causar perjuicio o alteraciones en la flora, fauna y recursos hidrobiológicos, será reprimido con pena privativa de libertad, no menor de uno ni mayor de tres años o con ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa.

Si el agente actuó por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de un año o prestación de servicio comunitario de diez a treinta jornadas.

Luego dicho tipo penal fue modificado por el artículo 3 de la Ley n.º 29263, publicada el dos de octubre dos mil ocho en el diario oficial *El Peruano*, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 304.- Contaminación del ambiente

El que, infringiendo leyes, reglamentos o límites máximos permisibles, provoque o realice descargas, emisiones, emisiones de gases tóxicos, emisiones de ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño grave al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental, según la calificación reglamentaria de la autoridad ambiental, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de seis años y con cien a seiscientos días-multa.

Si el agente actuó por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de tres años o prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas.

Posteriormente, el tipo penal en comento fue modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo n.º 1351, publicado el siete de enero dos mil diecisiete, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 304.- Contaminación del ambiente

El que, infringiendo leyes, reglamentos o límites máximos permisibles, provoque o realice descargas, emisiones, emisiones de gases tóxicos, emisiones de ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes



en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño grave al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de seis años y con cien a seiscientos días-multa.

Si el agente actuó por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de tres años o prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas.

Ahora bien, por principio de legalidad, la aplicación de la norma es la que estuvo vigente al momento de los hechos, por lo que la norma aplicable al caso concreto, cuyos verbos rectores se deben interpretar, será aquella modificada por el artículo 3 de la Ley n.º 29263.

Noveno. Así, conforme a la estructura típica del delito de contaminación ambiental en comento, es posible apreciar que se trata de un tipo penal en blanco, en cuanto el legislador condicionó la tipicidad de la conducta a una infracción legal previa. Esto es, el agente cometerá el delito si su conducta vulnera la ley, reglamentos o límites máximos permisibles y, como consecuencia, genera agentes contaminantes que causen o puedan causar perjuicio. De acuerdo con las máximas de la experiencia, lo usual es que las conductas contaminantes sean efectuadas por empresas que realizan actividades industriales o productivas. En este escenario, de cara a establecer la autoría y participación, con suficiente razón, la Casación n.º 455-2017/Pasco, emitida por esta Sala Suprema, estableció que en lo que respecta al delito de contaminación del medioambiente, por tratarse de un delito complejo en virtud de su singular estructura e implicancia material, es viable optar por la teoría de la infracción del deber, la razón: la conducta penalmente sancionada de los agentes activos en el delito de contaminación ambiental únicamente puede



ser viable en la medida en que el deber exigido por la norma prevista por la persona jurídica así lo ha establecido, por lo que cualquier otra conducta que extralimite o no precise dicho deber o rol deberá excluir la responsabilidad del agente.

Décimo. Este tipo penal tiene tres verbos rectores a saber: infringir, provocar y realizar. Así, el término "infringir", alude a quebrantar leyes u órdenes. En otras palabras, el infringir está relacionado con aquella conducta que contraviene la norma en materia ambiental o supera los límites máximos administrativamente permitidos, de ahí que dicha conducta se encuentre imbricada en un plano normativo, pues el agente solo puede quebrantar aquello que se encuentre regulado positivamente. Los límites le vienen fijados en la ley.

Decimoprimer. En cuanto al verbo "provocar", este está referido a aquella conducta que produce o cause algo. Finalmente, "realizar" significa llevar a cabo algo o ejecutar una acción. Ambas conductas se encuentran relacionadas con la producción de descargas, emisiones, emisiones de gases tóxicos, emisiones de ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño grave al ambiente o sus componentes, la calidad o la salud ambientales. Esto es, dichas conductas se encuentran ligadas a la producción de un agente contaminante, cuya prohibición o límite debe estar regulado normativamente. Esta exigencia permite afirmar que el delito materia de análisis, es un tipo penal en blanco, debido a que se tendrá que recurrir a normas extrapenales para verificar la materialización del delito.

Decimosegundo. La consumación se dará cuando se "cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño grave al ambiente o sus componentes", de ahí

que existen dos formas de consumación: **i)** si la contaminación repercute en el medio ambiente o sus componentes, el delito se consuma con la generación de una situación de peligro concreto para la estabilidad del medio ambiente o algunos de sus componentes esenciales; **ii)** si la contaminación repercute la salud y calidad ambiental que se encuentren normativamente definidos, la consumación se produce con la conducta contaminante que atente contra el estándar fijado, sin que sea necesaria una situación de peligro concreto o lesión para la estabilidad del medio ambiente o de sus componentes¹.

II. Ley penal en blanco

Decimotercero. Como se ha referido, el delito de contaminación ambiental es una ley penal en blanco. Esto es, necesita de un complemento normativo extrapenal para su configuración. En otras palabras, el tipo penal, para su configuración, se debe remitir a normas no penales, de rango similar o inferior que, de consuno con el precepto principal, puedan determinar la responsabilidad penal del actor. En efecto, la ley penal en blanco describe una conducta, pero esta conducta será reprochable penalmente si además se quebranta otra disposición legal.

Decimocuarto. Así, en función del bien jurídico protegido —en el caso concreto, el medio ambiente—, la aplicación de normas extrapenales resulta viable en razón de que la protección del citado bien jurídico se encuentra regulada mediante leyes y normas administrativas que lo dotan de seguridad jurídica. Es importante indicar que se debe recurrir a estos dispositivos legales para definir el ámbito de la realidad en la que

¹ GARCÍA CAVERO, Percy. (2015). *Derecho Penal Económico, Parte Especial, Volumen III*. Lima: Editorial Instituto Pacífico, p. 888 y 889.



el delito acontece, pero sin que ello incida en los criterios de imputación penal² (accesoriedad relativa), pues el derecho penal es *ultima ratio*.

Decimoquinto. Cabe acotar que existen dos clases de leyes penales en blanco: las propias, que para su complementación se remiten a normas de jerarquía inferior como reglamentos, actos administrativos, etc.; y las impropias, donde el reenvío de normas se da entre leyes de igual jerarquía, por ejemplo, el Código del Consumidor, leyes laborales, entre otras. En consecuencia, la norma en blanco seguirá siendo una norma penal, aunque el supuesto de hecho se encuentre en una norma administrativa³.

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Decimosexto. Conforme se desprende del auto de calificación emitido por esta Sala Suprema, se declararon bien concedidos los recursos de casación del Ministerio Público, el procesado Dagoberto Rómulo Fernández y del tercero civilmente responsable. A fin de emitir un pronunciamiento ordenado, se empezará por el recurso de casación del representante de la legalidad y luego, en un mismo análisis, los recursos de casación del procesado y del tercero civilmente responsable, dado que ambos cuestionan la reparación civil fijada en sede de alzada.

A. Respecto a la casación del Ministerio Público

Decimoséptimo. En este extremo, la censura casacional se circunscribe a dos cuestiones puntuales, en función, claro está, de las causales de

² GARCÍA CAVERO, Percy. (2015). *Derecho Penal Económico, Parte Especial, Volumen II*. Lima: Editorial Instituto Pacífico, p. 844.

³ SALA PENAL PERMANENTE, Sentencia de Casación n.º 762-2017/Arequipa, del veinticuatro de mayo de dos mil dieciocho, fundamento de derecho tercero.

casación previstas en los numerales 2 y 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal:

- Si la sentencia de vista dio un valor diferente a la declaración del perito Rey Traverso y al cuestionamiento sobre su idoneidad en un MOF no vigente, a pesar de que no se actuó prueba en segunda instancia.
- Si se quebrantó la norma sustantiva (artículo 304 del Código Penal y el D. S. n.º 85-2003-PCM) sobre el parámetro de medición, así como al tiempo de medición y calibración del sonómetro.

Decimoctavo. En este contexto, con relación al primer punto, debemos indicar que Derling Rey Traverso, conforme a lo actuado en el plenario, es un ingeniero⁴ que laboró en la Municipalidad Provincial de Arequipa en el área de la Sub Gerencia Ambiental, funcionario que realizó tres acciones de fiscalización y, en virtud de ello, elaboró tres informes de medición de ruidos respecto a la empresa Coopecan Perú, que han sido tratados como pericia institucional, a saber:

- Informe n.º 53-2014-MPA/GSC/SGGA-DDRT, del diecinueve de agosto de dos mil catorce, en el cual se estableció que el primero de agosto de dos mil catorce, a las 22:40 horas, a una distancia aproximada de 30 metros de la empresa evaluada, se obtuvo un registro sonoro de 51.4 dB por un tiempo de 14 minutos y 42 segundos, con el resultado de contaminante.
- Informe n.º 61-2014-MPA/GSC/SGG.A-DDRT, del seis de noviembre de dos mil catorce, en el cual se estableció que el veinte de agosto de dos mil catorce, a las 22:14 horas, a una distancia aproximada de 30 metros de la empresa evaluada, se obtuvo un

⁴ Cabe precisar que en este extremo se cuestionó el hecho de que no estaba colegiado, mas no que no fuese ingeniero.

registro sonoro de 50.4 dB por un tiempo de 15 minutos, con el resultado de contaminante.

- Informe n.º 19-2015-MPA/GSC/SGGA-DDRT, del veinticuatro de marzo de dos mil quince, en el cual se estableció que el seis de marzo de dos mil quince se efectuaron dos mediciones, en la primera, a las 22:23⁵ horas, a una distancia aproximada de 30 metros de la empresa evaluada, se obtuvo un registro sonoro de 51.8 dB por un lapso de 09:35 minutos y en la segunda, a las 22:36⁶ horas, se obtuvo un registro sonoro de 53.3 dB por un lapso de 03:01 minutos, ambos registros con el resultado de contaminante.

Cabe precisar que, como quedó establecido en el plenario, dichas fiscalizaciones se realizaron con presencia del representante del Ministerio Público.

Decimonoveno. Ahora bien, el numeral 1 del artículo 172 del Código Procesal Penal indica que la pericia debe realizarse cuando se requiera conocimiento especializado de naturaleza científica, técnica, artística o de experiencia calificada. Así, es obvio que cuando en el marco de sus atribuciones —en el caso, de fiscalización— la Municipalidad Provincial emita un informe en el que se determine técnicamente el quebrantamiento del límite permitido del ruido emanado de una fuente, este puede tener el carácter de pericia institucional, pues las Municipalidades Provinciales están facultadas para fiscalizar, conforme lo señala el literal b) del artículo 23 del Decreto Supremo n.º 085-2003-PCM (Reglamento de estándares nacionales de calidad ambiental para ruido), el cual indica que estas son competentes para fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones dadas en el aludido reglamento, a fin de prevenir y controlar la contaminación sonora. Por lo tanto, al ser el informe un

⁵ Tiempo rectificado mediante Informe n.º 21-2016-MPA-GSC-SGGA-DRRT

⁶ Tiempo rectificado mediante Informe n.º 21-2016-MPA-GSC-SGGA-DRRT

documento técnico que emana de dicha fiscalización, nada obsta para que este tenga el carácter de pericia. Por ello, resulta razonable que el responsable de la evacuación de dichos informes, Derling Rey Traverso, fuera ofrecido como perito.

Vigésimo. En el caso que nos ocupa, los referidos informes fueron introducidos al plenario a través de la declaración de Rey Traverso; incluso, también fueron objeto de debate pericial —al existir una pericia de parte—. Queda claro que la emisión de los informes elaborados por el mencionado ingeniero se realizaron en su condición de funcionario público. Esto es, fueron emitidos en el cumplimiento de sus funciones, situación que no ha sido cuestionada —por el contrario, fueron objeto de preguntas de las partes con relación a su fecha de ingreso a la Municipalidad y el tiempo que tenía emitiendo informes—. Asimismo, dichos informes tampoco fueron objeto de tacha, por lo que cobran validez, descartándose que se hayan efectuado en el ejercicio privado de la profesión.

Vigesimoprimer. En atención a lo anterior y conforme numeral 2 del artículo 425 del Código Procesal Penal, la Sala Penal Superior, en instancia de apelación, está plenamente facultada para valorar de manera independiente la prueba pericial. La valoración en sede de alzada debe centrarse en realizar un control razonable sobre la explicación técnica efectuada por el perito. Esto es, se debe analizar desde la justificación de su dictamen, sin dejar de tener en cuenta lo señalado por el Acuerdo Plenario n.º 4-2015/CIJ-116, fundamento 17, en el que se señala lo siguiente:

Las opiniones periciales no obligan al juez y pueden ser valoradas de acuerdo con la sana crítica; sin embargo, el juez no puede "descalificar" el dictamen pericial desde el punto de vista científico, técnico, artístico ni modificar las conclusiones del mismo fundándose en sus conocimientos personales.



En consecuencia, el juez deberá fundamentar coherentemente tanto la aceptación como el rechazo del dictamen, observando para ello las reglas que gobiernan el pensamiento humano; lo que generará, asimismo, la posibilidad de un control adecuado de sus decisiones.

En este contexto, queda claro que el perito no es un testigo, pues se trata de un órgano de prueba técnico especializado sobre una materia específica y no estamos ante una prueba personal, esto es, una persona que presenció el hecho. Y si no es testigo, no es exigible que exista un medio de prueba actuado en segunda instancia para darle un valor distinto al que le dio el *a quo*.

Vigesimosegundo. Ahora bien, centrándonos en lo que es objeto de casación, debemos indicar que, de acuerdo con la acusación fiscal, el ingeniero Derling Rey Traverso fue ofrecido como perito y se admitió su deposición, conforme al auto de enjuiciamiento del catorce de noviembre de dos mil dieciséis. Su declaración fue realizada en dos sesiones, en que las partes presentes efectuaron las preguntas respectivas. En la sentencia de vista materia de casación se aprecia que la Sala Superior basó su decisión en la absolución de ocho cuestionamientos realizados por la defensa técnica del procesado Dagoberto Rómulo Fernández Palacios. Sin embargo, no en todos se llegó a cuestionar la declaración del perito, por lo que el presente análisis girará en torno a los fundamentos en los que sí se hizo mención a lo declarado por este, a fin de verificar si la Sala Superior realizó un correcto control del mismo.

Vigesimotercero. En el caso concreto, la fiscalización sonora realizada por la Municipalidad Provincial de Arequipa fue efectuada a la empresa Coopecan Perú. Así, un aspecto resaltable es lo señalado por la Sala Superior en el ítem 7.3.2 "Sobre la forma de elaboración de un



monitoreo de medición de ruido" —objeto de los informes cuestionados—. En primer lugar, se indicó que para determinar el nivel de ruido emitido por una fuente responsable de un impacto acústico determinado, había que basarse en las definiciones esgrimidas en la "NTP ISO 1996-1", la cual —según la Sala— distingue los diferentes tipos de sonidos. Luego de definir, con base en dicha "norma internacional", el "sonido total", "sonido específico" y "sonido residual", concluyó que la interpretación más acorde con el derecho penal era la determinación del "sonido específico", la cual se encuentra asociada a una fuente específica (la que es objeto de fiscalización) y que debía ser diferenciada del "sonido residual", que se obtiene cuando este sonido específico se suprime.

Vigesimalquinto. Al respecto, la Sala Superior en modo alguno tomó en cuenta las siguientes cuestiones puntuales:

- En los Informes n.º 53-2014-MPA/GSC/SGGA-DDRT, n.º 61-2014-MPA/GSC/SGG.A-DDRT y n.º 19-2015-MPA/GSC/SGGA-DDRT, realizados por el perito Derling Rey Traverso, funcionario de la Sub Gerencia de Gestión Ambiental de la Municipalidad Provincial de Arequipa, en la que las mediciones sonoras realizadas a la empresa Coopecan Perú se efectuaron tomando en cuenta el ruido de fondo, los que resultan ser ruidos propios del medio ambiente; conforme a la norma técnica peruana "NTP 854.001-1-2012", su definición es la siguiente:

3. Términos y definiciones, 3.3. ruido de fondo, para la aplicación de esta Norma Técnica Peruana se considerará que el nivel percentil LA90.T es el representativo del ruido de fondo (por debajo del cual no puede discriminarse ninguna fuente), el cual será utilizado para valorar la inmisión sonora en un receptor.

- En el plenario, el perito Derling Rey Traverso señaló que para los efectos de "fiscalización" —como es el caso que nos ocupa—, se debía tomar en cuenta la norma técnica peruana "NTP 854.001-1-2012". Asimismo, que el análisis realizado se basó considerando el "ruido de fondo".

Se puede apreciar que la Sala Superior, de modo distinto a lo explicado por el aludido perito en el plenario, tomó en cuenta la norma técnica "NTP ISO 1996-1", sin dar explicación alguna sobre lo referido en el plenario por el perito, quien aplicó la norma técnica peruana "NTP 854.001-1-2012", pese a que también en el Informe n.º 57-2015-MPA/GSC/SGGA-DDRT —suscrito por el aludido especialista y objeto de contradicción en el plenario—, se especificaba que en los informes cuestionados se aplicó la mencionada norma técnica peruana.

Vigesimoquinto. Cabe precisar que la aplicación de la norma técnica "NTP 854.001-1-2012" fue aceptada por los peritos en el debate pericial, conforme lo señala el juez de primera instancia en la parte *in fine* del antepenúltimo párrafo del ítem 4.2.5.1 "La medición realizada por la Municipalidad Provincial de Arequipa" y específicamente en el ítem 4.2.5.3.4 "La norma técnica aplicable". Aunado a ello, el perito Derling Rey Traverso indicó que la norma técnica NTP 854.001-1-2012 se tomaba en cuenta para los efectos de "fiscalización" y no las normas ISO, pues estas últimas solo eran para "monitoreo", que no se estaba haciendo en el caso concreto, posición que no fue objetada por el perito de parte.

Vigesimosexto. Sobre esto último, el Decreto Supremo n.º 085-2003-PCM no solo faculta a las Municipalidades para fiscalizar la contaminación sonora, como se ha mencionado antes, sino también para vigilar y "monitorear". En efecto, en su artículo 14, precisa lo siguiente:



La vigilancia y monitoreo de la contaminación sonora en el ámbito local es una actividad a cargo de las municipalidades provinciales y distritales de acuerdo a sus competencias, sobre la base de los lineamientos que establezca el Ministerio de Salud. Las Municipalidades podrán encargar a instituciones públicas o privadas dichas actividades. Los resultados del monitoreo de la contaminación sonora deben estar a disposición del público.

En ese sentido, "fiscalización y monitoreo" son dos conceptos distintos, por lo que se descarta que las acciones realizadas por la Municipalidad contra la empresa Coopecan Perú fueran un monitoreo, pues constituyen una fiscalización, más aún si en ella participó el representante del Ministerio Público, conforme quedó acreditado en el plenario.

Se aprecia que la Sala Superior estimó un agravio tomando en cuenta una norma técnica que no ha sido materia de análisis en los informes técnicos y que, conforme lo debatido en el plenario, dicha norma no era la adecuada para el caso concreto, dado que se realizaba una "fiscalización" y no un "monitoreo".

Vigesimoséptimo. Por otro lado, debemos indicar que uno de los agravios absueltos por la Sala Superior, en el que se cuestiona lo declarado por el aludido Derling Rey Traverso, es respecto a la "omisión de la determinación del ruido residual y causalidad de los ruidos, falta de determinación de otras fuentes de ruido y falencias en el tiempo de duración de la medición", previsto en el ítem del mismo nombre. En este extremo, la Sala Superior hizo referencia a que el perito Derling Rey Traverso mencionó en el plenario una cuestión puntual relacionada con el ruido que existía en el ambiente al momento de realizar la fiscalización, que identificó como "el ruido de los árboles", el cual, según criterio de la Sala, era un "ruido residual", que no fue tomado en cuenta por el mencionado perito.

Vigesimoctavo. Debemos indicar que, respecto a la mención del "ruido de los árboles" por parte del perito, ello se dio de la siguiente manera:

¿Al momento de hacer esta medición, había algún otro ruido en el ambiente? Respondió: no. Ya que a la hora que se ha hecho la medición 10:40, no había tráfico por esa zona, no había tráfico vehicular, más el ruido que siempre voy a encontrar, los árboles, más no, no había otro ruido que pueda influir en la medición [sic].

Ahora bien, en atención a ello, la aludida Sala precisó lo que sigue:

- Esta sola afirmación le resta confiabilidad a la medición realizada y a lo depuesto por Rey Traverso e incluso a la valoración realizada por el Juzgador, pues el propio perito admitió en el plenario la existencia de ruido proveniente de los árboles.
- En este punto resulta imprescindible mencionar que los ruidos residuales, tal como ya fue precisado, son aquellos ruidos que resultaban distintos al ruido específico bajo investigación [...], estas precisiones técnicas se encuentran especificadas en la norma ISO 1996-1, esta es entonces la base normativa y técnica que brinda sustento a dicha diferenciación técnica, la misma que además resulta aplicable a la metodología utilizada, pues el propio D. S. 85-2003, ha establecido que ante la ausencia de una norma nacional para realizar las mediciones de ruidos [...], las mediciones deben ser determinadas de acuerdo a dicha norma técnica y la norma ISO 1996-2. Entonces, si bien no resultan de obligatorio cumplimiento, su observancia resulta determinante a fin de establecer la validez y fiabilidad de las mediciones realizadas y si bien el D. S. 85-2003 no hace referencia a la determinación de ruidos específicos o residuales en concreto, su evaluación sí resulta necesaria a fin de emitir un medio de prueba que resulte fiable [sic].

Vigesimonoveno. Así, conforme a lo antes señalado, se advierte que la Sala no tomó en cuenta que la afirmación del ruido de los árboles solo fue mencionada por Derling Rey Traverso cuando se le sometía al contradictorio respecto al Informe n.º 53-2014-MPA/GSC/SGGA-DDRT (primer informe realizado), y que no se proporcionó este dato al momento de ser interrogado respecto a los otros dos informes, conforme se



desprende de los audios respectivos, lo que implicaba que los resultados de estos últimos informes estaban vigentes.

Por otro lado, la Sala hizo referencia al "ruido residual" y a las normas "ISO 1996-1" e "ISO 1996-2", determinadas en el Decreto Supremo n.º 085-2003-PCM. Al respecto, si bien el aludido decreto supremo en su primera disposición transitoria señala:

En tanto el Ministerio de Salud no emita una Norma Nacional para la medición de ruidos y los equipos a utilizar, éstos serán determinados de acuerdo a lo establecido en las Normas Técnicas siguientes: ISO 1996-1:1982: Acústica-Descripción y mediciones de ruido ambiental, Parte I: Magnitudes básicas y procedimientos. ISO 1996-2:1987: Acústica-Descripción y mediciones de ruido ambiental, Parte II: Recolección de datos pertinentes al uso de suelo.

La norma internacional ISO 1996-1:1982, mencionada en el aludido decreto supremo, fue retirada el once de agosto de dos mil tres⁷ y la norma internacional ISO 1996-1:1987 fue retirada el nueve de marzo de dos mil siete⁸. En su lugar (al momento de los hechos) estaban vigentes las normas internacionales ISO 1996-1:2003⁹ e ISO 1996-2:2007¹⁰; empero, conforme a lo esgrimido por la Sala Superior, no se aprecia si se hace referencia a estas últimas normas o no. De modo general, se indicaron las normas "ISO 1996-1" e "ISO 1996-2", sin precisar el año de su vigencia, defecto que afecta la conclusión a la que llegó la Sala Superior.

Asimismo, la Sala no tomó en cuenta que, como ya se señaló, el perito Derling Rey Traverso refirió en audiencia que el análisis realizado en sus informes se hizo considerando el "ruido de fondo" según la norma técnica peruana "NTP 854.001-1-2012", la cual servía para los efectos de "fiscalización", conforme, además, lo estableció el Juzgado de primera

⁷ Véase fuente: <https://www.iso.org/standard/6748.html>

⁸ Véase fuente: <https://www.iso.org/standard/6749.html>

⁹ Véase fuente: <https://www.iso.org/standard/28633.html>

¹⁰ Véase fuente: <https://www.iso.org/standard/6749.html>

instancia en el rubro 4.2.5.3.4 "La norma técnica aplicable". De ahí que aun cuando se hizo mención al ruido de los árboles y a que este era un ruido residual y que debía ser tomado en cuenta, en atención a las normas "ISO 1996-1 e ISO 1996-2" determinadas en el Decreto Supremo n.º 085-2003-PCM, no se hizo mención del año de las normas ISO, pues, como se indicó, las señaladas en el aludido decreto supremo fueron retiradas. Además, no se hizo referencia alguna a los parámetros del "ruido de fondo", tomado en cuenta por el perito Derling Rey Traverso en todas sus mediciones de fiscalización, en atención a la norma técnica peruana "NTP 854.001-1-2012", aplicada por el funcionario de la Municipalidad, conforme lo explicó en el plenario.

Con relación a la aludida norma técnica peruana, esta fue aprobada por Resolución n.º 23-2012/CNB-INDECOPI, del veintiuno de marzo de dos mil doce, publicada en el diario oficial *El Peruano* el cinco de abril de dos mil doce. Así, dicha norma se encontraba vigente al momento de los hechos y formaba parte de nuestro ordenamiento legal. Por tanto, el control de lo declarado por el referido perito en este extremo, realizado por la Sala Superior, no es el correcto.

Trigésimo. Por otro lado, en cuanto al intervalo de tiempo de medición (véase ítem 7.5. "Sobre el agravio referido al intervalo de tiempo de medición"), la Sala Superior restó convicción a los resultados de los Informes realizados por el perito Derling Rey Traverso, quien señaló en el plenario que mientras una medición es más larga, tiene más precisión. Asimismo, aunque de modo confuso, la Sala indicó que en el debate pericial "ambos peritos indicaron que la Norma Técnica Peruana 854.001 establece que dichos procedimientos deben realizarse en un intervalo de tiempo mayor a 10 minutos (efectivamente así lo precisa la referida norma, pues se indica que si la medición corresponde al periodo nocturno el tiempo de medición debe ser de 20 minutos)"

(sic). Con relación al tiempo de medición y sus resultados, de acuerdo con los informes respectivos, se tiene el siguiente gráfico:

Fecha de medición	Hora	Duración	Medición (dB)
01-08-2014	22:40	14:42 min	51.4
20-08-2014	22:14	15 min	50.4
06-05-2014	22:23	09:35 min	51.8
06-03-2015	22:36	03:01 min	53.3

Independientemente de ello, debemos indicar que la Sala no llegó al grado de certeza respecto a que, si se realizaban mediciones de 20 minutos, los resultados serían menores que los señalados en el cuadro descrito. En efecto, se señaló lo siguiente: "[...] es probable que los resultados obtenidos hayan podido alcanzar cifras menores, incluso por debajo de los límites permisibles. No obstante, no existe certidumbre sobre dicho aspecto" (sic) (véase la parte *in fine* del numeral 7.5.2 de la sentencia de vista). Esto es, estimó un agravio sin llegar a la certeza, solo con base en una probabilidad y, como se sabe, la probabilidad no es estimable para afirmar una conclusión en el ámbito penal, por lo que no es de recibo lo señalado por la Sala Superior.

Trigésimo primero. Por otro lado, un punto en el que se hizo mención a lo declarado por el aludido perito es al absolver los agravios respecto a la presencia del viento en las mediciones realizadas (véase numeral 7.7 de la sentencia de vista), y se señaló que, en su declaración, el mencionado perito indicó que utilizó un "cortaviento" para evitar la influencia del viento. Sin embargo, en el debate pericial, dicho perito señaló de manera contradictoria —según la Sala— que había "ausencia de viento". Independientemente, es una verdad aceptada que al momento de realizar las mediciones, conforme a la propia versión del perito, este



utilizó un cortaviento. Empero, en el caso, la Sala Superior no explicó si dicho cortaviento influyó de forma negativa en el resultado de las mediciones. Por tanto, se evidencia un control deficiente de lo señalado por el aludido perito.

Trigésimo segundo. Aunado a ello, respecto a la idoneidad del perito, efectuada en un MOF no vigente, y a que este no cumpliría con los requisitos establecidos por la Municipalidad Provincial de Arequipa; en autos se ponderó un documento de una sola cara y sin fecha para verificar si se encontraba vigente al momento de los hechos. Asimismo, es ininteligible. Dicho medio de prueba fue introducido por el tercero civilmente responsable al inicio del juicio oral, conforme se desprende del acta de audiencia de juicio oral del veinticuatro de abril de dos mil dieciocho; sin embargo, no obra dato adicional. Por tanto, al no existir evidencia de que este haya sido el que estaba vigente al momento de los hechos, no puede tener valor probatorio.

Trigésimo tercero. En este contexto, resulta evidente que la Sala Superior no llegó a realizar un debido control de lo declarado por el perito Derling Rey Traverso en el plenario respecto a los informes elaborados. Es patente que quedó establecido que en la elaboración de dichos informes se utilizó la norma técnica peruana "NTP 854.001-1-2012" y no las normas ISO. Asimismo, su medición se hizo con base en el ruido de fondo y no en el sonido residual, entre otras cuestiones que no han sido objeto de un debido control —conforme se señaló precedentemente—. Por lo tanto, al no efectuarse una correcta ponderación del caudal probatorio en sede de alzada, se afectó el numeral 1 del artículo 158 del Código Procesal Penal, todo lo cual constituye una causal de nulidad, pues se afectó el debido proceso, por lo que amerita que se case la sentencia de vista por quebrantamiento de precepto procesal.

Trigésimo cuarto. Con relación a la causal 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal (precepto material), en el que se debía verificar si se quebrantó la norma sustantiva (artículo 304 del Código Penal y el D. S. n.º 85-2003-PCM) sobre el parámetro de medición, el tiempo de medición y la calibración del sonómetro. Independientemente de la causal de nulidad advertida, debemos indicar que conforme a los artículos que componen el Decreto Supremo n.º 085-2003-PCM, que aprueba el Reglamento de Estándares Nacionales de Calidad Ambiental para Ruido, se aprecia que solo en el artículo 15 se hace referencia a la "verificación de equipos de medición", cuyo tenor literal es el siguiente:

El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual-INDECOPI es responsable de la verificación de los equipos que se utilizan para la medición de ruidos. La calibración de los equipos será realizada por entidades debidamente autorizadas y certificadas para tal fin por el INDECOPI.

En otras palabras, solo precisa quién es responsable de la verificación de los equipos utilizados para la medición de ruidos, pero no establece parámetros de medición, así como el tiempo de medición y la calibración del sonómetro, lo que imposibilita emitir pronunciamiento al respecto, de modo tal que este extremo debe declararse infundado.

Finalmente, esta decisión incide en la clausura definitiva del establecimiento de Coopecan Perú, declarada infundada en sede de alzada, al ser una consecuencia accesoria del delito, por lo que la decisión tomada en primera instancia se deberá definir luego del nuevo juicio de apelación.

B. Respecto a las casaciones bien concedidas del procesado Dagoberto Rómulo Fernández Palacios y el tercero civilmente responsable

Trigésimo quinto. La casación interpuesta por el procesado y el tercero civilmente responsable fue bien concedida por la causal 4 (falta de

motivación). En este extremo, se debe verificar la motivación sobre la determinación del daño que habría sido omitido por el Tribunal Superior para fijar la reparación civil en sede de alzada, así como los criterios necesarios para su aplicación; también resulta necesario verificar si el absuelto Jorge Basilio Palomino tendría que ser considerado responsable solidario del monto de la reparación civil.

Trigésimo sexto. Al respecto, en la sentencia de primera instancia, el señor juez del Juzgado Penal Unipersonal fijó la reparación civil del siguiente modo: a favor del Estado, S/ 10 000 (diez mil soles); a favor de Carlos Alberto Concha Pino, Shayira Betty Fernández Quicaña, José Carlos Concha Fernández, Claudia Lisha Cyran Aranzamendi y Renato Loayza Luna, S/ 2500 (dos mil quinientos soles); a favor de Beatriz Marleny Luna Paredes, Bryan Rolando Bernaldes Luna, Herlan Elard Loayza Luna, Claudia Carolina Andia Camero, Nayeli Daylin Loayza Andia, Lelia Alicia Soledad Begazo Miranda y Virginia Margarita Gálvez Guzmán, S/ 4000 (cuatro mil soles); y a favor de Walter Ckristian Tejada Chávez, Walter Alberto Tejada Begazo y Rossana Virginia Cárdenas Gálvez, S/ 2500 (dos mil quinientos soles). Dichas sumas dinerarias debían ser pagadas por el procesado Dagoberto Rómulo Fernández Palacios y el tercero civilmente responsable de manera solidaria. Con relación a Jorge Basilio Palomino, este fue absuelto, motivo por el cual no se le fijó suma alguna.

Trigésimo séptimo. En sede de alzada, en cuanto al extremo de la reparación civil, se declaró fundada en parte la apelación del Ministerio Público y el actor civil. En este contexto, la Sala Superior fijó lo siguiente: a favor del Estado, S/ 10 000 (diez mil soles); a favor de Carlos Alberto Concha Pino, Shayira Betty Fernández Quicaña, José Carlos Concha Fernández, Claudia Lisha Cyran Aranzamendi, Renato Loayza Luna, Beatriz Marleny Luna Paredes, Bryan Rolando Bernaldes Luna, Herlan Elard

Loayza Luna, Claudia Carolina Andia Camero, Nayeli Daylin Loayza Andia, Lelia Alicia Soledad. Begazo Miranda, Virginia Margarita Gálvez Guzmán, Walter Ckristian Tejada Chávez, Walter Alberto Tejada Begazo y Rossana Virginia Cárdenas Gálvez, la suma de S/ 5000 (cinco mil soles) para cada uno de los agraviados, que debía ser abonada de manera solidaria entre el procesado Dagoberto Rómulo Fernández Palacios y el actor civil.

Trigésimo octavo. De lo antes mencionado, se aprecia que, con relación a la reparación civil fijada en favor del Estado, esta no varió y siguió siendo el monto de S/ 10 000 (diez mil soles). Con relación a los demás agraviados, esta se incrementó a S/ 5000 (cinco mil soles) para cada uno. Al respecto, se evidencia la falta de motivación respecto al aumento que significó para cada perjudicado. Esto es, no se sustentaron de manera objetiva las razones por las cuales la suma señalada en la sentencia apelada se debía desestimar e imponerse una suma mayor a la establecida en primera instancia.

Trigésimo noveno. En efecto, la Sala, en el fundamento 9.3.5, señaló que no existe prueba actuada para establecer la magnitud del daño causado y que, por ello, se debía aplicar el artículo 1332 del Código Civil, cuyo tenor es el siguiente: "Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa".

Por tal motivo, se precisó que correspondía cuantificar el monto del daño con base en una "valoración equitativa"; sin embargo, pese a dicha atingencia, no se llegó a realizar ningún análisis equitativo a fin de fijar la suma correspondiente, conforme se aprecia del fundamento 9.3.6. Solo hizo mención a tal circunstancia y luego se procedió a fijar, sin ningún criterio jurídico válido, el incremento de la reparación civil.



Cabe acotar que el referido artículo 1332 del Código Civil faculta al juez para que fije el resarcimiento del daño, cuando este no pudiera ser probado en su monto preciso. Esto es, existe un daño, pero este no puede ser cuantificado objetivamente. Sin embargo, la Sala Superior, para la aplicación de dicho artículo, no hizo referencia al monto dinerario y su imposible cuantificación, sino a la "magnitud del daño". Esto es, no sustentó de manera razonada y razonable que, en el caso, no se podía cuantificar el monto del daño causado.

Aunado a todo ello, tampoco se motivó si el absuelto Jorge Basilio Palomino tendría que ser considerado responsable solidario del monto de la reparación civil. En este contexto, es posible afirmar que existe falta de motivación en cuanto a las razones para el aumento de la reparación civil fijada en primera instancia. De ahí que este extremo debe ser declarado fundado.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los señores jueces supremos que integran la Sala Penal Permanente de Corte Suprema de Justicia de la República:

- I. **DECLARARON INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público respecto a la causal 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal.
- II. **DECLARARON FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público por quebrantamiento de precepto procesal (causal 2 del artículo 429 del Código Procesal Penal), contra la sentencia de vista, del veinte de octubre de dos mil veinte (foja 288), en el extremo en que revocó la sentencia de primera instancia, del veintiséis de febrero de dos mil diecinueve (foja 157), que condenó a Dagoberto Rómulo Fernández Palacios como autor del delito de contaminación del medio ambiente, en agravio del Estado y



Carlos Alberto Concha Pino, Shayira Betty Fernández Quicaña, José Carlos Concha Fernández, Claudia Lisha Cyran Aranzamendi Renato Loayza Luna, Beatriz Marleny Luna Paredes, Bryan Rolando Bernaldes Luna, Herlan Elard Loayza Luna, Claudia Carolina Andia Camero, Nayeli Daylin Loayza Andia, Lelia Alicia Soledad Begazo Miranda, Virginia Margarita Gálvez Guzmán, Walter Ckristian Tejada Chávez, Walter Alberto Tejada Begazo y Rossana Virginia Cárdenas Gálvez; le impuso cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de tres años, sujeto a reglas de conducta; dispuso la clausura definitiva del local donde funciona la planta de Coopecan Perú; y fijó la reparación civil de la siguiente forma: a favor del Estado, S/ 10 000 (diez mil soles); a favor de Carlos Alberto Concha Pino, Shayira Betty Fernández Quicaña, José Carlos Concha Fernández, Claudia Lisha Cyran Aranzamendi y Renato Loayza Luna, S/ 2500 (dos mil quinientos soles) para cada uno; a favor de Beatriz Marleny Luna Paredes, Bryan Rolando Bernaldes Luna, Herlan Elard Loayza Luna, Claudia Carolina Andia Camero, Nayeli Daylin Loayza Andia, Lelia Alicia Soledad Begazo Miranda y Virginia Margarita Gálvez Guzmán, S/ 4000 (cuatro mil soles) para cada uno; y a favor de Walter Ckristian Tejada Chávez, Walter Alberto Tejada Begazo y Rossana Virginia Cárdenas Gálvez, la suma de S/ 2500 (dos mil quinientos soles); reformándola, absolvió al aludido procesado Dagoberto Rómulo Fernández Palacios del mencionado delito y declaró infundado el pedido de clausura definitiva del local donde funciona Coopecan Perú; asimismo, fijó en S/ 5000 (cinco mil soles) la reparación civil para cada uno de los agraviados mencionados; y confirmó tanto el extremo en que absolvió a Jorge Paco Díaz y Jorge Basilio Palomino del referido

delito como el extremo en que fijó en S/ 10 000 (diez mil soles) la reparación civil a favor del Estado.

- III. En consecuencia, **CASARON** la aludida sentencia de vista, en el extremo en que reformó la sentencia de primera instancia y absolvió al aludido procesado Dagoberto Rómulo Fernández Palacios del delito de contaminación del medio ambiente, en agravio del Estado y Carlos Alberto Concha Pino, Shayira Betty Fernández Quicaña, José Carlos Concha Fernández, Claudia Lisha Cyran Aranzamendi Renato Loayza Luna, Beatriz Marleny Luna Paredes, Bryan Rolando Bernales Luna, Herlan Elard Loayza Luna, Claudia Carolina Andia Camero, Nayeli Daylin Loayza Andia, Lelia Alicia Soledad Begazo Miranda, Virginia Margarita Gálvez Guzmán, Walter Ckristian Tejada Chávez, Walter Alberto Tejada Begazo y Rossana Virginia Cárdenas Gálvez; así como en el extremo en que declaró infundado el pedido de clausura definitiva del local donde funciona Coopecan Perú. **ORDENARON**, nuevo juicio de apelación por otro Colegiado Superior.
- IV. **DECLARARON FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica del **tercero civil responsable** y el abogado defensor del procesado **Dagoberto Rómulo Fernández Palacios** por vulneración de la causal 4 del artículo 429 del Código Procesal Penal, contra la aludida sentencia de vista, en el extremo en que revocó la reparación civil fijada en primera instancia y, reformándola, fijó el pago de la reparación civil en S/ 5000 (cinco mil soles) a favor de Carlos Alberto Concha Pino, Shayira Betty Fernández Quicaña, José Carlos Concha Fernández, Claudia Lisha Cyran Aranzamendi, Renato Loayza Luna, Beatriz Marleny Luna Paredes, Bryan Rolando Bernales Luna, Herlan Elard Loayza Luna, Claudia Carolina Andia Camero, Nayeli Daylin Loayza Andia, Lelia



Alicia Soledad Begazo Miranda, Virginia Margarita Gálvez Guzmán, Walter Ckristian Tejada Chávez, Walter Alberto Tejada Begazo y Rossana Virginia Cárdenas Gálvez, suma que deberá ser cancelada de manera solidaria por Dagoberto Fernández Palacios y el tercero civilmente responsable Coopecan Perú; asimismo, en el extremo en que fijó en S/ 10 000 (diez mil soles) la reparación civil a favor del Estado.

- V. En consecuencia, **CASARON** la aludida sentencia de vista en el extremo en que revocó la reparación civil mencionada precedentemente. **ORDENARON** que la aludida reparación civil se dilucide en el nuevo juicio de apelación.
- VI. **DISPUSIERON** que la presente sentencia casatoria sea leída en audiencia pública mediante el sistema de videoconferencia, se notifique a las partes apersonadas ante este Supremo Tribunal y se publique en la página web del Poder Judicial.
- VII. **MANDARON** que, cumplidos estos trámites, se devuelvan los actuados al órgano jurisdiccional de origen para que proceda conforme a ley.

SS.

SAN MARTÍN CASTRO

LUJÁN TÚPEZ

ALTABÁS KAJATT

SEQUEIROS VARGAS

CARBAJAL CHÁVEZ

AK/ulc

Resoluciones para la Unidad 9 (Delitos contra la Tranquilidad Pública):

- **Sentencia del Tribunal Supremo (España) 403/2023**, de fecha 25.05.2023 (Procedencia: Recurso de Casación N° 3344/2021).

La banda terrorista ETA para lograr su fin político de independizar el País Vasco, ejecutó actos violentos contra personas y bienes, destacando una campaña de intimidación y terror ejecutada entre los años 2008 y 2009 una campaña de terror con la realización de diferentes acciones contra la construcción del tren de Alta Velocidad en aquella Comunidad Autónoma, habiendo resuelto la citada banda terrorista ETA dar muerte a un empresario (Amador) relacionado con dicha infraestructura ferroviaria.

STS 403/2023, 25 de Mayo de 2023

Ponente: MANUEL MARCHENA GOMEZ
ECLI: ES:TS:2023:2344
Número de Recurso: 3344/2021
Procedimiento: Recurso de casación
Número de Resolución: 403/2023
Fecha de Resolución: 25 de Mayo de 2023
Emisor: Tribunal Supremo - Sala Segunda, de lo Penal
Id. vLex VLEX-934166015

Link: <https://app.vlex.com/vid/934166015>

Original

TERRORISMO: asesinato de empresario encargado de las obras del AVE. Presunción de inocencia. Prueba de suficiente valor incriminatorio. Autoría por cooperación necesaria. No complicidad.

Texto

Contenidos

- ANTECEDENTES DE HECHO
 - PRIMERO
 - SEGUNDO
 - TERCERO
 - CUARTO
 - QUINTO
 - SEXTO
- FUNDAMENTOS DE DERECHO
- FALLO

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 403/2023

Fecha de sentencia: 25/05/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3344/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 24/05/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Procedencia: Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 1ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: OVR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 3344/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 403/2023

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D.ª Ana María Ferrer García

D.ª Susana Polo García

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 25 de mayo de 2023.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación del acusado D. Rosendo , contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección primera de fecha 15 de marzo de 2021 en el Rollo de Sala nº 78/2011, que le condenó por los delitos de asesinato terrorista, detención ilegal terrorista, robo de vehículo de motor con fines terroristas y daños terroristas, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados, siendo parte el Ministerio Fiscal, el recurrente representado por el procurador D. Javier Cuevas Rivas, bajo la dirección letrada de D. Ibon Altuna Goirizelaia, y como parte recurrida la Asociación Víctimas del Terrorismo, representada por la procuradora D^a. Esperanza Álvaro Mateo, bajo la dirección letrada de D^a. María del Carmen de Guevara Pascual.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

El Juzgado Central de instrucción nº 6 instruyó sumario (procedimiento ordinario) nº 99/2008 contra D. Rosendo y otro y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección primera, que con fecha 15 de marzo de 2021 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados: "PRIMERO. - 1.- Los procesados Rosendo y Luis Andrés, ambos mayores de edad, y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, eran miembros pertenecientes a la banda terrorista ETA, siendo el primero de ellos integrante, como miembro "liberado", junto con, al menos otras tres personas ya enjuiciadas anteriormente por esta misma Sala, y el segundo como colaborador, del "talde" denominado "Asti" integrado en el comando "Ezuste" el cual estuvo operativo en el País Vasco desde agosto de 2008 hasta marzo de 2009 en el que fue desarticulado definitivamente por la Ertzaina.

2. - La banda terrorista ETA para la consecución de sus fines políticos, entre ellos la independencia del País Vasco, ejecutó actos violentos contra personas y bienes, desarrollando concretamente en los años 2008 y 2009 una campaña de intimidación y de terror con la realización de diferentes acciones contra la construcción del tren de Alta Velocidad en aquella Comunidad Autónoma, habiendo resuelto la citada banda terrorista ETA dar muerte a un empresario relacionado con dicha infraestructura ferroviaria. Y más concretamente, las personas anteriormente juzgadas y el procesado Rosendo decidieron de común acuerdo y en ejecución de un plan previamente trazado por ellos acabar con la vida del empresario Amador, Consejero Delegado de una de las empresas adjudicatarias de la construcción de la referida línea ferroviaria.
3. - Y para ello, el día anterior a los hechos que ahora se enjuician, Celso, que fue absuelto anteriormente por estos hechos en sentencia de 15 de marzo de 20013 por esta Sección, ya que no conocía la intención criminal de los autores, prestó su vehículo marca Volvo 460, de color granate con matrícula LK-....-IL a su amigo de la infancia Ernesto, miembro del comando "Ezuste", condenado también por

sentencia firme de fecha 3 de mayo de 2017 dictada por esta Sección de la Audiencia Nacional, quien carecía de carnet de conducir en aquella fecha.

3. - Igualmente, y con dicha finalidad, el día 1 de diciembre de 2008 un individuo no identificado y con identidad falsa, adquirió en un establecimiento de productos informáticos de la localidad de Arnedo (La Rioja) dos teléfonos móviles con sus respectivas tarjetas SIM números NUM000, identificado por la Ertzaina como K1 y número NUM001, identificado como K2, los cuales fueron activados al día siguiente, uno de ellos en las proximidades de la localidad de Hernani y el otro cerca de la localidad de Deba, ambas de la provincia de Guipúzcoa.
4. - El día 3 de diciembre de 2008, sobre las 10 horas aproximadamente de la mañana, al menos dos de los miembros de comando antes mencionado, sin que conste acreditado que lo hiciera el procesado Luis Andrés, viajaron en el vehículo marca Volvo 460 antes mencionado hasta un parking denominado "Atola" sito en el punto kilométrico número 10,40 de la carretera GI-3210, dentro del término municipal de Deba, y una vez allí se dirigieron al testigo protegido número NUM002, el cual se encontraba en el interior de su vehículo marca Alfa Romeo matrícula FLP preparándose para hacer una excusión al monte. Los procesados, diciendo que pertenecía a la banda terrorista ETA, y apuntándole con una pistola tipo revolver, le pusieron unas gafas de sol que impedían la visión y le obligaron a introducirse en la parte trasera de su propio vehículo, atándole las manos con unas bridas y colocándole unos auriculares para que no oyera nada, y apoderándose del mismo aunque no con la intención de hacerlo propio de forma definitiva, condujeron el mismo durante unos 20 minutos hasta el PK 2,300 de la referida carretera donde estaban esperando otros miembros del comando "Ezuste". Una vez allí, obligaron, apuntándole con una pistola, al testigo a "pasarse" al vehículo Volvo 460 matrícula LK-....-IL y permanecer en el mismo durante varias horas estando custodiado por el procesado Rosendo y otro miembro del comando a quien no afecta la presente resolución, ya enjuiciado en sentencia anterior.
5. - Sobre las 12,15 horas aproximadamente de ese mismo día, y siguiendo el plan acordado por la organización terrorista, al menos dos de los miembros del comando, Sebastián y Ernesto, ya enjuiciados anteriormente, se dirigieron en el vehículo Alfa Romeo matrícula FLP antes mencionado y propiedad del testigo protegido a quien previamente se lo habían sustraído, hasta la localidad de Azpeitia, y una vez allí, sobre las 13.05 horas apreciaron la presencia del empresario Amador, propietario y miembro del Consejo de Administración de la empresa "Aituna y Uría", una de las adjudicatarias de la construcción del tren de Alta Velocidad, que estaba en el número 25 de la Avenida de Loiolako Inacio, y, teniendo la intención de acabar con su vida se bajó del referido vehículo uno de los individuos, que hacía uso de una barba postiza y portando una pistola, cruzó la citada calle y se dirigió a Amador que se estaba introduciendo en el vehículo Volkswagen Touareg matrícula XSL, propiedad de la entidad mercantil Finanzia Autorenting SA que estaba estacionado en la acera y le efectuó a bocajarro tres disparos con una pistola semiautomática de 9 mm, que inmediatamente la introdujo en la parte delantera de su pantalón, disparos que

ocasionaron a Amador lesiones sobre todo encefálicas en médula y en cerebro y que le produjeron la muerte inmediata.

6. - Una vez ejecutada la acción, uno de los miembros del comando llamó desde el teléfono móvil con tarjeta SIM asociada número NUM001, la señalada anteriormente como K2 al número de teléfono con tarjeta SIM asociada número NUM000, señalada como K1, que fueron los adquiridos días antes en la localidad de Arnedo (La Rioja). Este último teléfono estaba en poder de uno de los miembros de la organización terrorista, a quien no afecta la presente resolución, y que estaba custodiando el vehículo Volvo 460 antes mencionado en el que se encontraba el testigo protegido antes citado, propietario del Alfa Romeo previamente sustraído.
7. - Seguidamente, y una vez finalizada la acción, los autores de los hechos, tomaron el vehículo Alfa Romeo, y salieron huyendo inmediatamente del lugar por la carretera de Azkoitia hasta llegar alto de Itziar para encontrarse con los miembros del comando que estaban custodiando en el Volvo 460 con el testigo protegido NUM002, no sin antes incendiar el vehículo Alfa Romeo con la finalidad de que no se encontrara ningún vestigio de la identidad de los autores de los hechos. Los autores de la muerte de Amador fueron hasta la localidad de Andoain donde lo dejaron aparcado para devolvérselo a su conductora habitual Celso.
8. - Mientras ocurrían los hechos anteriores, el procesado Rosendo y el otro miembro del comando que estaban custodiando al testigo protegido número NUM002 lo llevaron a pie hasta una cabaña a unos 600 metros de la carretera donde tras atarle con una cuerda sus pies fue abandonado, diciéndole que iba a quemar su vehículo posteriormente. procediendo posteriormente a rociar el vehículo de su propiedad Alfa Romeo con diesel y biodiesel, no sin antes sacar sus pertenencias del interior del mismo.

Tiempo después el testigo protegido logró desasirse de las cuerdas que le ataban y quitándose el antifaz que le habían puesto fue a pie hasta el barrio de Itziar donde comunicó por teléfono a la Ertzaintza lo ocurrido.
9. - Los hechos relatados anteriormente, concretamente la muerte de Amador fue reivindicada por la banda terrorista ETA mediante un comunicado efectuado al diario GARA el día 21 de enero de 2009 en el que se afirmaba que "... la ejecución de Amador, directivo de las empresas Aituna y Uría y Asfaltos y Hormigones, por la responsabilidad asumida en el trabajo de la construcción de un proyecto impuesto a Euskal Herria, el tren de Alta Velocidad, y por negarse a pagar el impuesto revolucionario...".
10. - En la fecha de los hechos, Amador estaba casado con Blanca y era padre de cinco hijos, Pelayo, Manuel, Primitivo, Cristina y Debora.

Como consecuencia de estos hechos, el testigo protegido NUM002 sufre inseguridad y temor en la realización de actividades, como por ejemplo viajar o pasear solo, habiendo recibido tratamiento psicológico en dos ocasiones.

Los daños en el vehículo de su propiedad marca Alfa Romeo han sido tasados pericialmente en la cantidad de 14.941 euros que reclama como consecuencia del incendio sufrido.

El vehículo Volkswagen Touareg propiedad de la empresa Finanzia Autorenting SA, utilizado por Amador tuvo unos desperfectos por importe de 115, 76 euros.

11. - El procesado Rosendo fue condenado anteriormente en sentencia de fecha 30 de diciembre de 2011 por el atentado contra la sede del partido Socialista en Lazcao, sentencia confirmada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en sentencia de fecha 17 de julio de 2012. Igualmente fue condenado por sentencia de 17 de julio de 2015 dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Nacional por el delito de daños terroristas, tenencia de explosivos y veinticinco delitos de asesinato en grado de tentativa, por el atentado del repetidor de Santa Bárbara en Hernani el día 16 de enero de 2009. (confirmarlo)
12. - No ha quedado plenamente acreditado que el procesado, Luis Andrés, fuera miembro del comando etarra "Ezuste" y hubiera participado en la causación de la muerte de Don Amador. Dicho procesado fue absuelto por sentencia de fecha 19 de noviembre de 2018 dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de esta Audiencia Nacional." (sic)

SEGUNDO

La Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección primera, dictó sentencia nº 6/2021 con el tenor literal siguiente: "Fallamos: Debemos condenar a Rosendo, como autor responsable, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de los siguientes delitos:

- a. Un delito de asesinato terrorista a la pena de VEINTICINCO años de prisión con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.
- b. Un delito de detención ilegal terrorista a la pena de DOCE años de prisión con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.
- c. Un delito de robo de vehículo de motor con fines terroristas a la pena de CUATRO AÑOS Y SEIS MESES de prisión, con la accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.
- d. Un delito de daños terroristas a la pena de DOS AÑOS Y SEIS MESES de prisión, con la accesoria de suspensión del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Se impone al condenado la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de 12 años superior a las penas impuestas.

Se impone al condenado la prohibición de acudir a la localidad de comisión de los hechos y de acercarse a las víctimas y sus familiares durante el plazo de diez años.

En concepto de RESPONSABILIDAD CIVIL indemnizará conjunta y solidariamente con los ya condenados Juan Ignacio, Sebastián y Ernesto en las siguientes personas por los siguientes conceptos:

A Doña Blanca, esposa del fallecido D. Amador en la cantidad de 160.000 euros y a sus hijos D. Pelayo, D. Manuel, D. Primitivo, y D^a Cristina en la cantidad de 40.000 euros a cada uno y a su hija D^a Debora en la cantidad de de 80.000 euros.

Al testigo protegido con n^o cautelar NUM002 en la cantidad de 8.000 euros por el daño moral sufrido y por la pérdida de su vehículo Alfa Romeo, matrícula FLP en la de 14.941 euros.

A la entidad mercantil Finanzia Autorenting S.A en la cantidad de 115,76 euros por los daños sufridos en el Wolkswagen Tuareng.

Todas las cantidades fijadas se incrementarán con los intereses del art 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y sin perjuicio de descontar en todo caso las cantidades recibidas de organismos oficiales en reparación del daño y del derecho de subrogación de estos para reclamarlas, declarándose el derecho del Estado a subrogarse en las cantidades adelantadas o que puedan ser satisfechas por este conforme a la legislación de protección de víctimas.

Para el cumplimiento de la pena de prisión se le abonará al procesado el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa.

Se imponen al procesado la mitad de las costas procesales causadas en el presente procedimiento, incluidas las de la acusación popular.

DEBEMOS ABSOLVER al procesado Luis Andrés, de los delitos de asesinato terrorista, detención ilegal con fines terroristas, robo de uso con fines terroristas e intimidación y del delito de años terroristas, de los que venía siendo acusado por el Ministerio Fiscal y la acusación popular, y con declaración de oficio de la mitad de las costas procesales causadas en el presente procedimiento.

Notifíquese esta resolución a todas las partes y a los interesados, con instrucción de los derechos que les asisten a aquellos frente a la misma, en concreto de su derecho al recurso de casación ante el Tribunal Supremo que deberán preparar en plazo de cinco días desde la última notificación ante esta Sala.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de su razón, lo pronunciamos, mandamos y firmamos." (sic)

TERCERO

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional por la representación del acusado, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO

El recurso interpuesto por la representación del acusado D. Rosendo, lo basó en los siguientes motivos de casación:

Primero.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 852 de la LECrim., por vulneración del principio de presunción de inocencia, artículo 24 de la C.E., al haber dictado sentencia sin prueba de cargo practicada en el acto de la vista oral.

Segundo.- Al amparo de lo indicado en el artículo 849.1º de la LECrim., por aplicación indebida del artículo 28 del vigente CP. e inaplicación de lo indicado en el artículo 29 del mismo texto legal, en relación con el artículo 63 del CP.

QUINTO

Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 23 de noviembre de 2021 y la parte recurrida Asociación Víctimas del Terrorismo por escrito de fecha 13 de octubre de 2021, interesaron la desestimación de los motivos, y por ende, la inadmisión del recurso; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO

Por providencia de esta Sala de fecha 13 de abril de 2023 se señaló el presente recurso para deliberación y fallo el día 24 de mayo de 2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. - La sentencia núm. 6/2021, 15 de marzo, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Nacional, condenó al acusado Rosendo como autor de los siguientes delitos: a) un delito de asesinato terrorista a la pena de 25 años de prisión con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena; b) un delito de detención ilegal terrorista a la pena de 12 años de prisión con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena; c) un delito de robo de vehículo de motor con fines terroristas a la pena de 4 años y 6 meses de prisión, con la accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; d) un delito de daños terroristas a la pena de 2 años y 6 meses de prisión, con la accesoria de suspensión del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. También le fue impuesta la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de 12 años.

Contra esta sentencia se interpone recurso de casación por la representación legal del acusado. Se formalizan dos motivos -ambos impugnados por el Ministerio Fiscal y por la representación legal de la Asociación de Víctimas del Terrorismo- que van a ser analizados de forma diferenciada, sin perjuicio de las remisiones que resulten indispensables con el fin de evitar la reiteración de argumentos.

2. - El primero de los motivos, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim denuncia vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia, al haber sido dictada la sentencia de instancia sin verdadera prueba de cargo practicada en el acto de la vista oral.

La presente causa -se alega por la defensa- arranca de una serie de atestados policiales de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que determinaron al Fiscal a la elaboración de un escrito de acusación. La instrucción se ha practicado de espaldas al acusado, que se hallaba en rebeldía, de ahí que "... lo que se ha investigado respecto de él en este procedimiento, parte del auto de procesamiento".

Puntualiza el motivo que el asesinato del Sr. Amador no se cuestiona en el presente recurso. Lo que se rechaza es el proceso inferencial que ha llevado a la Audiencia Nacional a concluir la autoría de Rosendo. Con cita de la jurisprudencia constitucional que niega significado probatorio al atestado policial, la defensa se refiere a "...los matices inquisitivos de las diligencias policiales". El Pleno no jurisdiccional de la Sala Penal fechado el 3 de junio de 2006 ya proclamó que "las declaraciones ante funcionarios policiales no tienen valor probatorio. No pueden operar como corroboración de los medios de prueba, ni ser contrastados por vía del artículo 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ni cabe su utilización como prueba preconstituida en las formas del artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Tampoco pueden ser incorporadas al acervo probatorio mediante la llamada como testigos a agentes policiales que las recogieron". Por consiguiente, el atestado no es prueba, sino que ha de ser objeto de prueba.

Impugna expresamente la defensa el valor de los informes de inteligencia que han servido de apoyo al órgano sentenciador y la valoración de la declaración de los testigos. Ninguna de esas fuentes ha podido aportar verdadera prueba sobre la participación del recurrente en los hechos "...lo cierto es que la prueba directa lo es del hecho, no de la participación de mi representado por mucho que la Sentencia se empeñe, el testigo relata el hecho, no quién lo hizo, luego no hay prueba directa de la participación del Sr. Rosendo".

Alude también la defensa al hecho de que la simple integración del acusado en un comando de ETA no le hace responsable de todos los delitos que puedan ser cometidos y reivindicados por ese comando. Por si fuera poco, no existe prueba de que Rosendo pertenezca al comando Ezuste y, dentro de éste, al talde legal Atzi. Y tampoco deben obtenerse inferencias inculpativas del silencio del acusado que sí contestó a las preguntas de su Letrado. Los indicadores de ADN pertenecientes al acusado y obtenidos a partir de restos biológicos hallados en el vehículo Volvo 460 empleado durante el secuestro de la víctima no acreditan su participación en los hechos. Los peritos sólo pudieron acreditar "...cuándo se recogió la muestra y cuándo se les entregó a ellos. No cuándo la depositó". Además se trata de muestras obtenidas a partir de un perfil que es mezcla de, al menos, dos individuos. Los restos obtenidos en el reposacabezas del vehículo pudieron haber sido dejados con ocasión de la utilización de ese mismo coche en otro atentado, como el de la colocación de explosivos en los Juzgados de Tolosa.

Concluye su argumentario el Letrado que reivindica la inocencia del acusado que la sentencia cuestionada "...nos dice que tenemos que hacer un acto de fe es decir, que, a pesar de que no hay prueba directa de la participación, teniendo en cuenta las dudas que genera el ADN que se encontró y sin que nadie reconozca a mi representado como autor, debemos creer que participó en el acuerdo previo y con eso basta. La pregunta de esta parte es ¿porqué? (sic) En el proceso penal no hay actos de fe, hay pruebas de cargo válidamente practicadas en la vista oral y es claro y evidente que en este caso no las hay. La propia Sentencia así lo reconoce".

No tiene razón la defensa y la queja ha de ser desestimada.

2.1.- El desarrollo argumental del motivo -cuya laboriosidad y sentido jurídico está fuera de cualquier duda- incurre, sin embargo, en varios errores metodológicos.

El primero de ellos se detecta cuando la defensa asume una labor de reemplazo de la valoración probatoria que incumbe en exclusiva al órgano jurisdiccional. Esa idea se desliza en distintos pasajes del argumentario que da vida al motivo: "...así las cosas, y sentado lo anterior, debemos entrar a analizar la prueba, o mejor dicho, la ausencia de prueba, de la participación de mi representado el Sr. Rosendo en los hechos de este procedimiento".

La reivindicación del derecho a la presunción de inocencia no debe hacerse valer ofreciendo a esta Sala una valoración probatoria alternativa, con el fin de que decidamos cuál de las dos propuestas resulta más atractiva, la que ha proclamado el órgano decisorio o la que sugiere la defensa.

Especialmente indicativo de ese desenfoque que inspira el motivo es otro pasaje en el que se afirma lo siguiente: "... a partir de ahí, la Sentencia consciente de que los elementos que utiliza para basar su tesis condenatoria son muy endebles, lo que hace es una especie de refrito con otros elementos diferentes que no aportan nada a los hechos de este procedimiento y que no acreditan, por mucho que se quiera, la participación en los actos por los que aquí se acusaba a mi representado. En cualquier caso y frente a ello señalar que en el plenario, lo que quedó claro respecto a todo lo indicado, es lo siguiente". O aquel otro en el que se razona en los siguientes términos: "...la Sentencia a continuación intenta hacer su versión de lo sucedido realizando un relato que choca con la prueba que se practicó en el juicio oral".

Es aquí donde se evidencia con mayor claridad el error que lastra la impugnación que da vida al motivo. En efecto, atribuir al órgano decisorio el deseo de hacer valer "su versión" de lo sucedido frente a lo verdaderamente probado -que sería la versión que abandera la defensa- implica subvertir el papel que el proceso penal reserva a cada uno de sus protagonistas.

También se distancia del ámbito impugnativo que autoriza la reivindicación casacional del derecho a la presunción de inocencia la propuesta valorativa de los indicios que ofrece el recurrente a esta Sala, con carácter alternativo a los que han sido ponderados en la instancia.

2.1.1.- Esta Sala no detecta ninguno de los presupuestos que habrían de estar en el origen de una posible vulneración de alcance constitucional. El Tribunal a quo ha ponderado prueba lícita, se trata de prueba de inequívoco signo incriminatorio y, además, ha sido exteriorizado el proceso de valoración con arreglo a las máximas de experiencias y a las reglas impuestas por un sistema de valoración racional de la prueba. La defensa emprende un laborioso esfuerzo encaminado a ofrecer a esta Sala una glosa alternativa de las declaraciones del imputado y los testigos. No es éste, sin embargo, el ámbito propio de la presunción de inocencia cuando se invoca en sede casacional. Como hemos afirmado en numerosos precedentes y aun cuando ello implique recordar una obviedad, nuestro papel como órgano de casación no consiste en seleccionar cuál de las versiones sobre el hecho objeto del proceso resulta más atractiva, la que ofrece la defensa del recurrente o la que ha proclamado el Tribunal a quo. Tampoco podemos desplazar el razonamiento del órgano decisorio, sustituyéndolo por la hipótesis de exclusión formulada por el recurrente, siempre que, claro es, aquél resulte expresión de un proceso lógico y racional de valoración de la prueba (SSTS 303/2020, 12 de junio; 399/2013, 8 de mayo; 790/2009, 8 de julio, 593/2009, 8 de junio y 277/2009, 13 de abril). Y es que, por más que con frecuencia se olvide, ningún parecido existe entre la posición procesal de la Audiencia Provincial ante la que se practican las pruebas y la capacidad del Tribunal Supremo para ponderar en términos jurídicos la corrección de la inferencia del órgano decisorio. No nos incumbe ahora realizar una nueva valoración de la prueba. No nos resulta posible, en fin, proceder a un análisis secuencial de todas y cada una de las alegaciones mediante las que la parte recurrente trata de demostrar el error valorativo en que ha podido incurrir el Tribunal a quo. El control casacional del respeto al derecho a la presunción de inocencia ha quedado sobradamente delimitado por la jurisprudencia constitucional y de esta misma Sala (cfr. STS 553/2008, 18 de septiembre y SSTC 16/2012, 13 de febrero; 89/1998, de 28 de septiembre; 135/2003, de 30 de junio; 137/2005, de 23 de mayo y 26/2010, de 27 de abril, entre otras muchas. Es en ese exclusivo ámbito en el que hemos de valorar las alegaciones de la defensa.

2.1.2.- Lamenta el recurrente que la instrucción se haya practicado de espaldas al acusado y que prácticamente todo lo que ha sido objeto de investigación parta de un auto de procesamiento.

No tiene razón la defensa cuando infravalora el papel del auto de procesamiento en el procedimiento ordinario por delitos más graves. Mediante esta resolución, concebida históricamente como presupuesto garantista que precipitaba el nacimiento del derecho de defensa, se delimita el objeto del proceso y se proclaman en el plano indiciario las razones que justifican la atribución del carácter de parte pasiva en el procedimiento.

Es a esa función a la que se ajustó el auto de procesamiento recaído en la causa, afectante a un procesado al que las Fuerzas de Seguridad del Estado atribuían distintos atentados terroristas.

Pero el juicio de autoría que ha considerado a Rosendo autor de los delitos por los que ha sido condenado no toma como presupuestos declaraciones policiales

sustraídas al principio de contradicción. Fueron las pruebas desarrolladas en el juicio oral las que determinaron el desenlace de la presente causa.

Así lo expresa la Audiencia Nacional en el FJ 2.a) cuando razona en términos que aconsejan la transcripción literal de algunos de sus pasajes. Así, por ejemplo, en relación con el delito de detención ilegal, el de daños o el de robo de uso de vehículo del motor ajeno se argumenta lo siguientes: "... existe una prueba directa (...) como lo evidencian las declaraciones del testigo protegido que constituye una prueba directa que acredita que fue amenazado y forzado a subir en su coche, bajo la amenaza de una pistola que llevan a dos personas del comando terrorista, que le llevaron a otro lugar donde permaneció también custodiado hasta que le soltaron y pudo pedir ayuda posteriormente, viendo como su vehículo había sido incendiado. Respecto del hecho del asesinato también existe prueba directa del mismo, a través de la declaración del otro de los testigos protegidos que oyó tres disparos, así como por el hallazgo inmediato del cadáver, y posterior informe de la autopsia que reveló las causas de la muerte, causas que coinciden con lo señalado por dicho testigo. Ciertamente, la dificultad no es de la ausencia de prueba que ha habido, sino de la existencia de pruebas que evidencien y acrediten la participación de los procesados, por cuanto que el testigo dueño del vehículo y objeto de la detención ilegal, vio a dos personas con capucha, y posteriormente le colocaron unas gafas que le impedían ver y unos auriculares que le impedían oír. Y respecto del atentado el testigo presencial señala que el que disparó llevaba una barba postiza y no pudo identificarle ni a ninguna otra persona".

La Audiencia Nacional ha absuelto al coacusado Luis Andrés de los delitos por los que venía siendo acusado en el presente procedimiento. Sin embargo no duda en proclamar la autoría del ahora recurrente. Y lo hace con un discurso valorativo que la Sala considera perfectamente ajustado al canon constitucional de valoración probatoria. También ahora resulta de interés la transcripción literal de algunos de los pasajes que integran el FJ 2.g: "... a pesar de esta negativa de los hechos como estrategia de defensa frente a la imputación de las acusaciones, se desvirtúa por otras diligencias de prueba existentes en el procedimiento y especialmente en el acto del juicio oral, que ponen de manifiesto la existencia de indicios de criminalidad que constituyen a nuestro juicio prueba de cargo suficiente para dictar una sentencia de carácter condenatoria.

En primer lugar, queda suficientemente acreditado que el procesado pertenecía en la época de los hechos a la banda terrorista ETA, al comando "Ezuste", dentro del cual, concretamente, al "talde" legal "Asti" que operaba en el País Vasco en la época de la comisión de los hechos, pues los peritos que efectúan en informe de inteligencia encuadran esa actividad desde agosto de 2008 a febrero de 2009, fecha en la que aproximadamente fue desarticulado. Esta pertenencia a ETA se acredita igualmente por el hecho no discutido de su condena por el Tribunal de Instancia de Versailles (Francia) por el delito de asociación ilícita con la intención de preparar un acto terrorista en virtud de sentencia de fecha 3 de septiembre de 2014 .

Por otro lado, y dentro de este contexto el procesado fue condenado como partícipe del atentado en la sede del PSOE de Lazkao utilizando un artefacto explosivo, implicándole la Ertzaina en otros atentados como la colocación de una bomba en la Universidad de Navarra, atentado de los Juzgado de Tolosa y utilización de mochilas bombas en el repetidor de Santa Bárbara (Hernani), amén del atentado de Amador que se enjuicia en este procedimiento. Las dos sentencias anteriores dictadas como consecuencia del enjuiciamiento de estos mismos hechos, y en base al informe de inteligencia practicado en los distintos juicios orales, afirma que el procesado formaba parte como "liberado", junto con otras cuatro personas del comando Ezuste, comando responsable de hasta cinco atentados que se describen en dicho informe pericial de inteligencia. Como miembro "liberado" operaba en la clandestinidad desde el momento en el que ya había sido identificado por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, y apoyado por miembros "legales" que llevaban una vida aparentemente normal ya que no estaban aún identificados.

En segundo lugar, hemos de dar una escasa credibilidad a las manifestaciones del procesado en el plenario desde el momento en el que niega conocer a los demás miembros del comando, anteriormente condenados (Juan Ignacio y Ernesto), así como a Luis Andrés e Celso, manifestando conocer a Sebastián, miembro "liberado" sabiendo que pertenecía a ETA. Sin embargo, como decimos, estas afirmaciones no responden a la realidad ya que, a la vista de las pruebas periciales practicadas, al menos aparece su ADN en el vehículo Volvo 460 utilizado habitualmente por Celso, quien se lo prestó al menos en dos ocasiones a Ernesto, no ofreciendo una respuesta satisfactoria a este hecho y afirmando de manera dubitativa y poco convincente que pudiera ser que en 2008 o 2009 utilizara el citado vehículo. Son simplemente manifestaciones de descargo y en ejercicio legítimo de su derecho de defensa. El hecho de que Celso prestó el vehículo a Ernesto en día anterior del atentado, viene refrendado por la propia declaración testifical en el acto del juicio oral cuando manifiesta que era el usuario habitual del Volvo granate, aunque el dueño era su padre. Reconoce que el día de 2 de diciembre de 2008 le dejó prestado el vehículo a Ernesto, que se lo pidió en la calle y como tenía confianza con él se lo dejó. Se lo devolvió al día siguiente. Sabía que no tenía carnet de conducir, pero tenía su confianza ya que pensó que en aquella época tenía una chavala e iba a ir por ahí. Estas manifestaciones son corroboradas por la declaración testifical del propio Ernesto cuando dice que admite que se lo pidió a Celso y fue utilizado para la "acción" de Amador".

El órgano sentenciador profundiza en el significado incriminatorio de la prueba de ADN obtenido en el interior del vehículo marca Volvo 460, que fue utilizado para hacer posible el asesinato del empresario Amador: "...otro de los indicios notables acerca de su participación en el atentado de Amador, es el hallazgo de restos biológicos en el Volvo 460, en uno de los reposacabezas evidencia biológica que ha quedado plenamente acreditada por los informes periciales de recogida de muestras y análisis comparativo con muestras indubitadas remitidas desde Francia a partir del momento en el que fue detenido. Como hemos dicho, el procesado no da una respuesta plausible acerca de su presencia cierta en el vehículo, cuando curiosamente es el mismo vehículo que es utilizado, al menos por dos miembros del comando, para

ir hasta el aparcamiento Atola, secuestrar al testigo protegido, volver al monte Itziar y acudir a Azpeitia con el Alfa Romeo para matar a Amador. Y por otro lado esta ausencia de explicación razonable es aún más notable cuando el procesado manifiesta que no conoce a Celso, quien presta el vehículo, no a Rosendo, sino a Ernesto, a quien el procesado tampoco manifiesta conocer. Tanto las pruebas de recogidas de muestras como el análisis del ADN y comparativa del mismo no han sido, en sí mismos, impugnados por la defensa del procesado, quien se opuso a darle valor probatorio a este hecho afirmando que no se sabe en qué momento se depositó el resto biológico de su defendido, y en consecuencia, no puede situarse de forma cierta y segura y desde el punto de vista temporal al procesado el día de los hechos enjuiciados. Sin embargo, insistimos, en que solamente existen dos momentos, uno indeterminado, y otro el día anterior al atentado en el que Celso prestó el vehículo a Ernesto, utilizándose en ambas ocasiones para cometer sendos atentados, lo que, unido al hecho de su pertenencia al comando y la ausencia de una respuesta convincente, demuestra su participación en el hecho".

También da respuesta la Audiencia Nacional al argumento defensivo que sostiene la posibilidad de que esas muestras biológicas de Rosendo obedecieran a un uso desconectado de la actividad de ETA y, por tanto, ajeno al asesinato del empresario Amador: "...la presencia de ADN de este procesado en el citado automóvil, lo corrobora el Instructor del atestado, Ertzaina NUM003 cuando refiere, respecto a este extremo, diciendo que en el mismo se obtiene un ADN en el asiento trasero izquierdo, que pertenecía a Rosendo. En ese momento, añade, que no pudieron cotejar el ADN porque no tenía nada donde cotejar. Posteriormente ese mismo ADN aparece en unas mochilas bomba utilizadas para atacar contra la Ertzaina en enero de 2009, y coinciden los perfiles de ADN, que se cotejan posteriormente cuando es detenido en Francia. Aunque, añade el testigo, cuando el cotejo llega a su poder ya sabían su nombre porque la Guardia Civil había hecho una investigación en 2010 en una detención en la cual Rosendo llega para cubrir a los otros miembros del comando y en esas investigaciones aparecen los otros nombres del comando".

La sentencia recurrida también valora el testimonio de Alvaro y de Evangelina, condenados en otra causa por un delito de colaboración con banda armada al haber proporcionado alojamiento a Rosendo el mismo día del atentado.

Se refieren también los Jueces de instancia, para justificar la vinculación del hoy recurrente con los otros miembros del comando ya sentenciados en otra causa por el asesinato del empresario Amador - Ernesto, Sebastián y Juan Ignacio- al hecho de haber sido condenado en el atentado con artefacto explosivo del repetidor de Santa Bárbara en Hernani, en el que fueron encontrados vestigios biológicos del procesado, concretamente en unas pilas.

La Audiencia Nacional expresa también los términos en los que ha valorado la información que puede desprenderse de anteriores sentencias dictadas en relación con estos mismos hechos y otras acciones del comando al que pertenecía Rosendo: "...hay que estar de acuerdo en que la sentencia que ahora se dicte (...) ha de estar basada fundamentalmente en la prueba que se haya practicado en este procedimiento,

especialmente la del juicio oral, no pudiendo servir la que se valoró en los anteriores juicios, porque se refiere al enjuiciamiento de la conducta de otras personas. No obstante, podemos afirmar que lo afirmado en las anteriores sentencias dictadas al efecto, y los datos que obran en las mismas, no la valoración que se hace de la prueba respecto de las otras personas, puede constituir un elemento corroborador y que ratifique o atribuya a los indicios existentes en este procedimiento una mayor trascendencia a la hora de poder valorar esta prueba indirecta. Serán pues esos datos de carácter objetivo los que hayamos de tener en cuenta para fijar determinados aspectos relevantes en el presente procedimiento, a efectos puramente probatorios. De todas formas, también hemos de decir que, salvo uno de los procesados y anteriormente, Sebastián, los otros dos condenados, Ernesto y Juan Ignacio, han declarado como testigos en el juicio oral, junto con otro de los procesados que fue absuelto, Celso, por lo que no existe ningún obstáculo para que sus declaraciones puedan ser valoradas por este tribunal, como lo pueden ser la documental existente y las periciales practicadas al efecto, cuyo resultado no ha sido impugnado realmente y de forma adecuada por las defensas de los procesados".

2.1.3.- Cuanto ya se ha expuesto descarta la tesis principal de la defensa, conforme a la cual la condena de Rosendo no habría tenido otro respaldo que el que proporcionaron declaraciones autoincriminatorias prestadas en dependencias policiales, luego rectificadas en el plenario.

Esta Sala hace suyo todo el argumentario desplegado por el recurrente respecto de la ausencia de valor probatorio de esas declaraciones en las que se admite la participación en el hecho punible imputado. De hecho, así lo hemos proclamado en el Pleno no jurisdiccional de fecha 3 de junio de 2015. Y así lo hemos ratificado en numerosos precedentes que han sido complementados por la doctrina sentada por el TEDH en la sentencia de fecha 18 de enero de 2022 -caso Atristain c. España -, como expresamente apuntábamos en nuestra STS 1018/2022, 25 de enero de 2023.

Como hemos puesto de manifiesto en el fundamento jurídico precedente, la autoría del acusado no ha sido basada por el Tribunal a quo en declaraciones obtenidas en comisaría ante los agentes encargados de confeccionar el atestado. Antes al contrario, han sido las pruebas desarrolladas en el juicio oral, sometidas a los principios de contradicción y defensa, las que han permitido concluir la participación de Rosendo en los hechos por los que el Fiscal y la acusación popular solicitaban condena.

2.1.4.- Tampoco puede ser acogida por esta Sala la descalificación del recurrente de los llamados "informes de inteligencia" a los que se refiere la sentencia de instancia.

Esta Sala ha fijado ya importantes matices al entendimiento del espacio valorativo que puede reservarse en el proceso penal a los referidos informes. La utilidad de su existencia está subordinada a los límites que impone su valoración por los Tribunales.

Decíamos en la STS 238/2023, 30 de marzo, con cita de la STS 134/2016, 24 de febrero, respecto de lo que suele calificarse como pericial de inteligencia, que "...no existe en nuestro derecho la figura del "consejero técnico", propia de otros sistemas

procesales de nuestro entorno. No resulta fácil, desde luego, calificar como prueba pericial, sin otros matices, las explicaciones ofrecidas por los agentes de policía acerca de la forma de actuar de determinadas organizaciones o bandas criminales. Lo cierto es, sin embargo, que la reforma de la centenaria Ley de Enjuiciamiento Civil ensanchó el espacio funcional reservado al perito. Ya no se trata de suplir las carencias del Juez o Fiscal mediante un dictamen relacionado con los "conocimientos científicos o artísticos" (art. 456 LECrim). Lo que el art. 335.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil autoriza -con incuestionable valor supletorio- se extiende, no sólo a los "conocimientos científicos o artísticos", sino a los "conocimientos técnicos o prácticos". Es evidente, por tanto, que la colaboración de un profesional en la descripción de la metodología y de los modos de organización y funcionamiento de una estructura y unos recursos humanos puestos al servicio del delito, puede ser de una gran utilidad para el órgano decisorio. La práctica que inspira la actuación de una organización criminal puede ser descrita con una referencia simplemente empírica, nutrida por la experiencia de quien se ha infiltrado en una de esas estructuras o ha hecho de su investigación el objeto cotidiano y preferente de su actividad profesional como agente de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. Pero puede ser también objeto de una explicación basada en el manejo de categorías y conceptos propios de la sociología o criminología. La sofisticación de los medios empleados para la intercomunicación de los integrantes de esas bandas u organizaciones, las habituales técnicas de encriptación y, en fin, la constante tendencia a la clandestinidad, son razones suficientes para admitir una prueba pericial cuyo objeto sea ofrecer al Juez, al Fiscal y al resto de las partes, una explicación detallada de la "práctica" que anima la actividad delictiva de esas y de otras organizaciones delictivas". Esta idea está presente en otros muchos pronunciamientos (cfr. SSTS 64/2021, 28 de enero; 507/2020, 14 de octubre; 283/2018, 13 de junio; 263/2012, 28 de marzo; 783/2007, 1 de octubre)".

La lectura detenida de los pasajes mediante los que la Audiencia Nacional motiva las razones de su convicción acerca de la autoría de Rosendo no permite afirmar, desde luego, que el respaldo de su condena se haya construido con el exclusivo apoyo de esos informes de inteligencia. No detectamos una extralimitación funcional de lo que pueden aportar los informes en la valoración probatoria.

De ahí el obligado rechazo del motivo. Existió prueba lícita, de signo suficientemente incriminatorio y fue valorada con la racionalidad impuesta por el canon constitucional derivado de los derechos a la presunción de inocencia y a un proceso justo (art. 24.2 de la CE).

3. - El segundo de los motivos, al amparo del art. 849.1º de la LECrim denuncia la indebida aplicación del art. 28 del CP y correlativa indebida inaplicación de los arts. 29 y 63 del CP.

El acusado ha sido condenado en la instancia -se aduce- como autor de los delitos de asesinato, detención ilegal, robo de vehículo de motor y daños terroristas. Sin embargo, "...el hecho del asesinato no dependía de él". Se trataba de una "...actuación de colaboración periférica y por lo tanto prescindible, por más que su intención fuera

ayudar, porque si quitamos su actuación, el hecho se hubiera cometido igualmente. (...) Es decir, los actos que realiza son de complicidad, porque son accesorios para facilitar la comisión del delito, ayudan, aportan, pero nunca nada totalmente relevante y necesario para el desarrollo del plan. (...) Si la actuación del Sr. Rosendo desaparece, el plan se podía haber desarrollado igual".

No tiene razón la defensa.

3.1.- La vía casacional que se hace valer impone como premisa metódica que el discurso mediante el cual se pretenda demostrar el error de subsunción se atenga a lo proclamado en el juicio histórico. Pues bien, en el presente caso, se indica que Rosendo era integrante de ETA, en calidad de miembro "liberado". En esa condición y de forma concertada con otros miembros de la misma banda terrorista, "... decidieron de común acuerdo y en ejecución de un plan previamente trazado por ellos acabar con la vida del empresario Amador, Consejero Delegado de una de las empresas adjudicatarias de la construcción de la (...) línea ferroviaria" encargada del diseño del AVE en el País Vasco.

Sigue relatando el factum que "... el día 3 de diciembre de 2008 , sobre las 10 horas aproximadamente de la mañana, al menos dos de los miembros de comando antes mencionado, (...) viajaron en el vehículo marca Volvo 460 antes mencionado hasta un parking denominado "Atola" sito en el punto kilométrico número 10,40 de la carretera GI-3210, dentro del término municipal de Deba, y una vez allí se dirigieron al testigo protegido número NUM002, el cual se encontraba en el interior de su vehículo marca Alfa Romeo matrícula FLP preparándose para hacer una excusión al monte. Los procesados, diciendo que pertenecía a la banda terrorista ETA, y apuntándole con una pistola tipo revolver, le pusieron unas gafas de sol que impedían la visión y le obligaron a introducirse en la parte trasera de su propio vehículo, atándole las manos con unas bridas y colocándole unos auriculares para que no oyera nada, y apoderándose del mismo aunque no con la intención de hacerlo propio de forma definitiva, condujeron el mismo durante unos 20 minutos hasta el PK 2,300 de la referida carretera donde estaban esperando otros miembros del comando "Ezuste". Una vez allí, obligaron, apuntándole con una pistola, al testigo a "pasarse" al vehículo Volvo 460 matrícula LK-....-IL y permanecer en el mismo durante varias horas estando custodiado por el procesado Rosendo y otro miembro del comando a quien no afecta la presente resolución, ya enjuiciado en sentencia anterior".

La descripción del momento en el que otros dos miembros del mismo comando -ya condenados en otro proceso- asesinan al empresario Amador se describe en los siguientes términos: "...sobre las 12,15 horas aproximadamente de ese mismo día, y siguiendo el plan acordado por la organización terrorista, al menos dos de los miembros del comando, Sebastián y Ernesto, ya enjuiciados anteriormente, se dirigieron en el vehículo Alfa Romeo matrícula FLP antes mencionado y propiedad del testigo protegido a quien previamente se lo habían sustraído, hasta la localidad de Azpeitia, y una vez allí, sobre las 13.05 horas apreciaron la presencia del empresario Amador, propietario y miembro del Consejo de Administración de la empresa "Aituna y Uría", una de las adjudicatarias de la construcción del tren de Alta

Velocidad, que estaba en el número 25 de la Avenida de Loiolako Inacio, y, teniendo la intención de acabar con su vida se bajó del referido vehículo uno de los individuos, que hacía uso de una barba postiza y portando una pistola, cruzó la citada calle y se dirigió a Amador que se estaba introduciendo en el vehículo Volkswagen Touareg matrícula XSL, propiedad de la entidad mercantil Finanzia Autorenting SA que estaba estacionado en la acera y le efectuó a bocajarro tres disparos con una pistola semiautomática de 9 mm, que inmediatamente la introdujo en la parte delantera de su pantalón, disparos que ocasionaron a Amador lesiones sobre todo encefálicas en médula y en cerebro y que le produjeron la muerte inmediata".

Sigue narrando el juicio histórico: "...seguidamente, y una vez finalizada la acción, los autores de los hechos, tomaron el vehículo Alfa Romeo, y salieron huyendo inmediatamente del lugar por la carretera de Azkoitia hasta llegar alto de Itziar para encontrarse con los miembros del comando que estaban custodiando en el Volvo 460 con el testigo protegido NUM002, no sin antes incendiar el vehículo Alfa Romeo con la finalidad de que no se encontrara ningún vestigio de la identidad de los autores de los hechos. Los autores de la muerte de Amador fueron hasta la localidad de Andoain donde lo dejaron aparcado para devolvérselo a su conductora habitual Celso.

(...) Mientras ocurrían los hechos anteriores, el procesado Rosendo y el otro miembro del comando que estaban custodiando al testigo protegido número NUM002 lo llevaron a pie hasta una cabaña a unos 600 metros de la carretera donde tras atarle con una cuerda sus pies fue abandonado, diciéndole que iba a quemar su vehículo posteriormente. procediendo posteriormente a rociar el vehículo de su propiedad Alfa Romeo con diesel y biodiesel, no sin antes sacar sus pertenencias del interior del mismo.

Tiempo después el testigo protegido logró desasirse de las cuerdas que le ataban y quitándose el antifaz que le habían puesto fue a pie hasta el barrio de Itziar donde comunicó por teléfono a la Ertzaintza lo ocurrido".

Es evidente que la colaboración del acusado no fue, en modo alguno, periférica o accesoria, como pretende reivindicar la defensa. Rosendo no disparó con la pistola que causó la muerte del empresario Amador. Pero su contribución fue esencial para que las otras dos personas con las que se había concertado pudieran hacerlo. Se encargó de sustraer bajo la amenaza de una pistola el vehículo Alfa Romeo en el que iban a desplazarse los ejecutores. Retuvo con el mismo mensaje intimidatorio y ayudado de unas cuerdas al titular de ese vehículo hasta que le fue confirmado el asesinato por sus compañeros de comando. Luego se encargó de prender con fuego el coche en el que se habían trasladado los ejecutores para no dejar rastro alguno que los incriminara.

Sin su contribución nada habría sido igual. Basta imaginar qué habría sucedido si el testigo protegido hubiera estado en condiciones de denunciar la sustracción de su vehículo por individuos encapuchados. Esa posibilidad la neutralizó Rosendo, quien le retuvo como garantía de que el asesinato podría consumarse con impunidad.

3.2.- Conviene insistir en que lo decisivo en la coautoría -en línea de lo que afirmábamos en las SSTS 76/2013, 31 de enero; 434/2007, 16 de mayo y 850/2007, 18 de octubre- es precisamente que el dominio del hecho lo tienen varias personas que, en virtud de lo que se ha llamado el reparto funcional de roles, asumen por igual la responsabilidad de su realización. Se basa, pues, la coautoría en una singular forma de división del trabajo para la realización del proyecto criminal compartido. De ahí que, en el aspecto subjetivo, imponga una vinculación entre los intervinientes en forma de resolución común, asumiendo cada cual, dentro del plan conjunto, una tarea parcial, pero esencial, que le presenta como cotitular de la responsabilidad por la ejecución de todo el suceso. En el aspecto objetivo, resulta indispensable que la aportación de cada uno de los coautores alcance una determinada importancia funcional, de modo que las distintas contribuciones deben considerarse como un todo y el resultado total debe atribuirse a cada coautor, independientemente de la entidad material de su intervención. Y en el plano subjetivo precisa una decisión conjunta que, como venimos insistiendo, no exige para su apreciación que aquélla se genere en fase preejecutiva. A diferencia de lo que acontece con los supuestos de coparticipación, la coautoría porta en sí misma su contenido de injusto, y no lo deriva del hecho ajeno. Dicho con otras palabras, la coautoría constituye autoría para cada interviniente.

En el presente caso, la existencia de ese proyecto criminal compartido, fluye con naturalidad del juicio histórico. El asesinato de Amador exigía sustraer un vehículo a punto de pistola, retener al conductor mientras dos miembros del comando aseguraban su ejecución y proceder luego a la destrucción de cualquier huella delatora. Frente a lo pretendido por el recurrente, éste participó en la decisión conjunta del plan y tuvo algo más que el exclusivo dominio sobre su porción del hecho. Prestó en la fase ejecutiva una aportación al hecho funcionalmente significativa.

3.3.- La defensa cita en apoyo de su tesis, llamada a degradar la aportación funcional del recurrente, la STS 988/2012, 3 de diciembre, en la que esta Sala apreció complicidad en la colaboración de uno de los acusados -condenado en la instancia como coautor-, consistente en realizar algunos seguimientos de quien luego resultó asesinado y haber vigilado, desde su propio coche, mientras los autores materiales de la muerte sustraían el vehículo para trasladarse al lugar en el que debía producirse la ejecución.

Sin embargo, un dato singulariza este precedente frente al que ahora está siendo objeto de análisis. Y es la falta de sincronía entre el momento de la sustracción del vehículo y el del asesinato. En el supuesto enjuiciado en la sentencia que cita la defensa, el vehículo es sustraído un jueves y la muerte del mando de la Ertzaina se produce al día siguiente. Ese vehículo es depositado en un parking público hasta su utilización posterior por los autores materiales, entre los que no se hallaba el considerado finalmente como cómplice. Sin embargo, el asesinato de Amador se produce mientras Rosendo está reteniendo al titular del vehículo que acaba de ser secuestrado y que va a ser empleado para el traslado y la huida de los verdaderos autores materiales. El ahora recurrente es quien garantiza el éxito del plan,

impidiendo que el testigo protegido pueda acudir a las autoridades a denunciar el hecho y así, con su vehículo plenamente identificado, evitar el asesinato.

Dicho con otras palabras, quien ha sido condenado como autor de la muerte de Amador contribuyó con un acto indispensable, sine qua non, para asegurar el asesinato mientras éste se producía.

No existió, en consecuencia, complicidad sino autoría por cooperación necesaria. No fue indebidamente aplicado el art. 28.b) del CP. El motivo decae.

4. - La desestimación del recurso conlleva la condena en costas, en los términos establecidos en el art. 901 de la LECrim.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación, interpuesto por la representación legal de D. Rosendo contra la sentencia 6/2021, 15 de marzo, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Nacional en el marco del procedimiento sumario núm. 99/2008, tramitado por el Juzgado Central de Instrucción núm. 6.

Condenamos al recurrente al pago de las costas causadas.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre D.^a
Ana María Ferrer García

D.^a Susana Polo García D. Ángel Luis Hurtado Adrián

- **Sentencia del Tribunal Supremo (España) 306/2019**, de fecha 11.06.2019 (Procedencia: Recurso de Casación N° 485/2018).

El Tribunal Supremo español se pronuncia delimitando los alcances dogmáticos del delito de adoctrinamiento pasivo, acogiendo lo ya desarrollado en la STS 734/2017. Especialmente, se hace referencia a que el elemento subjetivo consiste en la finalidad de capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos de terrorismo tipificados en el Capítulo VII, Título XXII, Libro II del Código Penal.

STS 306/2019, 11 de Junio de 2019

Jurisdicción: España
Emisor: Tribunal Supremo, sala segunda, (penal)
Fecha: 11 Junio 2019
Número de resolución: 306/2019
Id. vLex VLEX-792248401

Link: <https://app.vlex.com/vid/792248401>

Original

Terrorismo Yihadista. Sentencia absolutoria. Adoctrinamiento pasivo: elemento subjetivo consistente en la finalidad de capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en el Capítulo VII, Título XXII, Libro II del Código Penal.

Texto

Contenidos

• ANTECEDENTES DE HECHO

- PRIMERO
- SEGUNDO
- TERCERO
- CUARTO
- QUINTO
- SEXTO

• FUNDAMENTOS DE DERECHO

- PRIMERO
- SEGUNDO
- TERCERO
- CUARTO
- QUINTO

o SEXTO

• FALLO

Sentencia citada en: 13 sentencias

RECURSO CASACION núm.: 485/2018

Ponente: Excma. Sra. D.^a Susana Polo Garcia

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 2^a

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 306/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarda

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Vicente Magro Servet

D.^a. Susana Polo Garcia

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 11 de junio de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 485/2018 interpuesto por el MINISTERIO FISCAL contra Sentencia de fecha 24 de enero de 2018 dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Segunda, en el Rollo de Sala 12/2016 por un delito de terrorismo yihadista.

Ha sido parte D. Geronimo , representado por la procuradora D^a Carmen Echevarría Terroba, bajo la dirección letrada de D. Marcos García-Montes, D. Hermenegildo , representado por la procuradora D^a Consuelo Caro Cebeiro, bajo la dirección letrada de D. Juan Manuel Martín Calvente, y D. Horacio , representado por el procurador D. Mariano López Ramírez, bajo la dirección letrada de D^a Marina Teresa Rodríguez de Liébana Espinosa.

Ha sido ponente la Excma. Sra. D.^a Susana Polo Garcia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

En el procedimiento ante la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, el 24 de enero de 2018, se dictó sentencia absolutoria de D. Geronimo , D. Horacio y D. Hermenegildo , de los delitos de pertenencia a organización terrorista por los que venían siendo acusados; que contiene los siguientes Hechos Probados:

" ÚNICO.- El 27 de enero de 2015 dos individuos no identificados descritos como de "raza árabe" intentaron llevar a cabo la compra de dos pistolas "Smith and Wesson" en la armería "Topgun" sita en el nº 8 de la calle Heliotropo de Madrid, a la que llegaron en el vehículo SEAT Toledo 1.6 D con matrícula ...WXY , alquilado por Leonardo , contra el que no se sigue el presente procedimiento, presidente de la mezquita de la calle Peña de Francia de Madrid.

A raíz de estos hechos, se identificó al procesado Horacio , como uno de los jóvenes que acudía con frecuencia a dicha mezquita.

Las primeras aportaciones de la investigación permitieron llegar, a través de la actividad en la red de Horacio , hasta el procesado Geronimo , ambos vecinos en el barrio de La Cañada de Rivas Vaciamadrid.

El análisis de la actividad en Facebook de Geronimo reveló un "perfil de amistad" que utilizaba el indicador " DIRECCION000 ", y tenía, en mayo de 2015, como foto de cabecera la imagen de Abu Baker el Bagdadi, líder del "DAESH".

En el perfil de Facebook de Geronimo con URL .3 con Ila ID NUM000 se capturaron fotografías de Fouad Belkacem, miembro de la organización yihadista "Sharia Belgium", imágenes de Kabier Ahmed, Razwan Javed e Ihjad Ali, miembros de la organización Al Muhajiroun y del Sheik Muhammad Al Arifi.

El 6 de junio de 2012 publicó una imagen de personas ondeando banderas, una de ellas de la organización Estado Islámico, con el comentario. "Dios rezó por el profeta". El 27 de octubre de 2012 publicó una imagen con la expansión geográfica del Estado Islámico por un mapa mundial.

Otro "perfil de amistad" pertenecía a Jose María , que mostraba como fotografía del mismo una bandera del Estado islámico. Así como el perfil @ DIRECCION001 , utilizado por Luis Francisco , condenado por delito de integración en organización terrorista (Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional).

Otro perfil se reveló a través de Facebook con Ángel Jesús , detenido en Francia durante el mes de agosto de 2015 por un delito de terrorismo.

Otros perfiles de redes sociales en los que aparecía Geronimo correspondían igualmente a personas relacionadas con Estado Islámico; @ DIRECCION002 (Avelino), Celestino @@ DIRECCION003 o DIRECCION004 y @ DIRECCION005 o@ DIRECCION006 . Perfiles e imágenes sin mayores consecuencias.

La observación telefónica de los terminales de Horacio permitió identificar al procesado Hermenegildo , quien dada su amistad con el primero le apoyaba espiritualmente en temas de formación religiosa; asimismo, compartía Hermenegildo con Geronimo un grupo cerrado de Facebook denominado "guardianes de la fe", con la imagen de la bandera libre de Siria con la frase "Solo te tenemos a ti Dios".

A finales del mes de junio de 2015 Geronimo desde su teléfono puso un anuncio para poner a la venta un rifle airsoll de bolas sin que su posesión o dicha circunstancia hubiesen tenido alguna consecuencia.

Los días 24 y 26 de junio de 2015 Horacio mantiene sendas conversaciones telefónicas con su suegra sobre la situación de los Países Arabes, maldiciendo a los Chiies enemigos de Allah y del Profeta, habiendo estado hablando de religión con un señor en Casablanca; todo ello sin ninguna consecuencia.

En conversación mantenida el 9 de junio de 2015 y en relación con un local llamado "Centro Al-Huda" situado debajo del domicilio de Hermenegildo en el número NUM001 de la CALLE000 de Madrid donde se reunían dos asociaciones seguidoras de la corriente conocida como sufismo (corriente mística del Islam despreciada por otras facciones) Horacio manifestó que había que lapidarios y Hermenegildo afirmó que les iba a tirar una granada e iban a ser víctimas y que llevaba una semana vigilándoles a la entrada de sus reuniones y siguiéndoles cuando las finalizaban; continuando con el tema, en conversación sostenida entre ambos el 18 de junio de 2015, hablan ambos de liberar el local con una buena espada o una bazoca, diciendo Horacio : "mejor con la espada para que haya sangre" contestado Hermenegildo : "Sí, sí que haya sangre como en la guerra civil", considerando a los asistentes a las reuniones criminales al no hacer el Ramadan, calificando sus prácticas de demoniacas; no teniendo sus comentarios consecuencia alguna.

En conversación telefónica que mantuvieron ambos el día 18 de octubre de 2015 sobre el juicio final, Hermenegildo manifestó que se acercaba la hora del Juicio, respondiéndole Horacio que la hora no es que se acercase, es que estaban en ella, hablando de las señales del Día del Juicio Final y queriendo volver, entre risas, a como era antes, a las espadas, y cargarse a gente, contestando Hermenegildo que no le importaría, no teniendo tampoco sus comentarios consecuencia alguna.

En la entrada y registro en los domicilios de los acusados:

- DIRECCION007 , n° NUM002 de Madrid, domicilio de Geronimo .
- DIRECCION008 , n° NUM003 de Rivas Vaciamadrid, domicilio de Horacio .
- AVENIDA000 , n° NUM004 , NUM005 NUM006 de Madrid, domicilio de Hermenegildo . Practicadas el día 03/11/2015, se intervinieron:

I. Geronimo :

- a. DOCUMENTOS, entre otros;

- Un folio manuscrito en árabe en el que se refleja "no vamos a dejar que occidente nos ensucie, no vamos a dejar pasar el tiempo" y "vamos a romper el candado de nuestra desgracia y nuestros ejércitos acabarán con nuestros enemigos".

- En otro fragmento aparece un llamamiento a realizar acciones armadas en venganza a supuestas afrentas al Islam. En concreto, se hace alusión al hecho de caricaturizar al profeta por los que califica de enemigos y se critica a los musulmanes por "seguir durmiendo" mientras son atacados.

- Un libro escrito en árabe, "Fikh Al Muyassir", traducido como Doctrina Facilitadora cuyos autores son varios sabios de Arabia Saudí, publicado en la editorial Daraltakoa. De entre los diferentes capítulos en que se divide, el capítulo VI, se refiere al LIBRO DE LA YIHAD.

- Un libro escrito en árabe, "Ittihaf al Okul", traducido como "Enriquecer los cerebros", a través de la explicación de los tres fundamentos-teorías, de Imán renovador Mohamed Ibn Abdelwahhab.

En el último de todos los capítulos, el que recoge "la obligación de rechazar "Tagut" reivindica la realización de la Yihad por la causa de dios, entendida como el sacrificio de lo más valioso que puede tener una persona, es decir, dar la vida de uno mismo, considerando la Yihad "como lo más alto de la religión".

- Un folio manuscrito en el que se hace un llamamiento a las mujeres musulmanas para que se pongan el velo y hay dibujos de dos tipos del velo; el nigab y el hijab.

- Un folio manuscrito de unos versos hablando de la muerte, la tumba, pidiendo a Dios el autor que se apiade de él "en la tierra, debajo de ella y el día del juicio final".

- Un folio manuscrito de unos versos haciendo referencia a los méritos del profeta e invitando a sus seguidores que "hablen con los mártires que han acompañado al profeta en sus batallas".

a. EFECTOS INFORMÁTICOS, entre otros:

El análisis de su ordenador personal marca Samsung con nº de serie NUM007 reseñado como A9 (11-1D1);

- El 1 de septiembre de 2015, consultó el perfil de Facebook de DIRECCION009 , donde aparece un muyahidín con la bandera negra Yihadista.

- Igualmente, el 7 de septiembre de 2015 consulta el perfil de la Red Digital Siria, en la que aparecen dos banderas, la de Harakat Nour al Din al Zenki y la de Jabal Al Nusra.

- El 22 de septiembre de 2015 consulta el perfil de DIRECCION010 el norteño, en una de las fotos de este perfil, una persona comenta en árabe: que "Dios te bendiga y que Dios proteja a todos los combatientes musulmanes".

- Asimismo, el 7 de octubre de 2015 realiza la búsqueda en Facebook con el hastag en árabe "Infierno DeLos RusosEnSiria", que lleva a una página con imágenes relativas al tema, entre ellas, una pancarta rusos, os devolveremos a vuestro país sin cabeza", o una imagen con la fotografía de un soldado ruso decapitado por los yihadistas sirios, subida por Carlos .

Búsquedas en Youtube:

- El 25 de septiembre de 2015. El Sheij argelino Shams Al Din, Daesh.

- El 7 de octubre de 2015: El infierno de los rusos en Siria.

- El 13 de octubre de 2015: Droga mortal que puede causar la muerte en cuestión de minuto.

- Sus búsquedas en internet revelaron que el 1 de octubre de 2015 visualizó un vídeo titulado "ataques aéreos rusos en posiciones del DAESH en Siria".

El teléfono utilizado por éste reseñado como A39 (1TEL5), aparece una captura de pantalla de las Torres Gemelas en el atentado de 2001 con una leyenda en árabe en la que se viene a exponer que en cierto modo el Corán predijo la caída de las Torres, una frase literal de la Sura 21 del Corán relativa a la proximidad del Juicio Final.

- Recibió un vídeo que reenvió sobre los atentados cometidos en París en la revista Charlie Hebdo.

- Dos capturas de pantalla que reflejan un poema de índole yihadista; de fondo se pueden apreciar la imagen de soldados. En el mismo, se habla de los hermanos que han vendido su alma para que la religión esté en alto y por ello han muerto. Venden su alma a Allah respondiendo así a su llamamiento, caracterizándose así estos hermanos por su valentía, hombría y siendo vistos como héroes.

- Otra captura que muestra el texto: "Los salafistas de Tetuán piden al gobierno la apertura de fronteras para permitirles poder ir a la Yihad", fechado a 13 de octubre de 2015.

En las notas del teléfono se ha encontrado:

- El nombre en árabe de varios Sheikhs fundamentalistas:

Sheikh Nasser al -Fand

Sheik Bashir Bin Hassan

Al Aqla-Al-Shuebi

Yusef A I-Ayeri

Sheik Omar AbdelRahman

- Una carta titulada "Ojalá mi pueblo supiera", en la que su autor, desde la tierra de la batalla, para avisar y enseñar a los que vendrán después de los Muyahidines, alerta sobre la yihad en Siria y el Estado Islámico, dando su opinión y soluciones al respecto.

En el dispositivo informático reseñado como 1 USBA3, A31 bis, pendrive insertado en Smart TV, encontrado en la misma habitación donde se hallaba el pasaporte de Geronimo , se encontraron numerosos archivos de audio que reflejan desde la simple lectura del Corán hasta llegar al odio a los infieles, el día del Juicio final, la aceptación de la muerte o el martirio y cánticos y sermones que llaman a la realización de la Yihad.

2. Horacio :

A. DINERO EN EFECTIVO POR IMPORTE DE 35.570 EUROS.

B. ELEMENTOS DIGITALES, ENTRE OTROS:

En el disco duro del ordenador portátil con nº de serie NUM008 , evidencia B1 referenciado como 2HD1 utilizado por Horacio se hallaron más de 14000 archivos de imagen;

- Actividades de ensalzamiento de la actividad terrorista del Estado Islámico, como la ejecución de dos periodistas japoneses, Kenji Goto y Haruna Yukawa el 31 de enero de 2015.

- Imágenes de operaciones policiales contra elementos yihadistas en España.

- Imágenes de destrucción de patrimonio cultural por miembros del Estado Islámico.

- El 15 de agosto de 2015 realizó búsquedas en Youtube sobre videos en los que Abu Bark Al Baghadadi proclamaba el Califato y llamaba a acabar con los infieles. Igualmente realiza búsquedas del Sheik Khalid Al Rashid.

- 16/08/2015 Vídeos apocalípticos sobre la muerte y el juicio final.

- Septiembre 2015; varios vídeos sobre noticias. Documentales, programas televisión, biografías, sermones, combatientes que fueron buscados y visualizados por Horacio relacionados con la yihad global en general y con el Estado Islámico en particular.

Texto completo fs. 12-16 escrito acusación Ministerio Fiscal.

En la agenda asociada al dispositivo referenciado como 2TEL9 se encontró anotado el teléfono NUM009 relativo a " Raton ", identificado como perteneciente a Ángel Jesús , autor del atentado frustrado en Francia en agosto de 2015.

Hermenegildo :

El análisis de la evidencia 3TEL 1, teléfono de su propiedad, reveló su relación con un marroquí que se encontraba en Libia llamado Carlos José manteniendo una conversación el 31/10/2015, sobre la actividad en Libia, bromeando con los vuelos hacia aquel país, la próxima boda de Carlos José y hablando de la yihad con uno mismo.

En el análisis del ordenador portátil referenciado como 3HDI utilizado por Hermenegildo se encontraron, entre otros:

- Vídeos de combatientes (septiembre-octubre 2015):

Muyahidines chechenos, soldados del Estado Islámico, combatiente yihadista Al Zubair Al Maghribi, combatiente muyahidín Khattab (ensalza la yihad y asegura que el morir en nombre de Alá (mártir) es un compromiso legal en el Islam), soldados del ejército libre sirio, líderes yihadistas e imágenes de los consolidados líderes de organizaciones Yihadistas: Osama Bin Laden, Aymán al Zawahiri, Emir Khattab. Abu Musab al Zarqawi, Ahmad Yasín.

Vídeos del DAESH:

-31/08/2015, Matanza de cuatro soldados iraquíes por DAESH.

-31/08/2015, Yihadista tunecino liquida a policías fronterizos iraquíes.

-28/09/2015, Sheik al Assir liderando a un grupo de terroristas luchando en Siria.

-30/10/2015, miembro del DAESH disparando con un lanzamisiles.-

- Vídeos sobre la muerte y el Día del Juicio Final:

- 18/10/2015, documental sobre el Fin del Mundo y el Día del Juicio Final.

-30/10/2015, Khaled Rached hablando del Día del Juicio de Final.

-Ensalzamiento de la "Salafiya" (retorno a los orígenes del Islam):

- 08/09/2015, vídeo sobre las batallas de las Cruzadas. Título: La gloriosa Batalla de Yarmuk: árabes del califato Rashidí contra la Bizancio romana.

- 06/10/2015: Tributo a los guerreros de al Andalus.

Armamento:

- 10/10/2015; vídeo: "Las espadas del profeta 11/1ohoma" y "Una bonita espada".

- "Mercurio rojo: volamos hacia..." El artículo establece un recorrido histórico desde el descubrimiento del mercurio rojo, en la época faraónica, hasta la actualidad, en la que el mineral puede ser utilizado en la fabricación de bombas .

-Sheikhs:

- 30/09/2015, Sheikh Mustafá Al-Adawi, conocido por hablar del martirio de Ossama Bin Laden.

- 14/10/2015, conferencia de sheikh Khalid Rashed sobre la situación del Níger (Es el Sheikh Khaled rashed del que hablan Hermenegildo y Horacio).

- 17/10/2015, detención de Khaled Rashed.

- 18/10/2015, vídeo pidiendo plegarias para Khaled Rashed.

- 17/10/2015, Khalid Al-Rashed hablando del buen musulmán.

- Búsqueda en Youtube del Sheikh Abu Ishaq Al-Huwaini, clérigo egipcio que conforma una de las alas más fundamentalistas del Islam suní.

Capturas de Facebook:

- Maximino ; se trata de un perfil de un chico egipcio cuyo muro está representado por numerosos vídeos del sheikh Abulshaq al-Heweny.

- Pascual ; Pascual publica un vídeo que hace un fotomontaje del día del Fin del mundo con un audio del sheikh Khalid Rashid, recordando a los musulmanes que el día final se acerca.

- Roman ; se trata del perfil de uno de los amigos de Hermenegildo , situado en Sanaa (capital de Yemen). Aparece una fotografía con un arma de guerra y cuchillo de grandes dimensiones.

- DIRECCION011 : el perfil pertenece a una chica tunecina, Delia , cuyo contenido es especialmente violento, caracterizado por las imágenes y vídeos sangrientos de enfrentamientos en territorios árabes.

- DIRECCION012 ; este perfil pertenece a un individuo iraquí, de Bagdad, donde aparecen contenidos llamando a la guerra.

- Casiano ; este perfil de Ángel Jesús se caracteriza por el volumen de publicaciones del sheikh de corte extremista, Khalid Rashid. De hecho, casi todos los vídeos que comparte son de sermones de este sheikh que corresponden con los encontrados en los efectos de Horacio .

- Gerardo ; perfil de un hombre yemení cuyas publicaciones se caracterizan por el alto contenido violencia; documentos, efectos informáticos sin comportar mayores consecuencias.

Los acusados fueron detenidos el día 03/11/2015 una vez practicadas las entradas y registros en sus domicilios."

SEGUNDO

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que debemos absolver y absolvemos a Geronimo , Horacio , Hermenegildo de los delitos por los que venían siendo acusados por el Ministerio Fiscal, con declaración de oficio de las costas procesales.

Acordamos el alzamiento de cuantas medidas cautelares existan contra Geronimo , Horacio , Hermenegildo , en el presente procedimiento."

TERCERO

Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por el MINISTERIO FISCAL, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO

Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, el Ministerio Fiscal recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes motivos de casación:

Motivo Único.- Al amparo del art. 849.1 LECr ., por falta de aplicación del art. 575.2 CP (adoctrinamiento pasivo).

QUINTO

Conferido traslado para instrucción, la representación procesal de D. Geronimo suplica a la Sala tenga por opuesta a la admisión del recurso de casación, interesando se declare la inadmisión del mismo.

La representación procesal de D. Horacio , mediante escrito de 12 de abril de 2018, suplica a la Sala inadmita el recurso de casación o, en su caso, lo desestime íntegramente con expresa condena en las costas del recurso de casación a la parte impugnante.

La representación procesal de D. Hermenegildo , mediante escrito de fecha 25 de abril de 2018, suplicó a la Sala lo tenga por instruido del recurso de casación formalizado, no dando lugar al mismo.

La Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO

Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 4 de junio de 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

La Sección Segunda de Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, dictó Sentencia de fecha 24 de enero de 2018 en el Rollo de Sala 12/2016 , en la que absuelve a los acusados Geronimo , Horacio , Hermenegildo , de los delitos de pertenencia a organización terrorista, y de los delitos de adoctrinamiento activo y pasivo por los que venían acusados.

El Ministerio Fiscal formula recurso de apelación contra la citada sentencia con un único motivo, al amparo del art. 849.1 LECr ., por falta de aplicación del art. 575.2 CP (adoctrinamiento pasivo).

SEGUNDO

El recurrente afirma que la tipificación de las conductas del art. 575.2 tiene todo su sentido y busca configurar un delito de riesgo, adelantando al máximo legalmente posible la protección penal de los valores básicos de nuestra sociedad: la vida, la integridad física y la libertad. Por otra parte, pone de relieve que el Tribunal Supremo ha declarado con respecto al adoctrinamiento en su sentencia 354/2017, de 17 de mayo , que se incrimina un "acto protopreparatorio y eventualmente un acto preparatorio de un acto preparatorio", lo que determina su configuración como un delito de peligro, y en cuanto "al tipo objetivo.....el contenido de las páginas electrónicas a las que se accede o de los documentos que se adquieren o se poseen, deben estar dirigidos o resultar idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista..... Se trata de una exigencia objetiva predicable del contenido al que se accede, se adquiere o se posee. ".

Entiende el Ministerio Fiscal que en el presente caso y sin apartarnos de los hechos probados se da ese elemento objetivo de comunicación pública, por una parte, y de asunción personal, por otra, de la ideología radical del yihadismo islamista convertida en propósito de causar la muerte, de matar, de destruir, sirviendo siempre al califato en la persona del máximo dirigente del 'SIS (o DAESH), conocida como Abu Baker EL BAGDADI.

Así, Geronimo hace público en Facebook su preferencia por Abu Baker EL BAGDAD, y la bandera del Estado Islámico, comparte el perfil utilizado por un islamista condenado por integración en banda terrorista por la Audiencia Nacional, Luis Francisco ., y Horacio y Hermenegildo se plantean lapidar o lanzar granadas contra los sufíes que se reúnen en el Centro Al Hada, en la CALLE000 , NUM001 , de Madrid, local vecino del que ocupa Hermenegildo en la misma calle y número.

Además, los acusados, de lo encontrado en sus domicilios, se desprende que han dispuesto, no solo de material propagandístico y de discursos incitando a la violencia yihadista, con visualización de asesinatos y de sus líderes, sino que también han hecho entre ellos proyectos quizá no demasiado avanzados pero en todo caso encaminados a causar la muerte de forma inmediata, en Madrid, o de forma remota, en Irak. Por tanto, si han acogido la doctrina yihadista y se han imbuido con ella con posibilidades de llevarla a la práctica y con ponderación de las armas útiles e idóneas al afecto, cabe preguntarse si los acusados no habían efectivamente buscado y conseguido un mutuo adoctrinamiento pasivo, próximo ya a la conspiración y a la tentativa.

TERCERO

El artículo 849.1 de la LECRIM fija como motivo de casación "Cuando dados los hechos que se declaran probados (...) se hubiera infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal". Se trata, por tanto, como tiene pacíficamente establecido la jurisprudencia más estable del Tribunal Supremo, de un motivo por el que sólo se plantean y discuten problemas relativos a la aplicación de la norma jurídica, lo que exige ineludiblemente partir de unos hechos concretos y estables, que deberán ser los sometidos a reevaluación judicial. Es un cauce de impugnación que sirve para plantear discrepancias de naturaleza penal sustantiva, buscándose corregir o mejorar el enfoque jurídico dado en la sentencia recurrida a unos hechos ya definidos. El motivo exige así el más absoluto respeto del relato fáctico declarado probado u obliga a pretender previamente su modificación por la vía de los artículos 849.2 LECRIM (error en la apreciación de la prueba) o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, del artículo 852 de la ley procesal, pues no resulta posible pretender un control de la juricidad de la decisión judicial alterando argumentativamente la realidad fáctica de soporte, con independencia de que se haga modificando el relato fáctico en su integridad mediante una reinterpretación unilateral de las pruebas o eliminando o introduciendo matices que lo que hacen es condicionar o desviar la hermenéutica jurídica aplicada y aplicable (STS 511/2018, de 26 de octubre).

Por tanto, hay que recordar que el cauce casacional empleado tiene como presupuesto de admisibilidad el respeto al hecho probado en la medida que el único debate que se permite en el motivo es el de la subsunción jurídica de los hechos probados declarados por el Tribunal, que, por ello, deben ser escrupulosamente respetados por el recurrente, lo que éste incumple en la medida que los cuestiona.

El motivo por infracción de Ley del artículo. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es la vía adecuada para discutir ante este Tribunal si el Tribunal de instancia ha aplicado

correctamente la Ley. Pero siempre partiendo del relato fáctico que contiene la sentencia, sin alterar, suprimir o añadir los hechos declarados probados por el Tribunal de instancia.

Señala la sentencia 628/2017, de 21 de septiembre, que este precepto, que autoriza la denuncia del error de derecho en la aplicación de una norma penal de carácter sustantivo, impone como presupuesto metodológico la aceptación del hecho probado, hasta el punto que el razonamiento mediante el que se expresa el desacuerdo con la decisión del Tribunal no puede ser construido apartándose del juicio histórico. De lo contrario, se incurre en la causa de inadmisión -ahora desestimación- de los arts. 884.3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

CUARTO

1. Debemos recordar que el artículo 575 del Código Penal prevé en el apartado 1 una finalidad del acto típico caracterizada por la obtención de "capacidad" para cometer delitos de terrorismo. Pero, a continuación, subdivide en dos los ámbitos en los que aquella capacidad puede operar: el adoctrinamiento y el adiestramiento. Diferenciación que recogen los instrumentos internacionales, a los que el legislador remite como motivo de la reforma por Ley Orgánica 2/2015, diferenciando una y otra modalidad de capacidad.

2. En cuanto a la relevancia penal del autoadoctrinamiento (y del autoadiestramiento) esta Sala Segunda del Tribunal Supremo ya ha tenido ocasión de exponer extensamente la falta de cobertura en los instrumentos internacionales mencionados en el Preámbulo de la Ley Orgánica 2/2015 de las modalidades de adoctrinamiento pasivo y de autoadoctrinamiento del art. 575.1 y 2 CP, y la necesaria interpretación restrictiva de estas conductas típicas para posibilitar su subsistencia sin quebranto del derecho a la libertad ideológica y del derecho a la información. (STS nº 354/2017)

Pese a las referencias del Preámbulo de la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, a la Resolución del Consejo de Seguridad de la ONU 2178 (24/9/2014) y a la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo de la UE, modificada por la Decisión Marco 2008/919/JAI, de tales instrumentos no deriva el tipo penal que nos ocupa. La resolución 2178 del Consejo de Seguridad de la ONU no contempla el autoadoctrinamiento. Tampoco en las citadas Decisiones Marco de la UE.

La Directiva de la UE 2017/541, en vigor desde 20 de abril de 2017, con plazo de transposición hasta septiembre del próximo año, tampoco recoge esta figura del adoctrinamiento de uno por sí mismo. El Consejo de Europa lo rechaza incluso de manera explícita. El listado de delitos contemplados en el Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (STCE nº 196), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, ratificado por España por Instrumento de 23 de febrero de 2009 (BOE núm. 250, de 16 de octubre de 2009), se incrementa en el Protocolo Adicional al Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (STCE nº 217), hecho en Riga el 22 de octubre de 2015, firmado pero no ratificado por España, que entra en vigor para los Estados Parte, el 1 de julio de 2017, en el que se incluye "recibir adiestramiento con fines terroristas" si bien dejando en libertad a los Estados firmantes para decidir sancionar las modalidades de autoadiestramiento.

En la STS 354/2017, que también es citada por el recurrente, recordábamos que "respecto del adoctrinamiento, sólo se contempla en una concreta modalidad activa del mismo, el "reclutamiento con fines terroristas" entendido como el hecho de incitar a otra persona a cometer o participar en la comisión de delitos terroristas, o a unirse a una asociación o a un grupo para contribuir a que éstos cometan uno o varios delitos terroristas, pero se evitan expresamente el reclutamiento pasivo y las de autoformación ideológica, conforme admite el Informe explicativo del Protocolo en su apartado 31, pues durante las deliberaciones para su redacción, se hizo evidente que la penalización de la conducta "pasiva" ("hacerse reclutar para el terrorismo") crearía problemas en algunos sistemas legales y encontrar una definición adecuada de "hacerse reclutar para el terrorismo" que comprendiera un comportamiento suficientemente "activo" también presentaba serias dificultades".

Antes de la reforma del 2015, ya dijo esta Sala en STS 503/2008, de 17 de julio, en el apartado 4, que: "La acción terrorista es, pues, algo más que la expresión de ideas. La libre expresión y difusión de ideas, pensamientos o doctrinas es una característica del sistema democrático que debe ser preservada. Incluso, en el momento actual y en la mayoría de los países democráticos, es posible la defensa de tesis que propugnen la sustitución del sistema democrático por otro sistema político que no lo sea. La condición esencial es que esa defensa se lleve a cabo a través de vías admisibles en democracia. Esto excluye las vías y medios violentos. Salvo los casos de apología del terrorismo o provocación al delito, incluso la mera expresión de ideas violentas, sin otras finalidades, no es todavía un delito. Puede justificar, en función de las circunstancias, y siempre con respeto al principio de proporcionalidad, una investigación, un control policial e incluso una restricción temporal de algunos derechos individuales, como por ejemplo, el derecho al secreto de las comunicaciones, en la medida en que tal forma de expresarse representa un indicio razonable de la existencia de un peligro, constituido por la posibilidad cierta de que algunos de los que participan de una u otra forma en la expresión o en la difusión de tales ideas puedan avanzar hacia la acción, o de que ya lo hayan hecho, lo que generalmente se traduce en el primer paso para la constitución de un grupo más o menos organizado orientado al favorecimiento en una u otra forma, o incluso a la ejecución directa de actos terroristas.

Consecuentemente, para afirmar la existencia de una banda armada, grupo u organización terrorista, no basta con establecer que los sospechosos o acusados sostienen, y comparten entre ellos, unas determinadas ideas acerca de una religión, un sistema político o una forma de entender la vida.

Es preciso acreditar que quienes defienden esas ideas, convirtiéndolas en sus fines, han decidido imponerlas a los demás mediante medios violentos, como ya se ha dicho, orientados a intimidar a los poderes públicos y a intimidar y aterrorizar a la población. Dicho de otra forma, es preciso establecer que, desde la mera expresión y defensa de unas ideas, han iniciado de alguna forma, incluso con la decisión efectiva de llevarlo a cabo, su paso a la acción con la finalidad de imponer sus ideas radicales fuera de los cauces pacíficos, individualmente y como grupo.

Tal cosa puede manifestarse de múltiples formas, aunque a efectos penales siempre será preciso algún hecho verificable y significativo, que acredite al menos el inicio de acciones encaminadas a la obtención de medios idóneos para el logro efectivo por ellos mismos o por terceros de aquella finalidad, o bien que ya han procedido de alguna forma, mediante acciones de captación, adoctrinamiento o apoyo, suministro de efectos, sustento ideológico o en cualquiera otra de las muy variadas formas en que tal clase de cooperación puede manifestarse, a colaborar con quienes ya desarrollan efectivamente tales actividades, se preparan para hacerlo o ya lo han hecho.

No basta, pues, demostrar que el acusado piensa de una determinada manera, o que contacta o se relaciona con otros de la misma o similar ideología. Es necesario, mediante la constatación de hechos significativos, probar, al menos, que ha decidido pasar a la acción. "

3. Debemos ahora establecer los elementos del tipo penal imputado a los acusados (artículo 575.2 del Código Penal) en el concreto aspecto alegado en el recurso de apelación del Ministerio Fiscal "adoctrinamiento pasivo", o adoctrinarse los acusados a sí mismos, único delito que en el recurso expresamente imputa el recurrente a los acusados. Por lo que no procede analizar cualquier otra forma que se encuentre fuera del citado tipo penal, como el adoctrinamiento activo o el autoadiestramiento.

El citado delito ha sido minuciosamente analizado por esta Sala en nuestra sentencia 734/2017, de 15 de noviembre , en la que se hace constar que "El adoctrinamiento pasivo, consistente en la recepción de doctrina, resulta estructurado, conforme al citado artículo 575.2 del Código Penal , por los siguientes elementos:

- A. Objetivamente el sujeto activo que lleva a cabo la conducta típica es el mismo destinatario de los efectos que constituyen su finalidad. Dice el apartado 2 del artículo 575 que las actividades previstas en el apartado anterior el autor las lleve a cabo por sí mismo.

La actividad consiste en recibir adoctrinamiento (o adiestramiento militar o de combate, o en técnicas de desarrollo de armas químicas o biológicas, de elaboración o preparación de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o específicamente destinados a facilitar la comisión de alguna de tales infracciones).

Una de las posibles modalidades de esa recepción ocurre cuando el autor acceda de manera habitual a uno o varios servicios de comunicación accesibles al público en línea o contenidos accesibles a través de internet o de un servicio de comunicaciones electrónicas.

También comete el tipo el que adquiera o tenga en su poder determinados documentos, sin exigencia en este caso de habitualidad.

Supuestos que el nº 2, párrafos segundo y tercero del citado artículo 575 enumeran como ejemplos y no como descripción exhaustiva.

- B. En ese tipo de acción se incluye, además, un elemento subjetivo cuya ausencia hace la acción penalmente insignificante: la finalidad de capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en este Capítulo (terrorismo).

Como dijimos en la reciente STS 661/2017, de 10 de octubre, el elemento subjetivo del injusto, expresamente requerido, es diverso y contiene un elemento teleológico redoblado; de forma que el acceso habitual a internet o la adquisición o tenencia documental debe ser con la finalidad de capacitarse, donde el logro pretendido de tal aptitud, a su vez, ha de ser para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en este Capítulo.

Esa doble finalidad debe concurrir en los accesos a servicios de comunicación como resulta de la exigencia de que los contenidos de éstos estén dirigidos o resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines.

Y cuando la conducta consista en adquirir o poseer determinados documentos, la antijuridicidad se acota con este mismo elemento subjetivo: que estén dirigidos o, por su contenido, resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines.

Constituye la finalidad de tales accesos, adquisición o posesión, lo que algún sector de la doctrina denomina la intencionalidad objetiva o, más amplia y tradicionalmente, "elementos subjetivos del tipo". Es de subrayar la dificultad de su constatación o la especificidad de los criterios al efecto. Ha de admitirse una cierta objetivación al respecto en la medida que el significado atribuido a los actos del sujeto deriva más de la acción misma, de su sentido exteriorizado, que de la intención subjetiva del autor, de la que, pese a ello, no cabe prescindir.

En todo caso la afirmación de su concurrencia es un ineludible requisito de la decisión de condena, y debe acomodarse al canon constitucional de presunción de inocencia.

- C. La norma exige tales características de los contenidos en la red a la que se accede o en los documentos adquiridos o poseídos, de tal suerte que aquellas tienen que ser abarcadas por el conocimiento del autor que por ello lleva a cabo el voluntario acceso, adquisición o posesión. La exigencia de ese componente finalístico del comportamiento determina que, en lo que se refiere a la denominada por algún sector doctrinal intencionalidad subjetiva, solamente quepa admitir la modalidad dolosa. Esta intencionalidad subjetiva presupone la existencia de la conducta ya penalmente relevante."

2. - Dado que el delito se puede consumir, en esas específicas modalidades, desde el acceso a aquellos específicos contenidos o por la mera adquisición o posesión de los citados documentos, puede decirse que, al menos en tales hipótesis, cabe hablar de lo

que viene conociéndose como adelantamiento de las barreras punitivas mediante la incriminación de actos preparatorios (de la capacidad) individuales. Se puede hablar incluso de actos protopreparatorio, si advertimos que, a su vez, la capacidad preparada también ha de vincularse inescindiblemente a una ulterior ejecución de delitos de terrorismo, sin cuya vinculación la auto capacitación sería atípica.

Es decir que el delito se entenderá cometido solamente si se puede constatar que ha existido un efectivo peligro o riesgo del bien jurídico que tutelan los delitos de terrorismo.

Lo que, si es un requerimiento no exento de dificultades cuando se trata del adiestramiento en capacidades operativas, constituye ardua labor cuando la conducta enjuiciada no rebasa la esfera del auto adoctrinamiento. Porque en ese caso la línea que separa la conducta típica de la de mera ilustración penalmente irrelevante es bien delgada. Tanto si ésta se procura profesionalmente como historiador o informador, cuanto si se busca por mera curiosidad. Casos todos ellos en que la ausencia de la concreta finalidad delictiva terrorista excluye toda tipicidad, incluso en casos de idoneidad objetiva de los contenidos a los que se accede o de los documentos que se adquieren.

3. - La necesaria especificación del significado de la expresión típica nos obliga a acudir al contexto en el que adquiere sentido el término significante adoctrinamiento.

Ese contexto viene dibujado por las demás expresiones de la norma: la referencia teleológica (capacitarse para) a la comisión de delitos de terrorismo, o la exigencia de que los contenidos estén dirigidos o los documentos sean idóneos para incitar.

Pero también por las exigencias del principio de intervención mínima del Derecho Penal, especialmente cuando acude a modalidades típicas en las que la lesión del bien jurídico protegido no es inmediata, sino que se sanciona el riesgo sin exigencia del daño.

Para nuestro Diccionario adoctrinar es Enseñar los principios de una determinada creencia o doctrina, especialmente con la intención de ganar partidarios. Y doctrina es (ibídem) conjunto de ideas, enseñanzas o principios básicos defendidos por un movimiento religioso, ideológico, político, etc.

Es decir, que adoctrinar es algo más que enseñar o informar. Incluso más que inculcar o infundir en una persona una idea, un concepto, un sentimiento, etc., con ahínco. Tanto el que enseña como el que procura que se le enseñe lo han de hacer con una finalidad que es la de lograr la adhesión de éste, que más que discípulo pasivo (primera acepción en el diccionario de RAE), persona que recibe enseñanzas de un maestro o que sigue estudios en una escuela, deberá tratarse de un discípulo activo (segunda acepción ibídem) persona que sigue y defiende las ideas, doctrinas y métodos de un maestro.

4. - Tales requerimientos del sentido de la norma penal en este delito, se traducen también en exigencias para el relato de hechos probados que deben predicar la

conurrencia de la doble exigencia finalística añadida a las características de los contenidos accedidos, adquiridos o poseídos por el acusado.

Así no basta afirmar estas características de idoneidad o incluso "dirección" objetiva de contenidos y documentos, sino que debe afirmarse que el autor actuó, no solamente conociéndolas, sino que accedió, adquirió o poseyó voluntaria y conscientemente con una doble y sucesiva funcionalidad. La primera que aquello que conocía le afirmaba en su adhesión a la doctrina en que se enmarcaban los conocimientos reflejados en la red o los documentos y la segunda incitaba o estimulaba su voluntad hacia la ejecución de un delito de terrorismo, sea de transmisión de tales conocimientos a otros, sea de incorporación a grupos de esa naturaleza, sea de cooperación con ellos, sea de enaltecimiento de sus integrantes o sea de cualquier otro tipo de aquellos delitos."

4. - El Tribunal a quo en el Fundamento de Derecho Primero, con cita de la Jurisprudencia aplicable y en especial la sentencia de esta Sala 503/2008, de 17 de julio - la que hemos transcrito anteriormente-, afirma que de las declaraciones policiales, de los acusados, del estudio de los vídeos, imágenes, perfiles, fotografías, documentos, libros, capturas de texto, archivos de audio, conversaciones, etc., no se cumple el canon jurisprudencial estudiado, y entiende que no concurre el elemento subjetivo exigido jurisprudencialmente, ni el efectivo peligro o riesgo del bien jurídico que tutelan los delitos de terrorismo, ni concurre ningún dato o circunstancia que permitan acreditar que los acusados hayan decidido o proyectar en el futuro pasar a la acción con la finalidad de imponer sus ideas radicales fuera de los cauces pacíficos. Evidenciando que por sí solas las pruebas practicadas insuficientes para formular un pronunciamiento de condena respecto de los mismos, no quedando desvirtuada la presunción de inocencia, por lo que acuerda la absolución de los acusados.

QUINTO

1. Denuncia el Ministerio Fiscal que la sentencia recurrida es arbitraria o que expone irracionalmente su argumentación, para llegar a su tesis, de absolver a los acusados.

Es preciso recordar, como ha hecho esta Sala en diversas resoluciones, el criterio restrictivo implantado por el Tribunal Constitucional en lo que respecta a la extensión del control del recurso de apelación y de casación sobre las sentencias absolutorias cuando se dirimen cuestiones de hecho relacionadas con la apreciación de pruebas personales, criterios instaurados por la sentencia del Tribunal Constitucional 167/2002, que se han visto reafirmados y reforzados en numerosas resoluciones posteriores del mismo Tribunal (SSTC 170/2002, 197/2002, 118/2003, 189/2003, 50/2004, 192/2004, 200/2004, 178/2005, 181/2005, 199/2005, 202/2005, 203/2005, 229/2005, 90/2006, 309/2006, 360/2006, 15/2007, 64/2008, 115/2008, 177/2008, 3/2009, 21/2009 y 118/2009, entre otras). En esas resoluciones el Tribunal Constitucional considera que se vulnera el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías cuando el tribunal de la revisión, sin respetar los principios de inmediación y contradicción, procede a revisar y corregir la valoración o

ponderación de las pruebas efectuada por el juez de instancia y revoca, en virtud de una reinterpretación de unas pruebas que no ha practicado, la sentencia absolutoria apelada.

Hemos dicho en SSTS 500/2012, 1160/2011 y 798/2011 que el derecho de defensa del acusado absuelto impide realizar con ocasión del recurso un nuevo juicio de culpabilidad si aquél no es oído con inmediación por el Tribunal que conoce del recurso, como ocurre con el recurso de casación. Cuando el órgano ad quem "ha de conocer de cuestiones de hecho y de derecho, estudiando en general la cuestión de la culpabilidad o la inocencia, no puede, por motivos de equidad en el proceso, resolver sin la apreciación directa del testimonio del acusado que sostiene que no ha cometido el hecho delictivo que se le imputa" (entre otras, SSTEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, § 55 ; 1 de diciembre de 2005, caso Iliescu y Chiforec c. Rumanía, § 39 ; 18 de octubre de 2006, caso Hermi c. Italia, § 64 ; 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España , § 27).

La regla que define el alcance del contenido del derecho de defensa se expresa por el TEDH en la Sentencia citada caso Constantinescu c. Rumanía, §§ 58 y 59 de 27 de junio de 2000 , de manera inequívoca: "tras revocar la absolución dictada en la primera instancia, el pronunciamiento condenatorio requiere que el acusado haya tenido la posibilidad de declarar en defensa de su causa ante el órgano judicial que conoce del recurso, especialmente si se tiene en cuenta el hecho de que éste es el primero en condenarle en el marco de un proceso en el que se decide sobre una acusación en materia penal dirigida contra él".

En el Pleno no jurisdiccional celebrado el 19 de diciembre de 2012, se decidió que "La citación del acusado a una vista para ser oído personalmente antes de la decisión del recurso ni es compatible con la naturaleza del recurso de casación, ni está prevista en la Ley" (STS 400/2013, de 16 de mayo).

Son numerosas las resoluciones de esta Sala que recuerdan que la doctrina jurisprudencial del TEDH permite la revisión de sentencias absolutorias cuando el Tribunal Supremo actúa dentro de los márgenes de la infracción de ley, revisando cuestiones puramente jurídicas. Es decir, cuando esta Sala se limita a corregir errores de subsunción y a fijar criterios interpretativos uniformes para garantizar la seguridad jurídica, la predictibilidad de las resoluciones judiciales, la igualdad de los ciudadanos ante la ley penal, y la unidad del ordenamiento penal y procesal penal, sin alterar ningún presupuesto fáctico.

En definitiva, los márgenes de la facultad de revisión por esta Sala de sentencias absolutorias son a través del cauce casacional de infracción de ley, con intervención de la defensa técnica, pero sin audiencia personal del reo, se concretan en la corrección de errores de subsunción a partir de los elementos fácticos reflejados en el relato de hechos probados, sin verificar ninguna nueva valoración de la prueba practicada en la instancia.

En la corrección de errores de subsunción admisible en casación frente a las sentencias absolutorias se incluyen los errores que afecten a la interpretación de la naturaleza y concurrencia de los elementos subjetivos exigidos por el tipo penal aplicado, cuando la revisión se efectúe desde una perspectiva jurídica, sin modificar la valoración de sus presupuestos fácticos. Pero no es admisible cuando la condena exige una reconsideración de

la prueba practicada para modificar los presupuestos tácticos de los elementos subjetivos de la conducta enjuiciada.

El error sobre la concurrencia de los elementos subjetivos podría subsanarse en casación si se basase exclusivamente en consideraciones jurídicas sobre la naturaleza del dolo exigido por el tipo, es decir si se tratase de un error de subsunción. Por ejemplo, si la absolución se fundamentase en la consideración errónea de que el tipo objeto de acusación exige dolo directo, absolviendo el Tribunal de instancia por apreciar la concurrencia de dolo eventual, cuando en realidad el dolo eventual fuese suficiente para la condena. También cuando se calificase por el Tribunal de Instancia de dolo eventual una conducta en la que, a partir exclusivamente de los datos obrantes en el relato fáctico sin reconsideración probatoria adicional alguna, ni modificación de la valoración fáctica sobre la intencionalidad del acusado realizada por el Tribunal, fuese constatable la concurrencia de dolo directo. O cuando el Tribunal de Instancia fundase su absolución en la ausencia de un elemento subjetivo específico que considerase necesario para integrar el tipo, cuando esta apreciación fuese jurídicamente errónea por no ser exigible para la subsunción de la conducta en el tipo objeto de acusación la concurrencia del elemento subjetivo específico exigido por el Tribunal.

Por tanto, el Tribunal de casación puede fundamentar su condena modificando la valoración del Tribunal de Instancia sobre la concurrencia de los elementos subjetivos cuando se basa exclusivamente en consideraciones jurídicas sobre la naturaleza del dolo exigido por el tipo, es decir en un error de subsunción jurídica, o se apoya en el mero análisis de los elementos estrictamente fácticos obrantes en los hechos probados, pero no puede acudir a la revisión de los presupuestos fácticos de dichos elementos subjetivos, volviendo a valorar para ella las pruebas personales practicadas en el juicio, lo que le está manifiestamente vedado.

La consecuencia de esta doctrina desde la perspectiva procesal de la técnica casacional, es que el motivo adecuado para la impugnación de sentencias absolutorias interesando que se dicte una segunda sentencia condenatoria es únicamente el de pura infracción de ley del núm. 10 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (STS 58/2017, de 7 de febrero).

2. Como consecuencia de la jurisprudencia citada, la conversión de una Sentencia absolutoria en condenatoria, solamente es posible, por infracción de ley, y en base a ello, el Tribunal de Casación, partiendo de los hechos probados, realizara la subsunción jurídica que sea correcta, declarando si se ha infringido la ley penal, y, en consecuencia, si así fuera, y la sentencia fuere absolutoria, condenando al acusado, sin que nunca pueda producirse una reforma peyorativa. A tal efecto, partiría de los hechos probados, y en lo que concierne a los elementos subjetivos, revisando la inferencia si esta operación puede llevarse a cabo con los hechos que consten en la resultancia fáctica, sin otro análisis probatorio, de manera que no pueda extraerse esa operación de cualquier otro elemento que no conste en el factum o juicio histórico de la sentencia recurrida, y ello para controlar casacionalmente tal método inductivo en orden a conocer la intención del agente.

La sentencia de instancia en el relato de hechos probados no hace afirmación alguna sobre que la posesión de los documentos, cuyos contenidos describe, la lleven a cabo los acusados

para formarse o adoctrinarse, ni hace referencia alguna a que contenidos son de los que la organización terrorista "estado islámico" lo hacen avalar en su estrategia de captación y adoctrinamiento.

Tampoco en el factum se hace constar que la adquisición o posesión de tales documentos obedeciera a la finalidad de asumir tales contenidos como propios, y que los acusados actuaran con la finalidad de adherirse al ideario de la organización terrorista, ni que la adquisición de los documentos fueran encaminados a la activación de su voluntad de llevar a cabo actos delictivos, en concreto de los delitos de terrorismo que se tipifican en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II del Código Penal.

Además el Tribunal, como hemos indicado, afirma que no ha quedado acreditado el elemento subjetivo exigido jurisprudencialmente, ni el efectivo peligro o riesgo del bien jurídico que tutelan los delitos de terrorismo, ni concurre ningún dato o circunstancia que permitan acreditar que los acusados hayan decidido o proyectar en el futuro pasar a la acción con la finalidad de imponer sus ideas radicales fuera de los cauces pacíficos, sin que le corresponda a este Tribunal acudir a la revisión de los presupuestos fácticos de dichos elementos subjetivos, para declarar acreditado que el mismo concurre en el presente caso.

Por lo expuesto, las conductas descritas llevadas a cabo por los acusados, que se describen en los hechos probados, en cuanto a los documentos encontrados en sus ordenadores y en domicilio de los mismos, no pueden calificarse ni siquiera de "protopreparatorias", en el sentido anteriormente analizado, por lo que no cabe la revocación de la absolución de los acusados como pretende el recurrente, sin modificación del factum ; y en cuanto al acceso a las redes, no consta que se trate de un supuesto conocimiento que los acusados expresan para que sean adquirido por ellos mismos, ni por otros, su contenido no puede considerarse un acto de autoformación, lo que resulta determinante, ya que el Ministerio Fiscal en el recurso solo acusa por adoctrinamiento pasivo.

El motivo debe ser desestimado.

SEXTO

Procede declarar de oficio las costas devengadas en esta instancia, al ser el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal (art. 901 LECrim).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º.) Desestimar el recurso de casación nº 485/2018 interpuesto por el MINISTERIO FISCAL contra Sentencia de fecha 24 de enero de 2018 dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Segunda, en el Rollo de Sala 12/2016 .

2º.) Declarar de oficio las costas devengadas en esta instancia.

Comuníquese la presente resolución a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menendez de Luarda Alberto Jorge Barreiro Vicente Magro Servet

Susana Polo Garcia Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Resoluciones para la Unidad 10 (Delitos contra los Poderes del Estado y el Orden Constitucional):

- Auto que resuelve el requerimiento de detención judicial en caso de flagrancia, recaído en el expediente N° 39-2022-1-5001-JS-PE-01, de fecha 08.12.2022.

El Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria de la Corte Suprema de Justicia de la República declaró fundado el Requerimiento de Detención Preliminar Judicial en caso de Flagrancia formulado por la Fiscalía de la Nación con fecha 07 de diciembre de 2022, y disponiendo la detención judicial por flagrancia por el plazo de 7 días respecto del Sr. José Pedro Castillo Terrones por la presunta comisión del delito de rebelión y alternativamente por el delito de conspiración.



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

JUZGADO SUPREMO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA
Requerimiento de Detención Judicial en caso de
Flagrancia
Expediente N°00039-2022-1-5001-JS-PE-01

EXPEDIENTE N° : 00039-2022-1-5001-JS-PE-01
INVESTIGADO : JOSÉ PEDRO CASTILLO TERRONES
AGRAVIADO : EL ESTADO
DELITO : REBELIÓN (ALTERNATIVAMENTE CONSPIRACIÓN)
JUEZ SUPREMO (p) : JUAN CARLOS CHECKLEY SORIA
ESP. JUDICIAL : PILAR QUISPE CHURA

AUTO QUE RESUELVE EL REQUERIMIENTO DE DETENCIÓN JUDICIAL EN CASO DE FLAGRANCIA

RESOLUCIÓN NÚMERO DOS

Lima, ocho de diciembre de dos mil veintidós.

AUTOS Y VISTOS; dado cuenta con el Requerimiento de Detención Judicial en caso de Flagrancia y el escrito acompañando la Disposición N°01 de inicio de Diligencias Preliminares, de fecha siete de diciembre de dos mil veintidós;

Y CONSIDERANDO:

§ ANTECEDENTES PROCESALES.

PRIMERO.- Antecedentes del caso:

1. Con fecha 07 de diciembre de 2022, la señora Liz Patricia Benavides Vargas, en su condición de Fiscal de la Nación, presenta ante este Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria (en adelante JSIP) un Requerimiento de Detención Judicial en caso de Flagrancia, contra el ciudadano José Pedro Castillo Terrones.
2. Mediante Resolución N°1 del 07 de diciembre de 2022, este JSIP convoca a Audiencia de Detención Judicial en caso de



Flagrancia, a realizarse a horas 10:00 am, del 08 de diciembre de 2022.

3. Por escrito de fecha 07 de diciembre de 2022, el señor Marco Miguel Huamán Muñoz, Fiscal Adjunto Supremo del Área Especializada en Enriquecimiento Ilícito y Denuncias Constitucionales, presenta escrito acompañando la Disposición N°01 del 07 de diciembre de 2022, que da inicio a las investigaciones contra el señor José Pedro Castillo Terrones (en su condición de presidente de la República) y contra los que resulten responsables, por la presunta comisión del delito contra los Poderes del Estado y el Orden Constitucional, modalidad Rebelión en agravio del Estado, y alternativamente, por la presunta comisión del delito contra los Poderes del Estado y el Orden Constitucional, modalidad Conspiración en agravio del Estado.
4. Se notificó de la convocatoria a audiencia al señor José Pedro Castillo Terrones, a su abogado defensor, a la Fiscalía de la Nación y a la defensa pública.

§ EL REQUERIMIENTO FISCAL.

SEGUNDO.- Con fecha 07 de diciembre de 2022, la señora Fiscal de la Nación presenta, al amparo del artículo 266 numeral 1 del Código Procesal Penal (en adelante CPP), el Requerimiento de Detención Preliminar Judicial en caso de Flagrancia, por el plazo de **SIETE (07) DÍAS**, contra el ciudadano José Pedro Castillo Terrones, por la presunta comisión del delito contra los Poderes del Estado y el Orden Constitucional, modalidad **REBELIÓN** en agravio del Estado, y alternativamente, por la presunta comisión del delito contra los Poderes del Estado y el Orden Constitucional, modalidad **CONSPIRACIÓN** en agravio del Estado; tipos penales previstos y sancionados en los artículos 346 y 349 del Código Penal (en adelante CP).



§ ARGUMENTOS DE LAS PARTES EN AUDIENCIA.

TERCERO.- Instalada la audiencia pública el 08 de diciembre de 2022, se debatió el requerimiento fiscal presentado; interviniendo el representante de la Fiscalía de la Nación; doctor Marco Huamán Muñoz, Fiscal Adjunto Supremo del Área de Enriquecimiento Ilícito y Denuncias Constitucionales de la Fiscalía de la Nación; el abogado defensor doctor Víctor Pérez Liendo en defensa conjunta con el doctor Aníbal Vásquez Torres, así como el representante de la Procuraduría General del Estado doctor Andrey Atilio Gálvez Ricse.

ARGUMENTOS DE LA FISCALÍA

3.1.- La fiscalía solicita se declare fundado el requerimiento de detención preliminar por el plazo de 07 días, por el delito de Rebelión, alternativamente, por el delito de Conspiración, ambos en agravio del Estado; previstos en los artículos 346° y 349° del Código Penal; por los siguientes fundamentos:

- Como circunstancia precedente señala que el señor Castillo Terrones ganó las elecciones en el 2021 y fue proclamado presidente de la República, ejerciendo el cargo hasta el 07 de diciembre de 2022.
- Agrega que el 07 de octubre del presente año, la fiscalía formuló denuncia constitucional contra Castillo Terrones y otros altos funcionarios del Estado, imputándole ser presunto líder de una organización criminal insertada en diversos estamentos del Estado; añade que el modus operandi fue la captación y copamiento con personal a fin a la presunta organización criminal, con la finalidad de conseguir beneficios y financiamiento económico.
- Refiere que se presentaron inicialmente dos mociones de vacancia contra Castillo Terrones, y el 29 de noviembre del presente año una tercera, encontrándose pendiente de debate por el Congreso de la República.
- Como circunstancias concomitantes señala que el 07 de diciembre de 2022, siendo las 11:40, el entonces Presidente Castillo



Terroros emitió un mensaje a la Nación, anunciando que establecía un gobierno de excepción, orientado a restablecer el estado de derecho; para ello en dicho mensaje señaló que disolvía el Congreso de la República, convocaría a elecciones a un nuevo congreso con facultades constituyentes para emitir una nueva constitución; asimismo, dictó toque de queda y declaró en reorganización el sistema nacional de justicia; dispuso, asimismo, que todos los ciudadanos que posean armamento lo entreguen a la policía nacional.

- Indica que posteriormente, ante la decisión de disolver el Congreso por Castillo Terrones, vulnerando flagrantemente el artículo 134 de la Constitución, al promediar las 13 horas aproximadamente aprobó una moción de vacancia de Castillo Terrones; tras dicha declaratoria, el señor Castillo Terrones fue intervenido por la autoridad policial al considerarlo en flagrancia delictiva, en circunstancias que se dirigía a la Embajada de los Estados Federales Mexicanos, para buscar asilo y fugar del país; agrega que esta intervención en flagrancia se dio de conformidad con el artículo 259° inciso 3 del CPP.
- Indica que los hechos descritos como disolución del congreso, vulnerando el artículo 134° de la Constitución, pretender instaurar un gobierno de emergencia nacional, constituir un congreso con facultades constituyentes para decretar una nueva constitución, reorganizar el sistema de justicia, no tienen ningún fundamento legal y se subsumirían en el artículo 346° del CP, que tipifica el delito de rebelión que prescribe que quien se alza en armas, para variar la forma de gobierno, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 10 ni mayor de veinte años.
- Agrega que alternativamente, estos hechos se subsumirían en el delito de conspiración previsto en el artículo 349° del CP, según el cual, el que toma parte de una conspiración para cometer delito de rebelión, sedición o motín, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de la mitad del máximo de la señalada para el delito que se trataba de perpetrar.
- Recalca que ampara su requerimiento en el artículo 266° numeral 1 del CPP y el Decreto Supremo 009-2017-JUS que aprueba el protocolo para la aplicación de la flagrancia; su finalidad es



realizar actos urgentes e inaplazables, donde se debe obtener los elementos de materialidad de delito, para determinar si formaliza, o no la investigación preparatoria; infiere que se tratan de hechos graves de una flagrante vulneración al orden constitucional, en el que además estarían involucrado otros altos funcionarios, cuya identidad urge esclarecer.

- Sobre la posibilidad de fuga anota que nuestro sistema de regulación de medidas cautelares personales considera una especial intensidad de fuga; no es la misma para una prisión preventiva que para las demás medidas de coerción, por ende, nuestro legislador prevé cierta posibilidad de fuga; añade que Castillo Terrones presenta alto e inminente peligro de fuga, que podía coadyuvar a que se sustraiga de la investigación de la justicia, toda vez que fue intervenido con su núcleo familiar cuando se dirigía a la Embajada de México para asilarse, lo cual se infiere de la declaración del Canciller de México el mismo día; a ello se agrega, señala la Fiscalía, el acta de intervención policial de 07 de diciembre de 2022, emitida por el Jefe de División de Seguridad Presidencia quien menciona que cuando se encontraban a la altura de las avenidas Tacna y Nicolás de Piérola se ordenó que se dirija a la embajada de México, utilizando los vehículos del Estado; indica que es evidente la alta probabilidad, no la mínima que exige el CPP, de que fugue del país.
- Refiere que si bien el artículo 266° numeral 1 del CPP no exige de forma copulativa, la concurrencia de obstaculización de averiguación de la verdad, que adicionalmente también se encuentra presente, hasta el día de ayer ejercía el cargo de Presidente de la República, por lo que contaría con funcionarios de su entera confianza, que lo habrían acompañado en los hechos que se le imputan, siendo probable que podría comunicarse con estas personas para que oculten o eliminen elementos de convicción para la averiguación de la verdad; además de la denuncia constitucional formulada existen otras carpetas fiscales ante la Fiscalía de la Nación
- Indica que debe considerarse la gravedad de los delitos imputados como disolver el congreso de la república e



implementar un gobierno excepcional, vulnerando el artículo 134° de la Constitución Política del Perú, pretendiendo cambiar el estado de derecho establecido en la Carta Magna de 1993, aclara que la situación quedó fallida porque el Congreso de la República aprobó la vacancia.

- Los elementos de convicción con los que cuentan son: acta fiscal donde se transcribe el mensaje a la Nación que declara la disolución del Congreso, acta fiscal del 07 de diciembre de 2022 sobre nota periodística del canciller de México, acta de intervención policial que señala que la intervención se produjo cuando se iba a la embajada.
- En cuanto a la conspiración menciona que es punible en cuanto no ha pasado de actos preparatorios, y cuando pasa a la etapa de ejecución se convierte en los delitos de rebelión, bajo la forma de tentativa; señala que se calificó alternativamente porque están en investigación preliminar, recién están iniciando, pero es evidente que vulneró flagrantemente el bien jurídico protegido que es el orden constitucional, valiéndose de su posición de jefe supremo de fuerzas armadas y convocando a las fuerzas armadas; concluye que se quebrantó el orden constitucional, hay peligro inminente de fuga.

ARGUMENTOS DE LA DEFENSA

3.2.- La defensa solicita que se declare infundado el requerimiento de la fiscalía.

- Señala que hay una distorsión de los hechos respecto a la tipificación de los delitos, pues se imputa el delito de rebelión y alternativamente el de conspiración; agrega que en cuanto al delito de rebelión tiene como elemento objetivo fundamental, que el sujeto activo se levante en armas, ello está vinculado a la violencia; hace una referencia al caso del señor Fujimori en 1992, donde hubo alzamiento de armas porque hubo violencia, lo mismo ocurrió en el caso de Antauro Humala.
- Menciona que con ello hay vulneración flagrante del principio de legalidad, que señala que todo delito debe estar debidamente tipificado en la norma, y toda persona solo puede ser procesada por delito debidamente tipificado en la ley.



- En cuanto a la declaración pública de cerrar el congreso y declarar en reorganización del sistema de justicia no se puede considerar como un alzamiento en armas, porque no reúne los requisitos ya que el alzamiento de armas implica violencia, y la pregunta es, en qué momento el Congreso de la República fue afectado con esta declaración, estuvo funcionando permanentemente; es claro que no se configura el delito de rebelión, y por eso, plantea otro delito como conspiración; en cuanto a este último, también está referida a un alzamiento de armas, pero no hay un elemento por lo que no se ha configurado dicho delito.
- Menciona que la propia detención policial fue una medida arbitraria, porque se señala que fue en flagrante delito de rebelión, pero si no se configuran los delitos, no puede haber flagrancia; y en todo añade, hubiera requerido una orden judicial.
- Sobre el peligro de fuga, indica que es intrascendente hablar de peligro de fuga si no existen los delitos imputados; concluye que la fiscalía pretende vincular este caso con otros que no se encuentran vinculados; se trató pues de una detención arbitraria.
- Concluye que la fiscalía confunde los términos, porque no habla del elemento alzamiento en armas, que es fundamental para que se configuren los delitos imputados, no hay elemento objetivo en que se haya traducido la supuesta rebelión, en la administración pública los actos no son verbales, se tiene que hacer por escrito, no existe ningún documento, y la simple declaración de un funcionario público no configura delito alguno; además de debió seguir un procedimiento de levantamiento de la inmunidad.

ARGUMENTOS DE LA PROCURADURÍA PÚBLICA

3.3.- La Procuraduría Pública solicita se declare fundado el requerimiento fiscal:

- Señala que la defensa postula la atipicidad, mencionando que sólo se trata de una declaración pública; pero no es una declaración pública, sino un mensaje a la Nación, que tiene una connotación jurídica distinta; agrega que el ex presidente de la República determinó el toque de queda a nivel nacional, y que la



policía nacional y las fuerzas armadas brindarían todos los recursos necesarios, entre otros cambios.

- El mensaje lo hizo en su calidad de jefe supremo de las fuerzas armadas y de la policía nacional y con ello se tipifica el delito de propiciar el alzamiento en armas; añade que el artículo 45 de nuestra Carta Magna, establece que ninguna persona, organización, fuerza armada puede arrogarse el ejercicio del poder del Estado, de hacerlo, constituye delito de rebelión o sedición.
- También hay rebelión cuando hay cambio de forma de gobierno, y quiso entablar un gobierno de excepción, disolvió el congreso de la república, invocó a elecciones para constituir un congreso constituyente,
- Mencionó la STC 3203-2008 Fundamento 8 que señala que quien participe de la ruptura debe ser sometido a las vías constitucionales; en cuanto al artículo 266 del CPP prevé exigencias mínimas, que haya cierta posibilidad de fuga, el chofer dijo que se iba a la Embajada de México, después del mensaje a la Nación, no se quedó para instaurar todo lo que en su mensaje había señalado, sino que de inmediato se dio a la fuga; ante el requisito de proporcionalidad y necesidad de esta medida, en la STC 2915-2004, se requiere esta evaluación en atención a la calidad de la medida que se está solicitando; es proporcional porque solicita una detención por 07 días

DEFENSA MATERIAL DEL SEÑOR CASTILLO TERRONES

3.4.- Se le preguntó al investigado Castillo Terrones, conforme al artículo 71° del CPP si se le comunicaron los cargos y derechos, tuvo asistencia de abogado defensor, si fue advertido que podía abstenerse de declarar, si emplearon algún medio coactivo o coercitivo y si fue examinado por médico legista; respondiendo afirmativamente a todo ello; con lo cual se tiene que no se vulnero derecho o garantía alguna.

§ SOBRE LA DETENCIÓN JUDICIAL EN CASO DE FLAGRANCIA.



CUARTO.- La detención judicial en caso de flagrancia se encuentra regulada en el artículo 266 del CPP, norma según la cual:

«Artículo 266.- Detención judicial en caso de flagrancia

1. El Fiscal puede requerir al Juez de la Investigación Preparatoria dentro de las doce (12) horas de producida la detención efectiva por la Policía Nacional, la emisión del mandato de detención judicial hasta por un máximo de siete (7) días, cuando por las circunstancias del caso, se desprenda cierta posibilidad de fuga u obstaculización de la averiguación de la verdad. En los delitos cometidos por organizaciones criminales la detención judicial por flagrancia puede durar hasta un plazo máximo de diez (10) días.

2. El Juez, antes del vencimiento de las veinticuatro (24) horas de la detención, realiza la audiencia de carácter inaplazable con asistencia obligatoria del Fiscal, el imputado y su abogado defensor. El Fiscal dispone el traslado del imputado a la audiencia, bajo custodia de la Policía Nacional. Rigen los numerales 1, 3 y 6 del artículo 85.

3. Instalada la audiencia y escuchados a los sujetos procesales, el Juez debe pronunciarse mediante resolución motivada sobre la legalidad de la detención del imputado conforme al artículo 259, sobre el cumplimiento de los derechos contenidos en el numeral 2 del artículo 71 y finalmente sobre la necesidad de dictar la detención judicial, teniendo a la vista las actuaciones proporcionadas por el Ministerio Público.

4. Si en la audiencia, el Juez advierte que se ha vulnerado los derechos fundamentales del investigado o se le ha detenido en forma ilegal, sin perjuicio de lo resuelto, remite copias al órgano de control del Ministerio Público y a Inspectoría de la Policía Nacional del Perú.

5. Dentro del plazo de detención judicial, se pone al detenido a disposición del Juez de Investigación Preparatoria para determinar si dicta mandato de prisión preventiva o comparecencia, simple o restrictiva.

6. Si el Juez declara improcedente el requerimiento de detención judicial, el Fiscal, vencido el plazo de detención policial, dispone lo que corresponda.

7. El presente artículo no es aplicable para los delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas.»

§ ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO.

QUINTO.- El requerimiento de detención judicial en caso de flagrancia ha sido presentado ante este JSIP por la Fiscalía de la Nación dentro del plazo de 12 horas de acontecida la detención policial del señor José Pedro Castillo Terrones, el día 07 de diciembre de 2022 a horas 13:42 horas aproximadamente, según Acta de Notificación de Detención



(fojas 23); cumpliéndose con la exigencia del artículo 266 numeral 1 del CPP.

SEXO.- La audiencia correspondiente se ha realizado el día 08 de diciembre de 2022, desde las 10:00 horas, esto es, dentro del plazo de 24 horas de producida la detención policial, conforme a lo establecido en el artículo 266 numeral 2 del CPP.

SÉTIMO.- Durante la audiencia realizada se encontraba presente el señor José Pedro Castillo Terrones, quien al ser preguntado respecto al cumplimiento de las garantías contempladas en el numeral 2 del artículo 71 del CPP, respondió afirmativamente, esto es, principalmente refirió que al ser detenido se le puso en conocimiento de los cargos formulados en su contra, por los cuales se le detuvo; señalando la presencia del abogado defensor (doctor Aníbal Torres Vásquez) desde el inicio de la detención; que se le informó de su derecho a abstenerse de declarar; que no se emplearon medios coactivos o coercitivos; y, que fue examinado por un médico legisla. Lo anterior se corrobora con el Acta de Notificación de Detención del 07 de diciembre de 2022, suscrita por el señor José Pedro Castillo Terrones (fojas 23).

OCTAVO.- El requerimiento de detención judicial por flagrancia ha sido solicitado por el plazo de siete (07) días, alegando la existencia de una detención policial sustentada en flagrancia delictiva, por el presunto delito de Rebelión (artículo 346 del CP), y alternativamente por el delito de Conspiración (artículo 349 del CP), en ambos casos, en agravio del Estado; invocándose además, concretamente, la necesidad de acumular elementos de convicción y frente a la existencia de cierta posibilidad de fuga u obstaculización de la averiguación de la justicia, esto es, su alegación está orientada a demostrar que nos encontramos



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

JUZGADO SUPREMO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA
Requerimiento de Detención Judicial en caso de
Flagrancia
Expediente N°00039-2022-1-5001-JS-PE-01

en el supuesto hipotético del numeral 1 del artículo 266 del CPP, correspondiendo evaluar si se cumplen, o no, los presupuestos procesales requeridos.

NOVENO.- Los hechos materia de imputación, según la Fiscalía de la Nación, son los siguientes:

1. El ex presidente de la República **JOSÉ PEDRO CASTILLO TERRONES** ganó las elecciones presidenciales del año 2021 (en segunda vuelta). Por tal razón, el 19 de julio de 2021, el Jurado Nacional de Elecciones suscribió el acta de proclamación del aludido candidato, y el 28 de julio de 2021 asumió la Presidencia del Perú, cargo que ejerció hasta el 07 de diciembre 2022 conforme consta en la Disposición Fiscal N°01 del 07 de diciembre 2022 (fojas 28-34).
2. El 29 de noviembre de 2022, se presentó ante el Congreso de la República la tercera moción de vacancia contra el mandatario **JOSÉ PEDRO CASTILLO TERRONES**, cuyo debate en el Pleno del Congreso de la República fue programado para el 07 de diciembre de 2022, a las 15:00 horas, conforme consta en la Disposición Fiscal N°01 del 07 de diciembre 2022 (fojas 28-34).
3. Posteriormente, el 06 de diciembre de 2022, se propalaron a través de los diferentes medios de comunicación, diversos hechos criminosos relacionados a actos de corrupción en los que presuntamente habría tenido participación el Presidente de la República, **JOSÉ PEDRO CASTILLO TERRONES**, como presunto líder de una organización criminal que se había enquistado en las esferas del Poder Estatal.
4. Según lo descrito por la Fiscalía, el mismo 07 de diciembre de 2022, aproximadamente a las 11:40 horas, el mandatario **JOSÉ PEDRO CASTILLO TERRONES** mediante Mensaje de la Nación, difundido en los medios de comunicaciones a nivel nacional, señaló lo siguiente:



«La nefasta labor obstruccionista de la mayoría de congresistas identificados con intereses racistas y sociales en general han logrado crear el caos, con el fin de asumir el gobierno al margen de la voluntad popular y del orden constitucional, llevamos más de 16 meses de continua y obcecada campaña de ataques sin cuartel a la institución presidencial, situación nunca antes vista en la historia peruana, la única agenda del congreso desde el 29 de julio de 2021, en que juramenté el cargo de presidente de la República, ha sido y es la vacancia presidencial, la suspensión, la acusación constitucional o la renuncia a cualquier precio; para esa mayoría congresal que representa los intereses de los grandes monopolios y los oligopolios, no es posible que un campesino gobierne al país y lo haga con preferencia a la satisfacción de acuciante necesidades de la población más vulnerable no atendida en 200 años de vida republicana, pese a reiteradas invocaciones del ejecutivo al legislativo para evitar el desencuentro entre ambos poderes mediante el diálogo y establecer una agenda común que permita el desarrollo del país, esta mayoría congresal no se ha detenido en su objetivo de destruir la institución presidencial, esta mayoría totalmente desacreditada, con un nivel de aprobación ciudadana entre el 6 % y 8 % a nivel nacional, ha impedido acortar las enormes brechas sociales promoviendo acciones como las siguientes: El ejecutivo ha enviado al Congreso más de 70 proyectos de ley de interés nacional con el objetivo de beneficiar a los sectores más vulnerables de la población, como la masificación del gas, la creación del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación, el ingreso libre a las universidades, la segunda reforma agraria, la reforma tributaria, la reforma de sistema de justicia, la eliminación de la actividad económica subsidiaria del Estado, la prohibición de monopolios, los que promueven la reactivación económica, entre otros que no han sido atendidos. El Congreso pretendió procesar al presidente por traición a la patria con argumentos insostenibles y absurdos de una pléyade de supuestos juristas constitucionalistas, el Congreso sin pruebas imputa al Presidente comisión de delitos, muchas veces con las solas afirmaciones hechas en la prensa mercenaria, corrupta y sónica, que injuria, difama y calumnia con absoluto libertinaje; sin embargo, el



Congreso no investiga y sanciona actos delictivos de sus propios integrantes.

El Congreso ha destruido el Estado de Derecho, la democracia, la separación y equilibrio de poderes, modificando la constitución con leyes ordinarias, con el fin de destruir al Ejecutivo e instalar una dictadura congresal, ha llegado al extremo de limitar el poder soberano del pueblo, eliminando el ejercicio de la democracia directa a través del referéndum.

La vacancia presidencial por incapacidad moral permanente, es el mecanismo de control político del Congreso hacía el Ejecutivo, y correlativamente la cuestión de confianza es el mecanismo de control del Ejecutivo hacía el Legislativo, estas dos facultades no se pueden limitar aisladamente; sin embargo, el congreso prácticamente ha suprimido la cuestión de confianza, dejando incólume a la vacancia presidencial por incapacidad moral; es decir, el Congreso ha rató el equilibrio de poderes y el estado de derecho para instaurar la dictadura congresal con el aval, como ellos mismos manifiestan, de su Tribunal Constitucional, el Congreso no ha autorizado la salida del presidente a eventos internacionales, con argumentos absurdos como el de sostener que el presidente se va fugar; no obstante a la pandemia de la Covid 19, y los elementos foráneos, como la guerra entre Rusia y Ucrania que han determinado que el mundo una economía de guerra, el Perú crece económicamente al 3 %, el nivel de endeudamiento, la inflación y el riesgo país, son los más bajos de la región; sin embargo, el Congreso, el sistema de justicia, entre otras instituciones estatales no alienadas con los grandes intereses nacionales, perturban permanentemente la realización de las acciones tendientes a un mayor crecimiento económico y el consiguiente desarrollo social, los adversarios políticos más extremos en un acto inédito se unen con el único propósito de hacer fracasar al gobierno para tomar el poder sin haber ganado previamente una elección, esta situación intolerable no puede continuar.

Por lo que, en atención al reclamo ciudadano a lo largo y ancho del país, tomamos la decisión de establecer un Gobierno de Excepción orientado a restablecer el estado de derecho y la democracia, a cuyo efecto se dictan las siguientes medidas:



Disolver temporalmente el Congreso de la República e instaurar el gobierno de emergencia excepcional, convocar en el más breve plazo a elecciones para un nuevo Congreso con facultades constituyentes para elaborar una nueva Constitución, en un plazo no mayor de nueve meses a partir de la fecha y hasta que se instaure el nuevo Congreso de la República, se gobernará mediante decretos ley, se decreta el toque de queda a nivel nacional a partir del día de hoy, miércoles 7 de diciembre del 2022 desde las 22:00 horas hasta las 04:00 horas del día siguiente; se declara en reorganización el sistema nacional de justicia, Poder Judicial y Ministerio Público, Junta Nacional de Judicial y Tribunal Constitución, todo los que poseen armamento ilegal deberán entregarlo a la Policía Nacional en el plazo de 72 horas, quien no lo haga comete delito sancionado con pena privativa de la libertad que se establecerá en el respectivo Decreto Ley, la Policía Nacional con el auxilio de las Fuerzas Armadas dedicarán todos sus esfuerzos al combate real y efectivo a la delincuencia, la corrupción, y el narcotráfico a cuyo efecto se les dotará de los recursos necesarios.

Llamamos a todas las instituciones de la sociedad civil, asociaciones, rondas campesinas, frente de defensa y todos los sectores sociales a respaldar estas decisiones que nos permitan enrumbar nuestro país hasta su desarrollo sin discriminación alguna, estamos comunicando a la "OEA" la decisión tomada en atención al artículo 27° de la Convención América de los Derechos Humanos.

En este interregno, tal como lo hemos venido pregonando, y haciendo desde el inicio, se respetará escrupulosamente el modelo económico, basado en una economía social de mercado, que se sustenta en el principio que señala, tanto mercado como sea posible, y tanto Estado como sea necesario; es decir, se respeta y garantiza la propiedad privada, la iniciativa privada, la libertad de empresa con una participación activa del Estado en protección de los derechos de los trabajadores, la prohibición de los monopolios, oligopolios y toda posición dominante, conservando el medio ambiente y protección de las poblaciones vulnerables. ¡Viva el Perú!"»



5. Precisa la Fiscalía que ante esta situación, por la decisión asumida por el entonces Presidente de la República, **JOSÉ PEDRO CASTILLO TERRONES**, el Congreso de la República, al promediar las 13:21 horas, luego de la votación respectiva, aprobó por mayoría la moción de vacancia del ahora expresidente **JOSÉ PEDRO CASTILLO TERRONES**.
6. De acuerdo al requerimiento fiscal, el citado investigado fue detenido por la Policía Nacional del Perú en flagrancia delictiva, de conformidad con lo establecido en artículo 259 numeral 3 del CPP.
7. Ante estos hechos la Fiscalía ha presentado, adicionalmente, copia de la Disposición Fiscal N°01 del 07 de diciembre de 2022, mediante la cual señala que se practicarán las siguientes diligencias: recabar declaraciones del investigado; del excomandante General del Ejército del Perú, Walter Horacio Córdova Alemán; del exministro de Defensa Emilio Gustavo Bobbio Rosas; de la ex Premier Betsy Betzabet Chávez Chino; del exministro de Relaciones Exteriores César Rodrigo Landa Arroyo; del exministro de Economía y Finanzas Kurt Johnny Burneo Farfán; del ex ministro del Interior Willy Arturo Huertas Olivas; del exministro de Educación Rosendo Leoncio Serna Román; de la exministra de Salud Kelly Roxana Portalatino Ávalos; del exministro de Trabajo y Promoción del Empleo Alejandro Antonio Salas Zegarra; del exministro de la Producción Eduardo Mora Asnaran; del exministro de Comercio Exterior y Turismo Roberto Helbert Sánchez Palomino; del exministro de Energía y Minas Oliverio Muñoz Cabrera; del exministro de Transportes y Comunicaciones Richard Washington Tineo Quispe; del exministro de Vivienda, Construcción y Saneamiento César Paniagua Chacón; de la exministra de la Mujer y Poblaciones Vulnerables Heidy Lisbeth Juárez Calle; del exministro del Ambiente Wilbert Gabriel Rozas Beltrán; y del exministro de Desarrollo e Inclusión Social Silvana Emperatriz Robles Araujo; así también como recabar registros de las cámaras de seguridad del Palacio de Gobierno;



solicitar informe a la Presidencia del Consejo de Ministros respecto de la existencia o no de sesión de Consejo de Ministros previo a la emisión del mensaje a la Nación antes señalado; y, se realicen diligencias de exhibición e incautación de documentos privados y públicos de los diferentes ministerios, entre otras diligencias de investigación.

DÉCIMO.- En cuanto a los delitos que se atribuyen concretamente al señor José Pedro Castillo Terrones tenemos:

10.1 El delito de rebelión se encuentra tipificado en el artículo 346 del CP, según el cual:

«Artículo 346.- Rebelión

El que se alza en armas para variar la forma de gobierno, deponer al gobierno legalmente constituido o suprimir o modificar el régimen constitucional, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de veinte años.»

10.2 El delito de Conspiración -que se atribuye en forma alternativa al delito de Rebelión- se encuentra tipificado en el artículo 349 del CP, según el cual:

«Artículo 349.- Conspiración

El que seduce a tropas, usurpa el mando de las mismas, el mando de un buque o aeronave de guerra o de una plaza fuerte o puesto de guardia, o retiene ilegalmente un mando político o militar con el fin de cometer rebelión, sedición o motín, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor a los dos tercios del máximo de la señalada para el delito que se trataba de perpetrar.»

UNDÉCIMO.- Como elementos de convicción respecto a los mencionados delitos, se han ofrecido los siguientes:

1. Acta Fiscal de transcripción del 07 de diciembre de 2022, en la que se transcribe el Mensaje de la Nación otorgado por el ex Presidente de la República, José Pedro Castillo, resolviendo la



DISOLUCIÓN del Congreso de la República e instaurando un Gobierno de Excepción, la misma que sustenta los hechos descritos en el numeral cuatro (fojas 8-10).

2. Acta Fiscal del 07 de diciembre 2022, con la que se da cuenta de la diligencia de recolección de información de fuente abierta, ubicándose el Comunicado Conjunto de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú N.º 001-2022-CCFFAA-PNP, del 07 de diciembre de 2022, cuyo tenor es como sigue: *"El Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú, ponen en conocimiento de la opinión pública lo siguiente: Las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú son respetuosas del orden constitucional establecido; el artículo 134º de la Constitución Política, establece que el Presidente de la República está facultado para disolver el Congreso, si éste ha censurado o negado su confianza a dos Consejos de Ministros. Cualquier acto contrario al orden constitucional establecido, constituye una infracción a la Constitución y genera el no acatamiento por parte de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú. [...]"* (fojas 11-12).
3. Acta Fiscal del 07 de diciembre 2022, la que recoge la noticia periodística titulada *"Si Pedro Castillo pide asilo a México, se lo damos, dice el canciller mexicano Marcelo Ebrard"* y otras (fojas 13-20).
4. Acta de intervención policial, del 07 de diciembre de 2022, en el que se describen las circunstancias de la intervención del ciudadano José Pedro Castillo Terrones, suscrita por el Jefe de División de Seguridad Presidencial, Walter Bryan Erick Ramos



Gómez, (fojas 21-22).

5. Acta de notificación de detención, de fecha 07 de diciembre de 2022, del ciudadano José Pedro Castillo Terrones mediante la cual se le señalan los derechos que tiene como detenido (fojas 23).

DUODÉCIMO.- Evaluando el imputado delito de Rebelión previsto en el artículo 346 del Código Penal tenemos que, el mismo lo comete, el que se alza en armas, para variar la forma de gobierno, deponer al gobierno legalmente constituido o suprimir o modificar el régimen constitucional. Al respecto, este JSIP aprecia lo siguiente:

12.1 Conforme al Mensaje a la Nación del 07 de diciembre de 2022, transmitido a nivel nacional, por diversos medios de comunicación, aproximadamente, desde las 11:40 horas; que es de conocimiento público y que además consta transcrito en el Acta Fiscal de Transcripción del 07 de diciembre de 2022 (fojas 8-10), es manifiestamente claro que el señor José Pedro Castillo Terrones, en su condición de Presidente de la República, dirigió un Mensaje a la Nación procurando variar la forma de gobierno y suprimiendo o modificando el régimen constitucional, disolviendo el Congreso de la República, instaurando lo que denominó "gobierno de emergencia excepcional", señalando que convocará a elecciones para un nuevo Congreso con facultades constituyentes para elaborar una nueva Constitución, señalando que gobernará mediante decretos ley y decretando el toque de queda desde ese día 07 de diciembre de 2022, desde las 22:00 horas hasta las 04:00 horas del día siguiente; asimismo, declaró en reorganización al sistema nacional de justicia, Poder Judicial, Ministerio Público, Junta Nacional de Justicia y Tribunal Constitucional.



12.2 La disolución del Congreso dispuesta por el señor José Pedro Castillo Terrones, en la calidad de Presidente de la República que ostentaba, se ha realizado con manifiesta violación del artículo 134 de la Constitución Política del Perú, puesto que no se había censurado o negado la confianza a dos Consejos de Ministros; al respecto, el citado artículo 134 de nuestra Carta Política vigente, en sus partes pertinentes señala:

«Artículo 134.- El Presidente de la República está facultado para disolver el Congreso si éste ha censurado o negado su confianza a dos Consejos de Ministros.

[...]

No hay otras formas de revocatoria del mandato parlamentario.

[...]]»

12.3 Conforme al artículo 118 numeral 1 de la Constitución Política del Perú, corresponde al Presidente de la República:

«1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales.»

12.4 No obstante, ser la primera obligación de todo Presidente de la República, cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales, atenta directamente contra la Constitución, cuando de manera arbitraria y sin sustento constitucional alguno, al margen de la previsión constitucional del artículo 206 de la Constitución, señala que convocará a elecciones para un Congreso constituyente que elabore una nueva Carta Política.

12.5 El Mensaje a la Nación del 07 de diciembre de 2022, ha puesto en evidencia su proceder orientado a desconocer el principio constitucional de separación de poderes, atentando de manera pública contra la autonomía de los otros poderes del Estado, caso del Congreso de la República y del Poder Judicial, así como contra



organismos constitucionales autónomos: Junta Nacional de Justicia, el Ministerio Público y Tribunal Constitucional; persiguiendo acumular, en un único poder del Estado -el Ejecutivo- y bajo su mando, todas las atribuciones y facultades constitucionales, disponiendo que gobernará mediante decretos ley.

12.6 El artículo 45 de la Constitución Política del Perú resulta claro al señalar:

«Artículo 45.- El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen.

Ninguna persona, organización, Fuerza Armada, Policía Nacional o sector de la población puede arrogarse el ejercicio de ese poder. Hacerlo constituye rebelión o sedición»

12.7 En tal sentido, haciendo énfasis en el segundo párrafo del citado artículo 45 de la Constitución Política vigente, ninguna persona -ni siquiera el Presidente de la República en funciones-, ni organización, Fuerza Armada, Policía Nacional o sector de la población puede arrogarse el ejercicio del poder del Estado, y **hacerlo constituye rebelión** o sedición.

12.8 La defensa del señor José Pedro Castillo Terrones no ha cuestionado que el proceder del citado investigado haya estado orientada a variar la forma de gobierno, deponer al gobierno realmente constituido o a suprimir o modificar el régimen constitucional, limitándose a señalar que el aspecto objetivo del tipo penal del delito de Rebelión contemplado en el artículo 346 del Código Penal exige que el imputado se haya alzado en armas, pero que en el caso de autos, dicho alzamiento en armas no se había producido y que incluso, los demás poderes del Estado y organismos constitucionales autónomos continuaron funcionando. Esta alegación de la defensa no es de recibo



por parte de este Despacho, conforme a las razones que a continuación se exponen.

12.9 El señor José Pedro Castillo Terrones, al momento de emitir su Mensaje a la Nación el día 07 de diciembre de 2022, no era cualquier ciudadano, sino el Presidente de la República, quien por mandato constitucional previsto en el artículo 118 numerales 1 y 14 de la Constitución Política del Perú, no sólo tiene la obligación de cumplir y hacer cumplir la Constitución y la ley, sino que además, le correspondía organizar, distribuir y disponer el empleo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

12.10 El artículo 168 de la Constitución Política del Perú establece que:

«Artículo 167.- El Presidente de la República es el Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.»

12.11 El Mensaje a la Nación del 07 de diciembre de 2022, fue dado en la condición de Presidente de la República, y como tal, como Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, quienes lógicamente tenían la obligación de hacer cumplir el toque de queda que estaba disponiendo; e incluso, fue expreso su llamamiento a hacer efectiva su decisión, incluso a estamentos civiles, rondas campesinas, frentes de defensa, entre otros.

12.12 En ese sentido, resulta razonable que bajo las circunstancias en que se efectúa el presente requerimiento, esto es, el mismo día del inicio de las diligencias preliminares, las circunstancias advertidas son suficientes como para dar por justificada la existencia del elemento objetivo referido al alzamiento en armas, siendo que es, en todo caso, durante las investigaciones que se realicen, si realmente se materializó tal aspecto objetivo del tipo.



12.13 El hecho que las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional del Perú hayan desatendido un pedido inconstitucional de quien desempeñaba el cargo de Presidente de la República y Jefe Supremo suyo, en modo alguno enerva el hecho delictivo, el cual, ante dicha desatención podría haber quedado en grado de tentativa.

DÉCIMO TERCERO.- Con relación al imputado delito de Conspiración previsto en el artículo 349 del Código Penal tenemos que, lo comete el que toma parte en una conspiración de dos o más personas para cometer delitos de rebelión, sedición o motín. Al respecto, este JSIP considera que en el supuesto de considerarse que no hubo un alzamiento en armas, conforme al análisis realizado en el considerando precedente, se ha puesto de manifiesto que existió una voluntad común con la de otras personas -pendientes de identificar- de cometer el referido delito de rebelión.

DÉCIMO CUARTO.- En cuanto a la detención policial, se observa que la misma se produjo dentro del supuesto previsto en el numeral 3 del artículo 259 del CPP, esto es, -numeral 3- cuando el agente ha huido y ha sido identificado durante o inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado u otra persona que haya presenciado el hecho, o por medio audiovisual, o dispositivo o equipo con cuya tecnología se haya registrado su imagen, y es encontrado dentro de las 24 horas de producido el hecho punible.

DECIMO QUINTO.- SOBRE EL PELIGRO PROCESAL

Sobre el peligro procesal, el juzgador deberá ponderar, conforme a las características del caso en particular, la disponibilidad del imputado a someterse a la justicia. Así, por ejemplo, si el investigado se ausenta a las



primeras diligencias, ya se avizora una disposición renuente a acatar las disposiciones judiciales y fiscales. La obstaculización de la actividad probatoria se entiende como la posibilidad real y objetiva de que el imputado interfiera, dificulte, entorpezca, ponga trabas, imposibilite o trate de imposibilitar el desarrollo de las diligencias o actos de investigación, no se refiere a cualquier tipo de supuesto, sino a una probabilidad sustentable en hechos, o antecedentes concretos, de conductas verificables que hubiera realizado el imputado en otros procesos o en la misma investigación en curso.

Al respecto, este órgano jurisdiccional considera que se encuentra acreditado el riesgo concreto de fuga, por las siguientes razones:

- Arraigo domiciliario, conforme su ficha RENIEC domicilia en el caserío Puña, en el distrito de Tacabamba, provincia de Chota y departamento de Cajamarca; al respecto, debe considerarse que es de público conocimiento que a raíz de su elección como ex Presidente de la República, le corresponde domiciliar en la Casa Presidencial (situado en Palacio de Gobierno, en Lima) a fin de desarrollar sus funciones como tal; por ello, el hecho de no encontrarse domiciliado en el lugar que fija en su DNI, no puede considerarse como una falta de arraigo domiciliario. En efecto, no puede tomarse *per se* para configurar un peligro de fuga, sino que deba actuarse en consonancia con los demás datos que se tengan.

Respecto, al arraigo familiar, según su ficha RENIEC, se encuentra en la condición de casado y es de público conocimiento la advertencia de menores de edad en aquel matrimonio que posee; encontrándose con arraigo sobre este detalle.

Respecto al arraigo laboral, el imputado Pedro Castillo se desempeñó como Presidente de la República, sin embargo es de público conocimiento que fue vacado del cargo por el Congreso de la República por incapacidad moral; por lo tanto, no posee dicho arraigo.

- La pena privativa de libertad que se le podría imponer, de ser condenado, sería superior a los cuatro años de pena privativa de



libertad, lo que evidencia la gravedad de la pena que necesariamente conllevaría la reclusión en un establecimiento penitenciario; lo que permite presumir que podría rehuir de la acción de la justicia. Es decir, de acuerdo a la naturaleza de los hechos, se trata de ilícito sancionado en la ley penal con pena privativa de libertad de larga duración, atendiendo a su naturaleza -delito contra los poderes del Estado y el orden constitucional- que involucra a un alto funcionario del Estado, en este caso al ex Presidente de la República, quien personifica la nación y es Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas.

- El daño causado por la conducta que habría desplegado el imputado, genera una afectación de gran magnitud contra el orden constitucional y Poderes del Estado -disolución del Congreso de la República, cierre y reorganización del Poder Judicial, instituciones autónomas como Ministerio Público, Junta Nacional de Justicia, entre otros-; así como, quien presuntamente habría cometido el delito siendo el ex Presidente de la República, en ejercicio de sus funciones, afecta la imagen del Poder Ejecutivo, que deriva en una conmoción social de gran envergadura y el incumplimiento de sus deberes como tal, toda vez que los hechos imputados son de especial relevancia social, lo mismo que conllevó a un proceso de vacancia y posterior asunción de la vicepresidenta como mandataria de la Nación.
- Si se entiende un factor de peligro de fuga es la ausencia de resarcimiento voluntario del daño, tenemos que concluir que este solo factor no puede ser *per se* suficiente para determinar peligro de fuga, pues no se puede obligar al procesado a comportarse como culpable para evitar la imposición de una medida cautelar. Esto es, la falta de reparación del daño no significa que haya riesgo de fuga, pero la presencia de dicha reparación sí permitiría atenuar el riesgo de fuga que pudiera existir; en ese sentido, si bien no se observa voluntad reparatoria alguna por parte del investigado, conforme al análisis realizado, no se puede inferir que esta pueda comprometerlo procesalmente como riesgo de fuga.



- El estatus económico del mencionado imputado, no cabe duda que a través de la labor que desempeñó, le pudo haber generado ahorros económicos que le permitan solventar un desplazamiento fuera del territorio nacional u ocultarse de la actuación de la Justicia.
- A la luz de los elementos de convicción expuestos y los argumentos en la audiencia programada, el Ministerio Público señala que el imputado Pedro Castillo, en razón del Acta de Intervención Policial, de fojas 21, se ordenó al S1 PNP Josseph Michael GRANDEZ LOPEZ -conductor del vehículo de placa EGY-552- se dirija a la Embajada de México, ubicada en la avenida Jorge Basadre N.º 710, distrito de San Isidro, Lima-Perú. De ahí, que coincida con la detención de dicho imputado a la altura de la Clínica Internacional (a una cuadra de la intersección de las avenidas Garcilaso de la Vega y España, Lima-Perú), evidenciándose el plan de fuga que inició una vez emitido su discurso en señal pública. Lo que se refuerza mediante la noticia recogida en el diario "El Comercio" donde señala que el canciller mexicano Marcelo Ebrard manifestó "Si Pedro Castillo pide asilo a México, se lo damos", replicando lo mismo, el portal del medio internacional de noticias INFOBAE, donde señala el bloqueo de calles que circunscriben la dirección de la embajada mexicana, véase fojas 13 al 20.
- En consecuencia, a pesar que no fue cuestionado dicho requisito procesal; de todo lo expuesto, se concluye que existe riesgo razonable y concreto que pueda sustraerse de la persecución penal; por lo que cumple el requisito exigido por la norma.

DECIMO SEXTO.- La norma procesal indica que para la imposición de la figura coercitiva debe fundamentarse tanto en un peligro de fuga u obstaculización de la de la averiguación de la verdad; sin embargo, en tenor de lo expuesto por parte del Ministerio Público también se manifiesta el peligro de obstaculización de la actividad probatoria. Por cuanto, en atención a su ex condición de Presidente de la República, le habría permitido generar vínculos con personas que laboraron y/o



laboran para el Poder Ejecutivo, así como lo postula el representante del Ministerio Público, cabe la posibilidad que pueda haber generado vínculos de entera confianza con representantes del Congreso de la República; situación que permite inferir la existencia de riesgo por la presunta influencia que podría ejercer sobre testigos que vayan a declarar o hayan declarado. La posibilidad de solicitar la depuración de elementos de convicción, entre otros. Asimismo, sobre su persona recae una imputación como miembro-líder de una presunta organización criminal, enquistada en el Gobierno Central.

También, debe advertirse que en su mensaje a la Nación realizado en señal abierta (hecho concomitante) se desprende peligro de obstaculización; dado que al encontrarse incurso en investigaciones preliminares y teniendo en cuenta el contexto en el cual se desarrolló su conducta criminal, esto es previo a una actuación congresal donde se debatiría la moción de vacancia sobre su persona, con la finalidad de evitar que se lleve a cabo las funciones de este poder del Estado, lo disolvió inconstitucionalmente. Aunado a ello, teniendo en cuenta las investigaciones que lleva consigo, esto es a nivel preliminar, ordenó la reorganización del Sistema de Administración de Justicia, comprendiendo el cierre del Ministerio Público y Poder Judicial. Evidenciándose el ánimo de obstruir el correcto desenvolvimiento de los entes públicos, en concreto, las investigaciones en su contra.

DECIMO SEPTIMO.- En consecuencia, existe un riesgo razonable que el imputado pudiera influir sobre testigos, utilizar a terceros para inducirlos en su comportamiento y participación en las diligencias, así como suprimir u ocultar elementos de convicción; por ende, se presenta el supuesto de peligro de obstaculización de la averiguación de la verdad.



DECIMO OCTAVO.- En cuanto a la proporcionalidad de la medida, corresponde al órgano jurisdiccional determinar la necesidad de su imposición; es decir, determinar en qué medida el peligro procesal pueda o no ser conjurado sin imponer esta medida coercitiva; en ese sentido, la detención judicial en caso de flagrancia a imponer resulta ser tanto suficiente como proporcional al peligro procesal sustentado por el Ministerio Público. Es necesaria en tanto se requiere su presencia para realizar diversos actos de investigación urgentes e inaplazables, tales como toma de declaración, reconocimiento de documentos, incautación y/o entrega voluntaria de equipo de telefonía y cómputo; y otros en razón de la declaración que brinde como resultado de la presente medida.

DECIMO NOVENO.- La medida de coerción procesal a imponer resulta *idónea*, pues permitirá asegurar que se cumpla con los fines de la investigación¹, evitando las dilaciones que pudieran existir por la ausencia investigado; no existiendo otro medio menos dañoso que pueda cumplir este objetivo, tanto más si con esta medida se afecta el derecho a la libertad del imputado, con menos gravedad en comparación con la medida coercitiva de prisión preventiva. Debe considerarse que nos encontraríamos frente a un evento delictivo grave que afectó al Poder Judicial y Legislativo, así como a instituciones públicas autónomas, en atención al orden constitucional; realizado por el ex Presidente de la República; por lo cual resulta de aplicación el literal "f", del numeral 24, del artículo 2, de la Constitución Política del Perú². Cabe precisar que, en atención a los lineamientos de la Casación

¹ Como se puede apreciar la posibilidad de detención ha sido reservada a los órganos jurisdiccionales con motivo de un proceso judicial o a la Policía Nacional del Perú, en cumplimiento de los roles previstos en el artículo 166 de la propia Constitución, a saber, el de prevenir, investigar y combatir la delincuencia.

² "Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. La detención no durará más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las investigaciones y, en todo caso, el detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro del plazo máximo de cuarenta y ocho horas o en el término de la distancia. Estos plazos no se aplican a



N.º 1-2007-Huaura, no es, en principio, una medida necesaria o imprescindible para que se dicte, ulteriormente, mandato de prisión preventiva; no obstante, los delitos imputados importan un reproche trascendente, que aunado a la pena prevista, permiten augurar una sanción grave conforme a los parámetros de la ley penal; por lo que, esta medida restrictiva resulta proporcional y con arreglo al Texto Constitucional para evitar razonablemente el peligro de fuga o de obstaculización de la averiguación de la verdad.

Respecto del plazo de la medida por siete días, éste resulta necesario, idóneo y proporcional, toda vez que permitirá a la Fiscalía realizar los actos de investigación o diligencias urgentes e inaplazables, tanto de cargo como de descargo, para determinar si prosigue con la investigación, conforme al artículo 266º del CPP.

En consecuencia, por los fundamentos expuestos, la detención policial del señor José Pedro Castillo Terrones es legal, habiéndose producido en flagrancia, por la presunta comisión del delito de Rebelión, y alternativamente, por la presunta comisión del delito de Conspiración, en ambos casos, en agravio del Estado; se cumplen los presupuestos procesales para el dictado de la detención preliminar por flagrancia, por el plazo de siete días, conforme a lo estipulado en el artículo 266 numeral 1 del CPP.

DECISIÓN

Por los fundamentos expuestos, el Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, **RESUELVE:**

I. Declarar **FUNDADO** el Requerimiento de Detención Preliminar

los casos de terrorismo, espionaje, tráfico ilícito de drogas y a los delitos cometidos por organizaciones criminales. En tales casos, las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales. Deben dar cuenta al Ministerio Público y al juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido dicho término". Literal f) modificado por el Artículo Único de la Ley N° 30558, publicada el 09 de mayo de 2017.



Judicial en caso de Flagrancia formulado por la Fiscalía de la Nación con fecha 07 de diciembre de 2022.

- II. Declarar la **LEGALIDAD DE LA DETENCIÓN** producida el día 07 de diciembre de 2022, a horas 13:42, respecto del señor **JOSÉ PEDRO CASTILLO TERRONES**, identificado con DNI N°27427864, natural de Puña – Tacabamba, provincia de Chota, departamento de Cajamarca, nacido el 19 de octubre de 1969, de 53 años de edad, hijo de Ireneo Castillo Núñez y Mávila Terrones Terrones, estado civil casado, grado de instrucción superior completa, profesión docente, ubicándose su último domicilio en la sede del Palacio de Gobierno.
- III. **DISPONER** la **DETENCIÓN JUDICIAL POR FLAGRANCIA**, por el plazo de **SIETE (07) DÍAS**, respecto del señor **JOSÉ PEDRO CASTILLO TERRONES**, cuyas generales de ley han sido indicadas precedentemente, por la presunta comisión del delito contra los Poderes del Estado y el Orden Constitucional, en la modalidad de **REBELIÓN**, en agravio del Estado, y alternativamente, por la presunta comisión del delito contra los Poderes del Estado y el Orden Constitucional, en la modalidad de **CONSPIRACIÓN**, en agravio del Estado; tipos penales previstos y sancionados en los artículos 346 y 349 del Código Penal; **PLAZO de DETENCIÓN JUDICIAL** que estará vigente **DEL 07 AL 13 DE DICIEMBRE DE 2022.**
- IV. **NOTIFÍQUESE** conforme a ley.
JCCHS/caff.

- Recurso de Apelación N° 248-2022-Suprema/Sala Penal Permanente, de fecha 13.12.2022 (Ponente: San Martín Castro).

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema declara infundado el Recurso de Apelación interpuesto por la defensa del investigado José Pedro Castillo Terrones contra el auto de primera instancia que declaró la legalidad de su detención por el presunto delito de rebelión y alternativamente por conspiración en agravio del Estado.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA DEL PERU

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO APELACIÓN N.º 248-2022/SUPREMA
PONENTE: CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

Título: Delito de rebelión. Detención preliminar

Sumilla 1. La acción típica –el hecho en su materialidad– consiste en el alzamiento en armas con uno de los fines antes indicados. Por tanto, se requiere de un alzamiento, esto es, de un levantamiento o sublevación dirigido contra el orden jurídico constitucional, contra los contenidos constitucionales que lo fundamentan –es decir, levantarse faltando a la obediencia debida a la Constitución y los poderes constituidos–. Un pronunciamiento que materializa un golpe o autogolpe de estado puede no acarrear violencia física contra las personas si no encuentra resistencia o si fracasa, pero en cualquier caso lleva implícita una violencia psíquica (*vis relativa*) en la medida que se da a entender el propósito de ejercer la violencia contra quienes no acaten el nuevo orden ilegítimo; se exige actos concluyentes que intimiden a los poderes legamente constituidos con la amenaza de usar la fuerza para conseguir los fines previstos por el tipo delictivo. **2.** El alzamiento en armas se tipifica como rebelión cuando persigue las finalidades prescriptas en el citado artículo 346 del Código Penal –esto es lo que caracteriza realmente la rebelión, no las características del alzamiento en armas–. Entre ellas se encuentra la modificación ilegítima del régimen constitucional y la deposición (despojar del cargo a las personas que ejercen la representación del poder, impidiéndoles o que dejen de ejercer las facultades que constitucional o legalmente les han sido asignadas) o derrocamiento del gobierno legalmente constituido –el cual ha de entenderse en un sentido amplio, en los que se involucra a los órganos constitucionales que encarnan el poder público, lo que incluye al Congreso, al Poder Judicial y a los demás órganos constitucionalmente autónomos–, a partir del cual se concentra ilegítimamente el poder con serio riesgo de los derechos fundamentales de la persona y del principio de separación de poderes. **3.** En cuanto a las formas imperfectas de ejecución y formas de participación intentada, el delito de rebelión es uno de consumación anticipada –no hace falta que los rebeldes consigan sus fines, solo se requiere el mero alzamiento en armas–. Si el alzamiento en armas no se llega a producir, pero se inician actos de inicio de ejecución del alzamiento, se estará ante una tentativa (ex artículo 16 del Código Penal) –su estructura lógica permite la tentativa–. Pero, además, si el alzamiento en armas no se produce cabe una de las formas de participación intentada que es la conspiración, expresamente tipificada por el artículo 349 del Código Penal. La conspiración es una forma de coautoría anticipada, en cuya virtud entre dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo. Tiene una naturaleza de acto preparatorio, hay una puesta en común de la ideación criminal, en esta caso de rebelión –se ubica entre la ideación impune y las formas de ejecución imperfecta–. **4.** Se está ante una detención en *flagrancia delictiva*. El investigado CASTILLO TERRONES tras el pronunciamiento público se retiró prestamente del Palacio de Gobierno y se dirigió al local de la Embajada de los Estados Mexicanos en el Perú, pero se le detuvo inmediatamente, en camino a ese local diplomático. Los actos tentativa de rebelión o, alternativamente, conspiración para rebelión, como se indicó, tuvieron lugar con toda rotundidad y la lectura del pronunciamiento, en cuanto acto concluyente, fue público, de suerte que, ante la frustración de la finalidad perseguida con el autogolpe, en ese mismo trance, sin solución de continuidad, se dio a la fuga, lo que incluso fue advertido por las cámaras de televisión (medios audiovisuales) –situación que es de calificarse de pública y notoria– lo que conllevó a la Policía Nacional que en el acto de huida e inmediatamente, a los pocos minutos, lo detuviera. Ello está claramente comprendido en el artículo 259, numeral 3, del CPP –que revela un supuesto de *cuasi flagrancia*–.

–AUTO DE APELACIÓN–

Lima, trece de diciembre de dos mil veintidós

AUTOS y VISTOS; en audiencia pública: el recurso de apelación interpuesto por la defensa del investigado JOSÉ PEDRO CASTILLO TERRONES contra el auto de primera instancia de fojas setenta y cinco, de ocho de diciembre



de dos mil veintidós, que declaró la legalidad de su detención producida el día siete de diciembre de dos mil veintidós, a horas trece con cuarenta y dos, respecto al señor José Pedro Castillo Terrones, y dictó mandato detención judicial preliminar por flagrancia por el plazo de siete días; con todo lo demás al respecto. En las diligencias preliminares instauradas en su contra por delito de rebelión y alternativamente por conspiración para el delito de rebelión en agravio del Estado.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS

§ 1. DE LOS HECHOS OBJETO DE IMPUTACIÓN

PRIMERO. Que el día siete de diciembre de dos mil veintidós, como a las once horas con cuarenta minutos, el entonces presidente de la República, JOSÉ PEDRO CASTILLO TERRONES, emitió televisivamente, desde el canal del Estado, un mensaje a la Nación por el que anunció el establecimiento de un gobierno de excepción. En tal virtud, hizo saber las medidas que correspondían, tales como (i) la disolución del congreso de la República, (ii) la convocaría a elecciones para un nuevo congreso con facultades constituyentes para dictar una nueva constitución, en el plazo máximo de nueve meses; (iii) la reorganización del sistema de justicia (Poder Judicial, Ministerio Público, Junta Nacional de Justicia y Tribunal Constitucional); (iv) el toque de queda a partir de las veintidós horas de ese día hasta las cuatro horas del día siguiente; y, (v) la entrega de armamento ilegal que pudieran tener todos los ciudadanos a la Policía Nacional.

∞ Entendió la señora Fiscal de la Nación, a este respecto, por la decisión de constituir un gobierno de emergencia excepcional y de disolver el congreso, que se vulneró flagrantemente el artículo 134 de la Constitución. Por ello emitió la disposición Uno de siete de diciembre de dos mil veintidós, que dio lugar a la carpeta fiscal 268-2022 [vid.: folio veintiocho].

∞ Asimismo, el congreso de la República, al promediar las trece horas, aprobó una moción de vacancia presidencial del investigado Castillo Terrones. Tras dicha declaratoria de vacancia, éste fue intervenido por la autoridad policial al considerarlo incurso en flagrancia delictiva, cuando se diría a la Embajada de los Estados Unidos Mexicanos, para buscar asilo y así fugar del país.

§ 2. DEL ITINERARIO DEL PROCEDIMIENTO

SEGUNDO. Que la señora Fiscal de la Nación, Liz Patricia Benavides Vargas, por escrito de fojas tres, de siete de diciembre de dos mil veintidós, requirió detención preliminar en caso de flagrancia por siete días contra el ex presidente CASTILLO TERRONES por la presunta comisión del delito de rebelión en agravio del Estado;



y, alternativamente, por el delito de conspiración del delito de rebelión en agravio del Estado.

∞ El Juez Supremo de la Investigación Preparatoria por decreto de fojas treinta y seis, de siete de diciembre de dos mil veintidós, citó a las partes para la audiencia de detención preliminar judicial. La audiencia se realizó con la asistencia de las partes conforme al acta de fojas sesenta y cuatro, de ocho de diciembre de dos mil veintidós.

∞ Acto seguido el Juez Supremo de la Investigación Preparatoria por auto de fojas setenta y cinco, de ocho de diciembre de dos mil veintidós, declaró fundado el requerimiento fiscal y, en consecuencia, impuso al recurrente siete días de detención judicial por flagrancia, así como declaró la legalidad de la detención producida el día siete de diciembre de dos mil veintidós, a las trece horas con cuarenta y dos minutos.

∞ Contra esta medida de coerción personal la defensa del investigado CASTILLO TERRONES por escrito de fojas ciento diez, de diez de diciembre último, interpuso recurso de apelación.

∞ Concedido el recurso de apelación por auto de fojas ciento veinticuatro, de diez de diciembre de dos mil veintidós, el cuaderno de su propósito fue elevado a este Tribunal Supremo y recibido el día doce de diciembre de dos mil veintidós. En orden al trámite de procedimiento impugnatorio acelerado impuesto por el artículo 267, numeral 2, del Código Procesal Penal –en adelante, CPP–, se dictó el decreto de fojas ochenta y seis, de doce de diciembre de dos mil veintidós, que señaló para la audiencia de apelación el día de la fecha. Ésta realizó con la intervención del investigado CASTILLO TERRONES, de su abogado defensor doctor Ronald Atencio Sotomayor, de la señora Fiscal Adjunta Suprema en lo Penal, doctora Sylvia Jacqueline Sack Ramos, y de la abogada delegada de la Procuraduría General del Estado, doctora Lidia Del Río Farro.

∞ Con fecha trece de diciembre el señor Fiscal Supremo de la segunda Fiscalía Suprema Transitoria Especializada en delitos cometidos por funcionarios públicos presentó un conjunto de seis testimoniales y un acta fiscal de nueve de diciembre referida a la negativa del investigado Castillo Terrones de que se le tome muestras de orina y de sangre, así como justificó su pertinencia, utilidad y conducencia.

TERCERO. Que la defensa del investigado CASTILLO TERRONES en su escrito de recurso de apelación, instó se revoque el auto de primera instancia y reformándolo se declare infundada la detención judicial preliminar por no haber cumplido con los presupuestos establecidos en el artículo 266 del CPP al momento de imponer la detención en su contra. Alegó que no se cumplió con los supuestos previstos en el artículo 259 del CPP porque no concurren los elementos típicos mínimos, bajo un nivel de sospecha inicial simple, de la presunta comisión de los delitos imputados; que, además, no existe peligro de obstaculización de la averiguación de la verdad en la medida que su defendido, al ser vacado del cargo presidencial,



perdió toda posibilidad de influencia y contacto con miembros del Gobierno Nacional o del congreso de la Republica; que, en consecuencia, se infringió uno de los presupuestos del artículo 266 del CPP.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. DELIMITACIÓN DEL GRADO

PRIMERO. Que la censura impugnativa en apelación se circunscribe a determinar si la resolución dictada por el Juez Supremo de la Investigación Preparatoria que dispuso la detención judicial por flagrancia por el plazo de siete días respecto del investigado, el ex presidente Castillo Terrones está arreglada a derecho, si violó o no la legalidad en materia de privación procesal de la libertad.

∞ En tal virtud, dado los alcances del caso es pertinente abordar, primero, los alcances del delito de rebelión y del delito de conspiración para la rebelión; y, segundo, los presupuestos y requisitos de la medida provisionálísima de detención judicial preliminar, precedida de una detención de oficio por la Policía Nacional.

§ 2. DEL DELITO DE REBELIÓN

SEGUNDO. Preliminar. Que el artículo 346 del Código Penal establece: *El que se alza en armas para variar la forma de gobierno, [...] o suprimir o modificar el régimen constitucional, ...*". El delito de rebelión es considerado en el Código Penal como un delito contra los poderes del Estado y el orden constitucional, es el máximo atentado al sistema constitucional. Luego, el bien jurídico tutelado es el orden constitucional desarrollado por el Texto constitucional, cuya protección obviamente conlleva una defensa de la Constitución [MORILLAS CUEVA, LORENZO y otros: *Sistema de Derecho Penal Parte Especial*, 2da. Edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2016, pp. 1248-1249].

∞ 1. La acción típica –el hecho en su materialidad– consiste en el alzamiento en armas con uno de los fines antes indicados. Por tanto, se requiere de un alzamiento, esto es, de un levantamiento o sublevación dirigido contra el orden jurídico constitucional, contra los contenidos constitucionales que lo fundamentan –es decir, levantarse faltando a la obediencia debida a la Constitución y los poderes constituidos–. No se requiere imprescindiblemente que sea popularmente tumultuoso, ni que se constituya en un tumulto público; tiene que tratarse de una irrupción violenta, hostil, intimidante y contraria al orden público constitucional, debido al uso de las armas; ésta puede informarse en cualquier manifestación de fuerza que signifique hostilidades contra los poderes públicos, de romper la relación de sumisión a las leyes y autoridades legítimas [VIVES ANTÓN, T.S. – CARBONELL MATEU, J.C.: *Derecho Penal Parte Especial*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 802]. Este alzamiento

necesita de una actividad grupal [ABOSO, GUSTAVO EDUARDO: *Código Penal de la República Argentina*, 5ta Edición, Editorial IBdeF, Buenos Aires, 2018, p. 1292] y de una acción efectiva, de una actividad conjunta dirigida, por lo que está impuesta por el tipo la pluralidad de autores, aunque no pueda hablarse de un número determinados de autores [BALESTRA, FONTÁN: *Tratado de Derecho Penal*, Tomo VII, Segunda Edición, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980, pp. 112-113]. Un pronunciamiento que materializa un golpe o autogolpe de estado puede no acarrear violencia física contra las personas si no encuentra resistencia o si fracasa, pero en cualquier caso lleva implícita una violencia psíquica (*vis relativa*) en la medida que se da a entender el propósito de ejercer la violencia contra quienes no acaten el nuevo orden ilegítimo; se exige actos concluyentes que intimiden a los poderes legamente constituidos con la amenaza de usar la fuerza para conseguir los fines previstos por el tipo delictivo [TAMARIT SUMALLA, JOSÉ MARÍA y otros: *Comentarios al nuevo Código Penal*, Editorial Aranzadi, Navarra, 1996, p. 2018].

∞ 2. El alzamiento tiene que ser armado. El que se alza debe disponer de armas para afectarlas al levantamiento con idoneidad para superar a las fuerzas leales a la Constitución. El alzamiento armado puede sumir formas externamente tranquilas cuando es ejecutado por medio de la conocida técnica de la rebelión militar, cuando las armas no se han llegado a utilizar, por ejemplo, por no haber tenido oportunidad de hacerlo; en otras palabras, el alzamiento debe apoyarse en la disposición de armas por los alzados o por parte de ellos [CREUS, CARLOS: *Derecho Penal Parte Especial*, Tomo II, 6ta Edición, 2da. Reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 175]. Su conceptualización, desde luego, debe tener en cuenta las nuevas formas que reviste los progresos de técnica totalitaria —como sería los autogolpes, dirigidos por el presidente de la República, como jefe supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional— [SOLER, SEBASTIÁN: *Derecho Penal Argentino*, Tomo V, 8va. Reimpresión, Editorial TEA, Buenos Aires, 1983, pp. 67-68].

∞ 3. El alzamiento en armas se tipifica como rebelión cuando persigue las finalidades prescriptas en el citado artículo 346 del Código Penal —esto es lo que caracteriza realmente la rebelión, no las características del alzamiento en armas—. Entre ellas se encuentra la modificación ilegítima del régimen constitucional y la deposición (despojar del cargo a las personas que ejercen la representación del poder, impidiéndoles o que dejen de ejercer las facultades que constitucional o legalmente les han sido asignadas) o derrocamiento del gobierno legalmente constituido —el cual ha de entenderse en un sentido amplio, en los que se involucra a los órganos constitucionales que encarnan el poder público, lo que incluye al Congreso, al Poder Judicial y a los demás órganos constitucionalmente autónomos—, a partir del cual se concentra ilegítimamente el poder con serio riesgo de los derechos fundamentales de la persona y del principio de separación de poderes —el marco jurídico y conceptual determinante está fijado por el artículo 43 de la Constitución, cuya base fundamental es la separación de poderes

y el respeto del orden constituido—. Estas finalidades deben estar contenidas como un elemento típico en el momento del alzamiento en armas. Lo punible, lo que constituye rebelión, es el alzamiento para [SOLER, SEBASTIÁN: *Ibidem*, p. 69]. No se requiere que los fines propuestos hayan sido conseguidos; incluso, el logro de la finalidad perseguida no modifica la adecuación típica [BALESTRA, FONTÁN: *Ibidem*, p. 113].

TERCERO. Que, a partir de lo expuesto, el delito de rebelión tiene, dogmáticamente, las siguientes notas características: **1.** Es un delito común y plurisubjetivo, de convergencia, desde que no se exige una cualidad especial del sujeto activo y su comisión tiene lugar a partir de la necesaria intervención de varias personas que confluyen en un fin común [VIVES ANTÓN – CARBONELL MATEU: *Ibidem*, p. 802]. **2.** Es un delito de simple actividad y de peligro, por cuanto solo basta que se produzca el alzamiento en armas para que se consuma y perfeccione instantáneamente el hecho punible, aunque los rebeldes no hayan conseguido los objetivos o fines pretendidos con el alzamiento, pues si lo consiguen ya no serán rebeldes sino poder fáctico, aunque viciado en su origen [MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: *Derecho Penal Parte Especial*, 19na. Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 743]; ello lo define como un delito de consumación anticipada, en cuya virtud se adelanta la barrera protectora que supone la sanción penal concretada en el mero alzamiento en armas, el cual es lo que hace compatible este delito con el principio de ofensividad. **3.** Es un delito que, subjetivamente, exige dolo directo y, además, contiene un elemento subjetivo adicional, es un delito de intención, de tendencia interna trascendente, de resultado cortado, visto desde el contenido de injusto, pues el agente delictivo debe conocer que realiza un alzamiento en armas y ha de actuar con una finalidad específica incorporada en el tipo penal, pero tal finalidad no es necesaria para consumir el tipo y, concretamente, busca un resultado independiente de él [MEINI MÉNDEZ, IVAN: *Lecciones de Derecho Penal – Parte General*, PUCP Fondo Editorial, Lima, 2014, pp. 253-254]; la consumación acontece con el alzamiento en armas [ABOSO, GUSTAVO EDUARDO: *Ibidem*, p. 1294].

CUARTO. Preliminar. Que, en cuanto a las formas imperfectas de ejecución y formas de participación intentada, se tiene, como ya se anotó, que el delito de rebelión es un delito de consumación anticipada –no hace falta que los rebeldes consigan sus fines, solo se requiere el mero alzamiento en armas–.

∞ **1.** Si el alzamiento en armas no se llega a producir, pero se inician actos de inicio de ejecución del alzamiento, se estará ante una tentativa (ex artículo 16 del Código Penal) –su estructura lógica permite la tentativa [CREUS, CARLOS: *Ibidem*, p. 177]–. Pero, además, si el alzamiento en armas no se produce cabe una de las formas de participación intentada que es la conspiración, expresamente tipificada por el artículo 349 del Código Penal [cfr.: MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: *Ibidem*, p. 743].

∞ 2. La conspiración es una forma de coautoría anticipada, en cuya virtud entre dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo. Tiene una naturaleza de acto preparatorio, hay una puesta en común de la ideación criminal, es una resolución manifestada de voluntad, y es de algún modo un tipo de iniciación al delito, en este caso de *rebelión* –se ubica entre la ideación impune y las formas de ejecución imperfecta–. Se produce un adelantamiento de la punibilidad respecto de la tentativa y, por tanto, en relación a un tipo delictivo específico (como sería el delito de *rebelión*); y, en el fondo, se trata de una fase inicial del delito que implica la preparación –una participación anticipada– de una coautoría delictiva [BUSTOS RAMÍREZ, JUAN: *Derecho Penal Parte General*, 4ta. Edición, Ediciones PPU, Barcelona, 1994, p. 415]. En el plano objetivo, la conspiración supone (i) un concierto de voluntades –no basta con el mero intercambio de pareceres– y (ii) la resolución conjunta de cometer un delito concreto (*rebelión*), siendo indispensable que no se llegue a dar comienzo a la ejecución del delito, pues de lo contrario se estaría ante una tentativa. En el ámbito subjetivo, el dolo del conspirador es único y se identifica con la realización de delito concreto (*rebelión*) cuyos elementos han de ser captados por aquél [cfr.: STSE 234/2012, de 16 de marzo].

QUINTO. Que, en el *sub judice*, se tiene que, contra el investigado CASTILLO TERRONES, ex presidente de la República, alternativamente, se le atribuyó el delito de rebelión o el de conspiración para la rebelión (ex artículos 346 y 349 del Código Penal), cuyos marcos conceptuales ya se han fijado en los fundamentos jurídicos *up supra*. La Fiscalía de la Nación destacó, al respecto, el pronunciamiento público emitido por el investigado en la televisión del Estado, realizado el siete de diciembre de dos mil veintidós, a las once horas con cuarenta y cuatro minutos. En este pronunciamiento el investigado comunicó el establecimiento de un gobierno de excepción, la disolución temporal del congreso de la República y la instauración de un gobierno de emergencia excepcional, así como la convocaría a elecciones generales para un nuevo congreso con facultades constituyentes para dictar una nueva Constitución en un plazo no mayor de nueve meses, y la declaración de reorganización el sistema de justicia. De igual manera, decretó el toque de queda a partir de las veintidós horas de ese mismo día hasta las cuatro horas del día siguiente, y que los ciudadanos que posean armamentos ilegales los entreguen a la Policía Nacional en el plazo de veinticuatro horas, pues de lo contrario incurrirán en delito que se establecerá en el respectivo decreto ley.

∞ El investigado CASTILLO TERRONES, tras cuestionar la conducta y facultades del congreso de la República y, además, del Ministerio Público, Poder Judicial y del Tribunal Constitucional (sistema de justicia, que incluyó a la Junta Nacional de Justicia), al igual que criticar a los medios de comunicación social (a los que calificó de prensa mercenaria, corrupta y cínica), estableció, como quedó expuesto, un autodenominado “Gobierno de Emergencia Excepcional”, y dictó las medidas antes indicadas, al igual que efectuó un llamamiento a las

instituciones de la sociedad civil, ronderos incluidos, a respaldar estas decisiones. Así consta, por lo demás, con el mérito de la denominada “acta fiscal de fuente abierta” del folio ocho.

SEXTO. Que es verdad que, luego de la lectura del pronunciamiento público por el investigado CASTILLO TERRONES, los demás poderes públicos (el Congreso y el Poder Judicial) y órganos constitucionales autónomos (Fiscalía de la Nación, Tribunal Constitucional, Junta Nacional de Justicia y Defensoría del Pueblo) censuraron este comportamiento y las medidas anunciadas, así como el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional no acataron la instauración del “Gobierno de Emergencia Excepcional” ni las medidas anunciadas –emitiendo el comunicado oficial pertinente: vid.: folio doce–, todo ello al amparo del artículo 46 de la Constitución, y, finalmente, el congreso de la República vacó al investigado y la Policía Nacional lo detuvo en la vía pública cuando, en un vehículo oficial, se dirigía a la sede de la embajada de los Estados Unidos Mexicanos en nuestro país para solicitar o concretar un asilo diplomático –las referencias periodísticas son contundentes al respecto: vid.: folios catorce a veinte, así como el acta de intervención policial folio veintiuno/veintidós–.

∞ Empero, desde la perspectiva típica –del delito de rebelión–, lo trascendente es el acto concluyente de la lectura de un pronunciamiento y su propio contenido (las medidas anunciadas) por quien en esos momentos ejercía la Presidencia de la República y, como tal, era el Jefe del Estado y, además, Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional (ex artículos 110 y 167 de la Constitución) –el cual, por razones obvias, importaba el concurso de varias personas vinculadas al Poder Ejecutivo y de posibles simpatizantes–. Es claro que el autogolpe en cuestión importaba de hecho la variación de la forma de gobierno, la disolución inconstitucional del congreso de la República, la deposición de quienes lo integraban, al igual de quienes formaban parte del sistema de justicia cuya reorganización, fuera de los marcos constitucionales, se anunció. Anunciar públicamente la instauración de un tal “Gobierno de Emergencia Excepcional” y especificar las medidas correspondientes a esta finalidad por quien tenía el control del Poder Ejecutivo, por lo menos, importaba alterar al ordenamiento constitucional y la consiguiente paz pública, ejercer un acto de violencia psíquica (*vis relativa*) contra la ciudadanía desde que por su posición de poder, tenía la facultad de ordenar a las Fuerzas del Orden utilizar su poder coactivo, con el armamento correspondiente, así no se use, para sostener este comportamiento inconstitucional, más allá de que finalmente éstas no lo obedecieron. No es, pues, un mero acto de habla, sino la expresión concreta una voluntad de alteración del sistema constitucional y de la configuración de los poderes públicos.

SÉPTIMO. Que dado que aún se está en los primeros momentos de la investigación no es posible realizar mayores precisiones acerca de los hechos

realmente perpetrados, por lo que, aun cuando es claro que no se está ante un delito consumado, puede ser posible considerar un tipo de imperfecta ejecución (tentativa) o un tipo de conspiración. Faltan en todo caso datos más precisos que permitan definir con mayor concreción lo sucedido y la subsunción jurídico penal, pero lo planteado por la Fiscalía ante el momento es suficiente para estimar una de las dos posibilidades: tentativa o conspiración.

∞ En todo caso, con las testimoniales ofrecidas por el Ministerio Público, en especial la declaración del comandante general de la Policía Nacional Raúl Enrique Alfaro Alvarado, en cuya virtud el investigado le ordenó cierre el congreso de la República, saque a las personas que están en su interior y no permita el ingreso de persona alguna en ese recinto, así como intervenga a la señora Fiscal de la Nación. Además, cuando se emitió el pronunciamiento televisivo del investigado Castillo Terrones, varias personas se encontraban en el ambiente en que propaló, en especial el doctor Aníbal Torres Vásquez, la presidenta del Consejo de Ministros Betsy Chávez Chino, el Ministro del Interior Willy Huerta Olivas, el Ministro de Defensa Emilio Bobbio Rosas, así como algún congresista.

∞ Por tanto, se presenta, *prima facie*, tentativa de rebelión o conspiración para rebelión. Sobre estas premisas es del caso examinar, a continuación, la medida de detención judicial preliminar planteada por la Fiscalía de la Nación.

§ 3. DE LA MEDIDA DE COERCIÓN DE DETENCIÓN PRELIMINAR

OCTAVO. Que el artículo 266 del Código Procesal Penal, según el Decreto Legislativo 1298, de treinta de diciembre de dos mil dieciséis –dispositivo legal que derogó la Ley 27379, artículo 2, numeral 1 (de veintiuno de diciembre de dos mil), y, por tanto, modificó, en lo que respecta a la medida de detención judicial preliminar, la Ley 27399, de trece de enero de dos mil uno–, estipula que el Fiscal puede requerir al Juez de la Investigación Preparatoria dentro de las doce horas de producida la detención efectiva por la Policía Nacional, la emisión de un mandato de detención judicial hasta por un máximo de siete días. A estos efectos se requiere que: “[...] *por las circunstancias del caso, se desprenda cierta posibilidad de fuga u obstaculización de la averiguación de la verdad*”.

∞ Es de aclarar que la reforma operada por el citado Decreto Legislativo 1298 armonizó con las pautas normativas del Código Procesal Penal lo relacionado con las *diligencias preliminares* (ex artículo 330 del CPP) –antes, con la legislación anterior al Código, denominada “*investigación preliminar*”–, de suerte que, en principio y en lo pertinente, los preceptos sobre la detención (Título II, La Detención, de la Sección III) son los que rigen en todo ámbito de las mismas, tanto para el proceso común como para el proceso especial por razón de la función pública, específicamente los delitos de función atribuidos a los Altos Funcionarios Públicos (Título I de la Sección II del Libro Quinto del CPP). Por tanto, es posible detener en flagrancia a un alto funcionario público y, luego,

prolongar la misma hasta por siete días, en los marcos de las *diligencias preliminares*. Distinto es el caso, lo que merecerá un análisis específico, de la ulterior exigencia de una resolución acusatoria de contenido penal cuando corresponda (ex artículos 99 y 100 de la Constitución).

NOVENO. Que, en primer lugar, se está ante una detención en *flagrancia delictiva*. El investigado CASTILLO TERRONES tras el pronunciamiento público se retiró prestamente del Palacio de Gobierno y se dirigió al local de la Embajada de los Estados Mexicanos en el Perú, pero se le detuvo inmediatamente, en camino a ese local diplomático. Los actos tentativa de rebelión o, alternativamente, conspiración para rebelión, como se indicó, tuvieron lugar con toda rotundidad y la lectura del pronunciamiento, en cuanto acto concluyente, fue público, de suerte que, ante la frustración de la finalidad perseguida con el autogolpe, en ese mismo trance, sin solución de continuidad, se dio a la fuga, lo que incluso fue advertido por las cámaras de televisión (medios audiovisuales) –situación que es de calificarse de pública y notoria– lo que conllevó a la Policía Nacional que en el acto de huida e inmediatamente, a los pocos minutos, lo detuviera. Ello está claramente comprendido en el artículo 259, numeral 3, del CPP –que revela un supuesto de *cuasi flagrancia*–.

∞ En segundo lugar, la detención prolongada está sujeta tanto a las características y complejidad de los hechos indagados cuanto a la existencia de peligrosismo procesal: peligros de fuga o de obstaculización, bajo un estándar mínimo: “*cierta posibilidad*”.

* En cuanto a lo último, es obvio que se está ante un delito conminado con una pena no menor de diez o, alternativamente, de cinco años de privación de libertad, y perpetrado por la máxima autoridad del Estado, lo que le confiere gravedad a los hechos, que en todos los supuestos supera el máximo de cuatro años de privación de libertad (en lo pertinente, ex artículo 261, apartado 1, literal ‘a’, del CPP, según el Decreto Legislativo 1298, de treinta de diciembre de dos mil dieciséis); además, concurrentemente, se da la posibilidad de peligro de fuga por el hecho de que el investigado pretendía alejarse de la persecución penal recurriendo a la figura del derecho de asilo diplomático, cuyos primeros pasos ya había adelantado según reconoció el presidente de México y el embajador de ese país en el Perú –así consta de las documentales presentadas en el escrito de requerimiento de detención judicial preliminar–. El vehículo en el que se encontraba el investigado Castillo Terrones se dirigía a la Embajada de los Estados Unidos Mexicanos en nuestro país [vid.: acta de intervención policial de fojas veintiuno]; además, según los informes periodísticos el señor Embajador de los Estados Unidos Mexicanos señaló que su país está dispuesto a ofrecer asilo al investigado si lo solicita [vid.: folio catorce]. Dado lo evidente de este peligro, por ahora, no es de rigor realizar mayor análisis respecto del peligro de

obstaculización, tanto más si el peligro de fuga es de mayor entidad y de posible extensión que el peligro de obstaculización.

* En cuanto a lo primero, es evidente que los hechos requieren, por lo menos en los primeros momentos, de una averiguación complicada, de una pluralidad de actos de investigación que demandan tanto la identificación de las demás personas necesariamente involucradas en su comisión, más aún si muchas de ellas pueden estar vinculadas al poder político de ese entonces, como de la indagación del conjunto de actos previos y posteriores al pronunciamiento que dio cuenta del autogolpe de estado. El aseguramiento personal del investigado es indispensable a estos efectos para contar con él en el curso de las diligencias que con la mayor rapidez y rigurosidad deben realizarse.

∞ Se cumplen, por consiguiente, el presupuesto y los requisitos de la detención judicial prolongada en flagrancia delictiva. El plazo acordado es el razonable y proporcional dado la complejidad y trascendencia de los hechos investigados.

∞ En tal virtud, el recurso defensivo debe desestimarse. Así se declara.

§ 4. DE LA NULIDAD DEDUCIDA EN ESTA SEDE SUPREMA

DÉCIMO. Que, de otro lado, el recurso de apelación fue interpuesto por la defensa del investigado CASTILLO TERRONES, integrada conjuntamente por los doctores Pérez Liendo y Atencio Sotomayor (escrito fechado el nueve de este mes), el cual fue concedido por resolución número cuatro de diez de diciembre de dos mil veintidós. En esta resolución se precisó, en su punto resolutivo quinto, que se subrogó a los letrados personados anteriormente en defensa del investigado y se acreditó a los letrados Pérez Arroyo y Adriano Guzmán. Empero, en esta sede suprema, se presentó el abogado Olivera Díaz con fecha doce de diciembre, a las once horas con veintiún minutos, e interpuso recurso de apelación contra la resolución número dos del Juez de la Investigación Preparatoria –lo que ya habían hecho los abogados Pérez Liendo y Atencio Sotomayor–, pero antes, ese mismo día, a las diez de la mañana con treinta minutos, el doctor Olivera Díaz presentó un escrito de personación con la firma del investigado Castillo Terrones, sin revocar las designaciones anteriores, y, luego, a las once horas con quince minutos, presentó otro escrito solicitando se anule la resolución número dos dictada por el Juez Supremo de la Investigación Preparatoria. Sin embargo, no solo se recibió la renuncia del doctor Pérez Arroyo a la defensa del investigado Castillo Terrones, sino también la última presentación de un escrito de personación en esta Sala Suprema por el letrado Atencio Sotomayor, firmado por el investigado Castillo Terrones (a las dieciséis horas con seis minutos), por el que, subrogando las anteriores designaciones, anunció que se encargara exclusivamente de la defensa de este último.

∞ En consecuencia, ha de entenderse que la defensa del investigado CASTILLO TERRONES corresponde al doctor Atencio Sotomayor. Por lo demás, en la audiencia de apelación así lo ratificó el propio investigado.

UNDÉCIMO. Que, en cuanto a la nulidad planteada en el escrito presentado por el doctor Olivera Díaz, es de precisar que este escrito se presentó cuanto ya se había interpuesto recurso de apelación contra la resolución dos de ocho de diciembre de dos mil veintidós. Luego, no es procedente deducir una nulidad de actuados contra una resolución ya impugnada y materia de revisión por esta Corte Suprema. Como se sabe, las partes no pueden sustituir los medios impugnatorios que la ley franquea –incluso que, en el *sub lite*, ya se utilizaron– por remedios o artículos de nulidad de actuados, tanto más si por el recurso es posible solicitar que se anule o revoque, total o parcialmente, un acto procesal presuntamente afectado por vicio o error, como prevé el artículo 355 del Código Procesal Civil. En el recurso de apelación de nueve de diciembre el petitorio fue revocatorio, no anulatorio.

∞ En todo caso y pese a que tal pretensión no ha sido ratificada por el letrado Atencio Sotomayor, en el fundamento jurídico octavo ya se indicó la viabilidad constitucional y legal para disponer la detención policial en flagrancia delictiva y, luego, para requerir la detención judicial preliminar hasta por siete días. Se trata de medidas provisionalísimas con fines de aseguramiento tanto de la persona del aprehendido como para realizar las diligencias más urgentes para el esclarecimiento de lo sucedido. La flagrancia delictiva es una circunstancia objetiva para la detención policial y, luego, los requisitos del artículo del 266 CPP para la detención judicial preliminar. La condición de alto funcionario solo exige la necesidad de una resolución acusatoria del congreso de contenido penal antes de la formalización de la causa penal –las diligencias preliminares no están incursas en la formalización de la investigación preparatoria, como se dejó expuesto en el auto supremo 131-2022/Suprema, de dieciocho de noviembre último–.

§ 5. *DE LAS COSTAS*

DUODÉCIMO. Que, en cuanto a las costas, es de aplicación el artículo 497, apartado 1, del CPP. No cabe su imposición por tratarse de un auto interlocutorio.

DECISIÓN

Por estas razones: **I.** Declararon **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por la defensa del investigado JOSÉ PEDRO CASTILLO TERRONES contra el auto de primera instancia de fojas setenta y cinco, de ocho de diciembre de dos mil veintidós, que declaró la legalidad de su detención producida el día siete de diciembre de dos mil veintidós, a horas trece con cuarenta y dos, respecto al señor José Pedro Castillo Terrones, y dictó mandato detención judicial preliminar por flagrancia por el plazo de siete días; con todo lo demás al respecto. En las diligencias preliminares instauradas en su contra por delito de rebelión y



alternativamente por conspiración para el delito de rebelión en agravio del Estado. En consecuencia, **CONFIRMARON** el auto de primera instancia. **II.** Declararon **IMPROCEDENTE** la solicitud de nulidad de auto de primera instancia de fojas setenta y cinco, de ocho de diciembre de dos mil veintidós. **III.** **DISPUSIERON** se lea inmediatamente en audiencia, se notifique con celeridad y se publique en la página web del Poder Judicial. **IV.** **ORDENARON** se transcriba en el día la presente Ejecutoria al Juzgado Supremo de la Investigación Preparatoria, al que acto seguido se le enviarán las actuaciones; registrándose. **V.** Sin costas. **INTERVINO** el señor juez supremo Coaguila Chávez por vacaciones del señor juez supremo Luján Túnez. **HÁGASE** saber a las partes personadas en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

ALTABÁS KAJATT

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

CARBAJAL CHÁVEZ

CSMC/AMON

Resoluciones para la Unidad 11 (Delitos contra la Administración de Justicia):

- Recurso de Apelación N° 48-2022-Amazonas/Sala Penal Permanente, de fecha 01.12.2022 (Ponente: San Martín Castro).

El juez que se avoca a un determinado proceso comete el delito de prevaricato, independientemente de que la decisión prevaricadora sea recurrida o no por las partes, o que el Tribunal Superior la confirme o la revoque. Debe evaluarse respecto al dolo que el juez es un técnico en derecho, disminuyendo las posibilidades de atribuirle algún error, más aún si el nivel de contradicción entre ley y decisión es manifiesta.

REPUBLICA DEL PERU
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO APELACIÓN N.º 48-2022/AMAZONAS
PONENTE: CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

Prevaricato. Elementos constitutivos

Sumilla 1. El artículo 418 del Código Penal, según la Ley 28492, de doce de abril de dos mil cinco, estipula, en lo pertinente, que el juez que dicta resolución manifiestamente contraria al texto expreso y claro de la ley –esta es la conducta típica– será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años. 2. Este delito es uno de infracción de deber y especial propio que solo puede cometerlo un juez o un fiscal –de técnicos en Derecho–, cuyo bien jurídico tutelado es el interés estatal por un buen funcionamiento de la Administración de Justicia encomendada al Poder Judicial para su desempeño en el cauce de un proceso –quebranto de la función judicial de decidir aplicando únicamente el derecho de la forma prevista en la Constitución–. 3. Las dos resoluciones, según los cargos, se dictaron pese a que el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establecía que “Cualquier controversia relacionada con la ampliación del plazo por parte de la Entidad podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince días hábiles posteriores a la comisión de esta decisión” (artículo 175, último párrafo, del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, modificado por el Decreto Supremo 138-2012-EF, publicado el siete de agosto de dos mil doce), tanto más si en el contrato firmado entre el Gobierno Regional de Amazonas y el Consorcio, cláusula decimoquinta, se estipuló el arbitraje como mecanismo de solución de controversias. 4. La conducta delictiva requiere que el juez dicte resoluciones contra el texto claro y expreso de la ley –sustantiva o procesal, sean de rango constitucional, legal o reglamentaria– (contradicción objetiva con el ordenamiento jurídico), lo que exige que se aplique el derecho desconociendo los medios y los métodos de la interpretación aceptables en un Estado de Derecho, apartándose de todas las opciones jurídicas defendibles, esto es, de las interpretaciones usuales y admisibles en derecho, en aquellos casos en los que la norma puede ser susceptible de distintas interpretaciones; la ilegalidad ha de ser flagrante, la resolución judicial ha de ser irracional y, por ello, no resulta objetivamente sostenible, siendo uno de los supuestos la falta absoluta de competencia, tan patente y manifiesta que pueda ser apreciada por cualquiera –el juez dispone algo contrario a lo que la ley permite disponer, o sea, manda o prohíbe algo que esa ley no manda o no prohíbe–. 5. Subjetivamente, el juez debe tener plena conciencia del carácter ilegal de su decisión, de su avocamiento a un determinado proceso, pese a que utilizando los métodos usuales de interpretación de la ley no llegaría a la posición que asumió –las lógicas indiciarias son claves en esta determinación– (dolo directo). 6. Es indiferente que la decisión prevaricadora sea recurrida o no por las partes, o que el Tribunal Superior la confirme o la revoque. 7. El dolo directo debe ser materia de un análisis específico en tanto hecho subjetivo que debe ser probado. Para ello debe resaltarse que se está ante un técnico en derecho y, por ello, es atribuirle conocimiento del derecho, más aún si el nivel de contradicción entre ley y decisión es manifiesta. Nada indica que se trató de un error que elimina el dolo.

–SENTENCIA DE APELACIÓN SUPREMA–

Lima, uno de diciembre de dos mil veintidós

VISTOS; en audiencia pública: el recurso de apelación interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR DE AMAZONAS contra la sentencia superior de fojas quinientos cuarenta y seis, de tres de septiembre de dos mil veintiuno, que absolvió a Albarino Díaz Arrobas de la acusación fiscal



formulada en su contra por delito de prevaricato en agravio del Estado – Poder Judicial; con todo lo demás que al respecto contiene.
Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

§ 1. DE LOS CARGOS OBJETO DE IMPUTACIÓN

PRIMERO. Que el día veinticinco de octubre del dos mil once el Gobierno Regional Amazonas y el Consorcio Alto Marañón suscribieron el Contrato Gerencia Regional 606-2011-GR AMAZONAS/GGR, para ejecución de la obra “Mejoramiento de Carretera Bagua Grande - Cajaruro - Bagua – IV EJE VIAL”, por un monto de treinta y cuatro millones cuatrocientos setenta y cinco mil ochocientos noventa y siete soles con doce céntimos. El plazo de ejecución de la obra era de trescientos días calendario con fecha de inicio el cuatro de enero de dos mil doce, determinado por la entrega del expediente técnico completo, de suerte que la obra debía concluir el veintinueve de octubre de dos mil doce.

∞ Mediante carta 141-2013/C.A.M., de seis de agosto de dos mil trece, el representante legal del “Consorcio Alto Marañón” solicitó la ampliación del plazo número dieciséis por setenta y dos días calendario. Esta solicitud fue declarada improcedente por Resolución de Gerencia General Regional 490-2013-GR-AMAZONAS/GGR, de veintiuno de agosto de dos mil trece.

∞ Ante esta desestimación, el Consorcio con fecha diecisiete de diciembre de dos mil trece interpuso demanda contenciosa administrativa contra el Gobierno Regional de Amazonas, a fin de que se declare nula y sin efecto legal la Resolución de Gerencia General Regional 490-2013-GR-AMAZONAS/GGR, de veintiuno de agosto de dos mil trece, así como se le pague la suma de seiscientos treinta y tres mil setecientos sesenta ocho soles con ochenta y nueve céntimos por concepto de mayores gastos generales derivados de la ampliación del plazo dieciséis por setenta y dos días.

∞ La demanda fue admitida a trámite por el Juzgado Mixto de Utcubamba por resolución dos, de trece de marzo de dos mil catorce. Se corrió traslado de la demanda al Gobierno Regional de Amazonas, que la contestó el nueve de junio de dos mil catorce. Por resolución tres, de once de julio de dos mil catorce, se dio por contestada la demanda y se declaró saneado el proceso, a la vez que se fijó los puntos controvertidos, se admitieron los medios probatorios del demandante, se inadmitieron los medios probatorios del demandado por no haberse ofrecido en la contestación de la demanda y se remitieron los actuados al Ministerio Público para que emita el dictamen correspondiente.

∞ La Fiscalía provincial Civil y de Familia de Utcubamba, mediante Dictamen 183-2014, de fecha veintiuno de julio de dos mil catorce, opinó que se declare infundada la demanda en todos sus extremos. Empero, el juez encausado por sentencia de veintisiete de agosto de dos mil trece declaró fundada la demanda.



En todo momento obvió lo dispuesto por el artículo 175, último párrafo, del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Supremo 138-2012-EF).

SEGUNDO. Que el señor Fiscal Superior atribuyó al encausado ALBARINO DÍAZ ARROBAS que en su condición de Juez del Juzgado Mixto de Utcubamba, en el Expediente 1130-2013 seguido por el Consorcio “Alto Marañón” contra el Gobierno Regional de Amazonas, sobre proceso contencioso administrativo, decidió contra el texto expreso y claro de los artículos 175 *in fine* y 215 del Decreto Supremo 184-2008-EF, modificado por el artículo 1 del Decreto Supremo 138-2012-EF, que establecían que las controversias relacionadas con la ampliación del plazo por parte de la entidad podrán ser sometidas a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince días hábiles posteriores a la comunicación de tal decisión; es decir, que las controversias sobre ampliaciones de plazo sólo podrán ser resueltas por la conciliación y/o arbitraje, no por los órganos jurisdiccionales. El juez acusado dictó las siguientes resoluciones:

∞ (1) Resolución 02, de trece de marzo de dos mil catorce, que admitió a trámite la demanda contenciosa administrativa, cuya pretensión consistía en la declaratoria de nulidad de la Resolución Ejecutiva Regional 490-2013-GR-AMAZONAS/GGR, de veintiuno de agosto de dos mil trece, que declaró improcedente la ampliación de plazo 16 de la Ejecución de la obra “Mejoramiento de Carretera Bagua Grande - Cajaruro - Bagua - IV EJE VIAL”, por un periodo de setenta y dos días calendario.

∞ (2) Resolución 08, de veintisiete de agosto de dos mil catorce, sentencia que declaró fundada la demanda, y, en consecuencia, nula la Resolución Ejecutiva Regional 490-2013-GR-AMAZONAS/GGR, de veintiuno de agosto de dos mil trece, y ordenó a la Gerencia Regional emita nueva resolución aprobando la ampliación solicitada, así como que cancele la suma de seiscientos treinta y tres mil setecientos sesenta ocho soles con ochenta y nueve céntimos a favor de la demandante.

§ 2. DE LA PRETENSIÓN IMPUGNATORIA DEL MINISTERIO PÚBLICO

TERCERO. Que el señor Fiscal Superior en su recurso de apelación de fojas quinientos setenta y cinco, de diecisiete de septiembre de dos mil veintiuno, cuestionó la sentencia absolutoria superior al calificar la conducta del juez encausado Díaz Arrobos, puesto que en el expediente 1130-2013, en que fue parte el Consorcio “Alto Marañón”, dictó una decisión contraria manifiestamente al texto expreso y claro de la ley. La norma especial de Contrataciones del Estado (artículos 175 *in fine* y 215 del Decreto Supremo 184-2008-EF, modificado por el artículo 1 del Decreto Supremo 138-2012-EF), estableció de manera expresa que las controversias sobre ampliaciones de plazo



sólo podrán ser resueltas por la conciliación y/o arbitraje, y no por los órganos jurisdiccionales.

∞ Argumentó que la sentencia es incongruente porque: **A.** Afirmó que los medios de prueba documentales aportados no son útiles para probar el dolo del acusado, con lo que dio una valoración distinta para la cual fueron ofrecidos, desde que la pertinencia, conducencia y utilidad de los mismos estaba relacionada a la acreditación de circunstancias precedentes a la comisión de delito, no así a la prueba del dolo. **B.** Deslizó la posibilidad de que el acusado Díaz Arrobas incurrió en error en la interpretación de la norma, empero este argumento no se condice con los demás fundamentos de la decisión; además, si a consideración del Colegiado el juez dictó resoluciones conforme a ley, el presunto error que luego se señaló deviene en innecesario e impertinente. **C.** Aseveró que las decisiones judiciales (resolución admisorias de la demanda y sentencia) no son prevaricadoras porque no fueron cuestionadas a través de los mecanismos procesales habilitados dentro del mismo proceso contencioso administrativo; sin embargo, es una conclusión errónea porque si bien la vía de los recursos es el medio arbitrado por el orden jurídico para corregir todos los supuestos de disconformidad de la resolución con los dictados de la norma, ello en modo alguno descriminaliza la conducta del juez.

§ 3. DE LA SENTENCIA RECURRIDA

CUARTO. Que la Sala Pena Especial de Bagua emitió la sentencia de fojas quinientos cuarenta y seis, de tres de septiembre de dos mil veintiuno, que absolvió, por duda razonable, a Albarino Díaz Arrobas de la acusación fiscal por delito de prevaricato en agravio del Estado. Consideró que:

- A.** De los medios de prueba ofrecidos por el Ministerio Público no se infiere la existencia del delito de prevaricato. Las resoluciones de admisión de demanda y la sentencia fueron emitidas en vía de un proceso contencioso administrativo, de las cuales las partes, en ninguna etapa del proceso, formularon excepciones o defensas previas o, en todo caso, impugnaciones a fin de hacer valer su derecho.
- B.** Las resoluciones cuestionadas, que fueron expedidas en el trámite del Expediente 1130-2013, bajo el principio de libre valoración de la prueba y de interpretación sistemática del ordenamiento jurídico con el principio de presunción de inocencia, observaron el sentido de un proceso contencioso administrativo con las garantías procesales, que de alguna forma daba mérito al juez para expedir dichas resoluciones.
- C.** No es de competencia del Tribunal valorar en este estadio procesal las resoluciones que en su oportunidad no habilitaron su revisión ya que el sujeto procesal legitimado para impugnar dichas decisiones no lo hizo; y, dado el tiempo transcurrido, tampoco merece un pronunciamiento ejemplificador. Aun cuando no compete al Tribunal evaluar la conformidad



formal y material de las resoluciones expedidas por el acusado Albarino Díaz Arrobas, por no ser el objeto del debate oral, si es posible exponer a manera de justificación interna que en el caso, no cabe duda, que las dos resoluciones judiciales cuestionadas por la Fiscalía, bajo el principio pro homine, cumplían con los presupuestos formales y materiales de la norma procesal vigente al momento de su expedición, máxime si, conforme señaló el juez acusado, al calificar la demanda observó que cumpla con las condiciones de la acción y los presupuestos procesales, al punto que la parte demandante adjuntó el acta de conciliación de fecha treinta de septiembre de dos mil trece, la misma que fue insertada como prueba de oficio. Que de ello se infiere que la parte demandante había agotado las vías previas para luego acudir a la vía judicial a fin de ejercer su derecho de acción en un proceso contencioso administrativo.

- D. Con relación a los artículos 175 *in fine* y 215 del Decreto Supremo 184-2008-EF, publicado el siete de agosto de dos mil doce, que aprobó el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado – Decreto Legislativo 1017, cualquier error en la precisión de dicha norma supone un error material del acusado, que no es suficiente para juzgarlo de prevaricador, perverso, malsano o alimentado por el deseo y la voluntad de persistir en el desacierto, porque no se acreditó un obrar corrupto, lo cual se fortalece porque la parte demandada no ejerció su derecho de contradicción bajo ningún mecanismo procesal a las decisiones emitidas por el juez.
- E. Los demás medios probatorios oralizados en la audiencia no han sido útiles para acreditar algún proceder doloso de parte del acusado. El delito de prevaricato es eminentemente doloso. Este aspecto subjetivo no ha sido acreditado como elemento medular del indicado delito.

§ 4. DEL ITINERARIO DEL PROCEDIMIENTO

QUINTO. Que, interpuesto el recurso de apelación, concedido por la Sala de Apelaciones de Bagua, y elevadas las actuaciones a este Tribunal Supremo, se cumplió con el procedimiento impugnatorio correspondiente y se declaró bien concedido el citado recurso de apelación por Ejecutoria de nueve de junio del año en curso. Señalada fecha para la audiencia pública por decreto de fojas setenta y nueve, de doce de octubre de este año, ésta se llevó a cabo en la misma fecha.

∞ La audiencia se realizó con la intervención del señor Fiscal Adjunto Supremo en lo Penal, doctor Miguel Antonio Pinazo Molina, y de la defensa pública del encausado Díaz Arrobas, doctora Judith Antonieta Rebaza Antúnez, conforme al acta respectiva. No asistió el imputado.

SEXTO. Que, concluida la audiencia de apelación suprema, acto seguido se procedió a deliberar y votar la causa en sesión secreta, que continuo en los días



subsiguientes, y obtenido en la fecha el número de votos necesarios, por unanimidad, corresponde pronunciar la presente sentencia de apelación suprema.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que el análisis de la censura impugnatoria en apelación estriba en determinar si, dada la prueba actuada en primera instancia, se cometió o no el delito de prevaricato. Para ello no solo se debe examinar la motivación de la sentencia de primera instancia sino el material probatorio disponible, cuya prueba relevante es esencialmente documental: el tenor de las resoluciones cuestionadas y si se cumplen los elementos objetivos y subjetivos del tipo delictivo de prevaricato, para lo cual sin duda debe tenerse presente la naturaleza del caso decidido por el encausado y la regulación legal correspondiente.

∞ Es relevante destacar que en esta segunda instancia no se actuaron nuevas pruebas y el acusado recurrido, pese a su obligación legal de asistencia, no asistió a la audiencia de apelación. Empero, no es de aplicación la Ley 31592, de veintiséis de octubre de dos mil veintidós, que modificó el originario artículo 423 del Código Procesal Penal porque entró en vigor con posterioridad al recurso de apelación interpuesto (ex artículo VII, apartado 1, del Código Procesal Penal).

SEGUNDO. Que, respecto del tipo delictivo de prevaricato de derecho, es de tener presente lo siguiente: **1.** Que el artículo 418 del Código Penal, según la Ley 28492, de doce de abril de dos mil cinco, estipula, en lo pertinente, que el juez que dicta resolución manifiestamente contraria al texto expreso y claro de la ley –esta es la conducta típica– será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años. **2.** Que este delito es uno de infracción de deber y especial propio que solo puede cometerlo un juez o un fiscal –de técnicos en Derecho–, cuyo bien jurídico tutelado es el interés estatal por un buen funcionamiento de la Administración de Justicia encomendada al Poder Judicial para su desempeño en el cauce de un proceso –quebranto de la función judicial de decidir aplicando únicamente el derecho de la forma prevista en la Constitución–. **3.** Que las dos resoluciones, según los cargos, se dictaron pese a que el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establecía que “Cualquier controversia relacionada con la ampliación del plazo por parte de la Entidad podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince días hábiles posteriores a la comisión de esta decisión” (artículo 175, último párrafo, del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, modificado por el Decreto Supremo 138-2012-EF, publicado el siete de agosto de dos mil doce), tanto más si en el contrato firmado entre el Gobierno Regional de Amazonas y el Consorcio,



cláusula decimoquinta, se estipuló el arbitraje como mecanismo de solución de controversias. 4. Que la conducta delictiva requiere que el juez dicte resoluciones contra el texto claro y expreso de la ley –sustantiva o procesal, de rango constitucional, legal o reglamentario– (contradicción objetiva con el ordenamiento jurídico), lo que exige que se aplique el derecho desconociendo los medios y los métodos de la interpretación aceptables en un Estado de Derecho, apartándose de todas las opciones jurídicas defendibles, esto es, de las interpretaciones usuales y admisibles en derecho, en aquellos casos en los que la norma puede ser susceptible de distintas interpretaciones –no justificable en el plano teórico, lo que se aprecia desde la perspectiva de la legalidad porque la prevaricación comienza con el abandono de dicho principio y no desde las convicción del juez, porque en tal caso la subjetivización del delito conduce a la justificación de cualquier decisión judicial (STSE de 3 de febrero de 2009)–; la ilegalidad ha de ser flagrante, la resolución judicial ha de ser irracional y, por ello, no resulta objetivamente sostenible, siendo uno de los supuestos la falta absoluta de competencia, tan patente y manifiesta que pueda ser apreciada por cualquiera –el juez dispone algo contrario a lo que la ley permite disponer, o sea, manda o prohíbe algo que esa ley no manda o no prohíbe–. 5. Que, subjetivamente, el juez debe tener plena conciencia del carácter ilegal de su decisión, de su avocamiento a un determinado proceso, pese a que utilizando los métodos usuales de interpretación de la ley no llegaría a la posición que asumió –las lógicas indiciarias son claves en esta determinación– (dolo directo). 6. Que es indiferente que la decisión prevaricadora sea recurrida o no por las partes, o que el Tribunal Superior la confirme o la revoque [cfr.: BENLLOCH PETIT, GUILLERMO y otros: *Lecciones de Derecho Penal – Parte Especial*, 6ta. Edición, Editorial Atelier, Barcelona, 2019, pp. 400-303. ABOSO, GUSTAVO EDUARDO: Código Penal de la República Argentina, Tomo II, 5ta. Edición, Editorial IBdeF, Montevideo – Buenos Aires, 2018, pp. 1418-1421. MORILLAS CUEVAS, LORENZO y otros: *Sistema de Derecho Penal – Parte Especial*, 2da. Edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2016, pp. 1202-1204. Muñoz Conde, Francisco: *Derecho Penal – Parte Especial*, 19na. Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 857-860. ORTS BERENGUER, ENRIQUE y otros: *Derecho Penal – Parte Especial*, 3ra. Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 782-785. CREUS, CARLOS: *Derecho Penal Parte Especial*, Tomo II, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999, pp. 316-318. SOLER, SEBASTIÁN: *Derecho Penal Argentino*, Tomo V, 9va. Reimpresión, Editorial TEA, Buenos Aires, 1983, p. 213].

TERCERO. Que es evidente que, objetivamente, se infringió patentemente el citado artículo 175, último párrafo, del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, modificado por el Decreto Supremo 138-2012-EF, publicado el siete de agosto de dos mil doce. El juez es técnico en Derecho y a él le corresponde aplicar el ordenamiento y afirmar su competencia objetiva en tanto presupuesto



procesal controlable de oficio. Este precepto impedía que los conflictos jurídicos derivados de contratos públicos se diluciden en el Poder Judicial: la vía idónea era la conciliación y/o el arbitraje. La claridad del enunciado normativo es obvia, tanto más si el contrato público derivaba la dilucidación de controversias a la conciliación y/o arbitraje. Ninguna interpretación de ese dispositivo podía autorizar que asuma una competencia objetiva de la que carecía por completo.

∞ El que las partes no dijeran nada al respecto no cambia la realidad de un objetivo incumplimiento de la ley. El tipo delictivo castiga esa contradicción entre la ley y la resolución judicial, el apartamiento consciente del derecho; no integra su contenido alguna lógica de corrupción, sino directamente la infracción al ordenamiento –en todo caso, no puede confundirse el dolo con el móvil: STSE de 23 de marzo de 2009]–.

∞ El dolo directo debe ser materia de un análisis específico en tanto hecho subjetivo que debe ser probado. Para ello debe resaltarse que se está ante un técnico en derecho y, por ello, es dable atribuirle conocimiento del derecho, más aún si el nivel de contradicción entre ley y decisión es manifiesto, lo que aparece evidente desde los hechos probados. Nada indica, en todo caso, que se trató de un error que elimina el dolo.

CUARTO. Que el Tribunal Superior obvió el análisis probatorio desde las exigencias típicas del delito de prevaricato –el hecho, que también ha de interpretarse, establece asimismo cómo ha de determinarse el sentido del Derecho, de las disposiciones legales, y su aplicación o subsunción–. Las consideraciones que el Tribunal Superior esbozó, indicadas en el fundamento fáctico cuarto, no son pertinentes y relevantes al *sub judice*, según se ha adelantado *up supra*.

∞ El imputado, hemos señalado, no asistió a la audiencia de apelación; y, por tanto, no es posible cambiar la declaración de hechos probados, sin que haya tenido la oportunidad de responder a los cargos en esta sede y contrastarlos con el material probatorio documental disponible. Por tanto, la sentencia de vista solo puede ser rescindente.

QUINTO. Que, en cuanto a las costas, no cabe su imposición desde que se le da la razón a la Fiscalía y el imputado no asistió al juicio.

DECISIÓN

Por estas razones: **I.** Declararon **FUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR DE AMAZONAS contra la sentencia superior de fojas quinientos cuarenta y seis, de tres de septiembre de dos mil veintiuno, que absolvió a Albarino Díaz Arrobas de la acusación fiscal formulada en su contra



por delito de prevaricato en agravio del Estado – Poder Judicial; con todo lo demás que al respecto contiene. **II.** En consecuencia, **ANULARON** dicha sentencia; y, reponiendo la causa el estado que le corresponde, **ORDENARON** que otro Colegiado Superior realice nuevo juicio oral. **III.** Sin costas. **IV.** **DISPUSIERON** se transcriba la presente decisión al Tribunal Superior de origen para que proceda conforme a Ley; registrándose. **V.** **MANDARON** se lea esta sentencia en audiencia pública, se notifique inmediatamente y se publique en la página web del Poder Judicial. **INTERVINO** el señor juez supremo Coaguila Chávez por vacaciones de la señora jueza suprema Altabás Kajatt. **HÁGASE SABER** a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

LUJÁN TÚPEZ

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

CARBAJAL CHÁVEZ

CSMC/YLPR

- **Recurso de Apelación N° 51-2021-Ancash/Sala Penal Permanente**, de fecha 28.06.2022 (Ponente: Altabás Kajatt).

El fiscal dispuso no ha lugar a la formalización ni continuación de la investigación preparatoria; sin embargo, sí existían elementos de convicción que justificaban el ejercicio de la acción penal, contraviniendo las funciones propias de su cargo, lo que implicaría una conducta omisiva. Entonces, habría una presunta ilicitud: el delito de omisión de ejercicio de la acción penal.



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
APELACIÓN N.º 51-2021
ÁNCASH

Infundada la apelación

En el caso concreto, los agravios del recurrente no son de recibo. El *a quo* sustentó su decisión de declarar infundada la excepción de improcedencia de acción y estableció que los hechos sí constituyen delito, conforme se ha verificado en esta instancia suprema. Por tanto, el recurso de apelación no puede prosperar, al no configurarse lo previsto en el artículo 6, numeral 1, literal b, del Código Procesal Penal.

Lima, veintiocho de junio de dos mil veintidós

AUTOS y VISTOS: el recurso de apelación interpuesto por el encausado **Yonel Francisco Jara Espinoza** contra la Resolución número 4, del siete de septiembre de dos mil veintiuno (foja 90), emitida por la Sala Mixta Descentralizada de Huarí de la Corte Superior de Justicia de Áncash, que declaró infundada la excepción de improcedencia de acción deducida por el mencionado recurrente, quien ejerce su autodefensa, en el proceso que se le sigue por el delito contra la administración de justicia-omisión del ejercicio de la acción penal, en agravio del Estado-Ministerio Público y Poder Judicial.

Intervino como ponente la señora jueza suprema ALTABÁS KAJATT.

CONSIDERANDO

I. Fundamentos del recurso de apelación

Primero. El encausado Yonel Francisco Jara Espinoza interpuso recurso de apelación (foja 100) y sostuvo los siguientes argumentos:

- 1.1.** El juez de garantías resolvió la excepción planteada con un criterio inverosímil, sin amparar sus fundamentos en los preceptos normativos, doctrinarios y jurisprudenciales. Tampoco se centró en interpretar el tipo penal materia de imputación, pues los hechos no son típicos, en cuanto concurrieron causas de atipicidad absoluta



y relativa por falta de elementos objetivos y porque los hechos no se subsumen en el tipo penal.

- 1.2. Los fundamentos del juez no responden a la excepción planteada por el recurrente, pues se dedujo que el hecho denunciado no constituye delito, no si es justiciable penalmente como resolvió el señor juez.
- 1.3. El verbo rector del tipo penal es la omisión; sin embargo, de la descripción fáctica no se aprecia si el recurrente omitió o no omitió, pues de por medio existe una disposición a través de la cual se dispuso no formalizar la investigación preparatoria, lo que la ley no prohíbe.
- 1.4. El *a quo* no valoró correctamente los fundamentos vertidos en el escrito y sustentados en audiencia, pues no llegó a determinar si la conducta imputada por el Ministerio Público realmente satisface los elementos del tipo, omitiendo fundamentar y motivar su decisión.

II. Hechos imputados

Segundo. Los cargos imputados son los siguientes:

A. Imputación concreta

Se atribuye a Yonel Francisco Jara Espinoza que, en el ejercicio de su función como fiscal adjunto provisional de la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Antonio Raimondi, durante la etapa de investigación preliminar en la Carpeta Fiscal número 1306034500-2013-166-0, seguida en contra de Bettsy Melissa Melgarejo Acuña por los delitos de usurpación de funciones, encubrimiento real y falsificación de documentos, omitió ejercitar la acción penal, en tanto que contraviniendo su deber de persecución del delito y titular de la acción penal, contemplado en los artículos 1 y 11 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, procedió a emitir la Disposición número 3, del catorce de agosto de dos mil catorce, en la aludida carpeta fiscal, mediante la



cual dispuso la no formalización ni continuación de la investigación preparatoria contra la antes mencionada, pese a existir elementos de convicción, como los siguientes: **a)** acta de reconocimiento de persona, del siete de diciembre; **b)** declaración de Teodomiro Alva Alcántara, del siete de diciembre; **c)** declaración de Nicasio Trujillo Marino, del siete de diciembre; **d)** declaración de Oswaldo Epifanio Espinoza Olacua, del siete de diciembre; y **e)** declaración de Salvador Gregorio Jara, del siete de diciembre; los que justificarían la promoción del ejercicio de la acción penal. Por tanto, no ejercer la acción penal, pese a que se cumplía con todas las exigencias que se establecen en el artículo 336, inciso 1, del Código Procesal Penal, esto es, se contaba con indicios reveladores de la existencia de los delitos ya mencionados, la acción penal no había prescrito y se había individualizado a la imputada.

B. Circunstancias precedentes

2.1. Mediante Oficio número 1000-2013-MP/ODCI.DJ.ANCASH, del dos de septiembre de dos mil trece, la Oficina Desconcentrada de Control Interno de Áncash remitió a la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Antonio Raimondi copias certificadas de la denuncia penal formulada por Antedoro Loja Chuqui y Janet Yonna Dueñas Ramos, presentada el veintisiete de mayo de dos mil diecisiete, ante la Mesa de Partes de la Fiscalía Suprema de Control Interno, en contra de la abogada Rocío Jacqueline Montoro Luna y Bettsey Melissa Melgarejo Acuña (asistente administrativa de la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Antonio Raimondi), por la presunta comisión de los delitos de usurpación de funciones, encubrimiento real y falsificación de documentos, en agravio de Antedoro Loja Chuqui, Gaudencia Gómez Merino, Janet Yonna Dueñas Ramos y el Estado-Ministerio Público; a fin de que se proceda con realizar las investigaciones correspondientes al



esclarecimiento de los hechos relacionados con la actuación de la servidora Bettsy Melissa Melgarejo Acuña, en la diligencia de levantamiento de cadáver de Juan Pablo Loja Gómez, realizada el veintiocho de junio de dos mil doce, en el lugar denominado Mesa Patac, distrito de Mirgas, provincia de Antonio Raimondi, departamento de Áncash.

- 2.2.** En mérito de ello, mediante Disposición número 1, del veintisiete de diciembre de dos mil trece, se abrió investigación contra la antes mencionada por los delitos aludidos en la Carpeta Fiscal número 1306034500-2013-166-0, la cual fue designada al fiscal adjunto provincial Yonel Francisco Jara Espinoza. Posteriormente, mediante Disposición número 2, del veintiocho de febrero de dos mil catorce, se dispuso la ampliación de la investigación por el plazo de sesenta días y una serie de diligencias a realizar.

C. Circunstancias concomitantes

- 2.3.** Mediante Disposición número 3, del catorce de agosto, **Yonel Francisco Jara Espinoza**, en su calidad de fiscal adjunto provincial a cargo de la mencionada investigación, dispuso declarar no haber lugar a formalizar ni continuar con la investigación preparatoria precisando como único fundamento el expuesto a continuación:

En el presente caso materia de investigación se han recabado medios probatorios en los cuales no se ha determinado la comisión de los delitos denunciados, siendo que en la declaración de la denunciante Janet Yonna Dueñas Ramos ha manifestado no haber interpuesto ninguna denuncia [...] contra Bettsy Melissa Melgarejo Acuña y Rocío Jacqueline Montoro Luna y que no se ratifica en dicha denuncia porque no la interpuso y menos sus suegros [...]. Se recabó la declaración de la persona de Antedoro Loja Chuquí en su calidad de denunciante, quien manifestó que no se ratifica en su denuncia porque nunca lo interpuso en contra de la persona de Bettsy Melissa Melgarejo Acuña [...]. Con lo indicado se dejó



constancia –de– la comunicación telefónica sostenida por el fiscal responsable de la investigación con la persona de Gaudencia Gómez Merino, uno de los denunciantes [...], quien manifestó que en ningún momento interpuso denuncia [sic].

En ese sentido, como hecho concomitante cabe apreciar que la Disposición número 3, de archivo, se basó en argumentos que constituyen una motivación aparente, lo que pone en evidencia la decisión del acusado de archivar indebidamente dicha investigación seguida en la Carpeta Fiscal número 1306034500-2013-166-0.

D. Circunstancias posteriores

- 2.4.** El cinco de diciembre de dos mil dieciséis, mediante Oficio número 2857-2016-MOP-FPPC-ANTONIO RAIMONDI, Germán Fidel Ruiz Sánchez, en su condición de fiscal provincial provisional de la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Antonio Raimondi, informó a la Oficina Desconcentrada de Control Interno que el encausado Yonel Francisco Jara Espinoza habría incurrido en la presunta comisión de los delitos de omisión de actos funcionales, encubrimiento real y encubrimiento personal, al no haber remitido copias certificadas a la comisión de procesos administrativos disciplinarios, por las presuntas faltas graves cometidas por la servidora Bettsy Melissa Melgarejo Acuña, por su participación en una diligencia de levantamiento de cadáver.
- 2.5.** Ante ello, la Oficina Desconcentrada de Control Interno de Áncash, mediante Disposición número 49-2017-MP/ODCI-ANCASH, si bien resolvió declarar infundada dicha denuncia, en su considerando 3.12, luego del análisis de los actuados, señaló que el fiscal Yonel Francisco Jara Espinoza, a pesar de que existían elementos de convicción que vinculaban a la denunciada Bettsy



Melissa Melgarejo Acuña con la presunta comisión del delito de usurpación de funciones, dispuso archivar la investigación, porque existían indicios razonables de que habría incurrido en la presunta comisión del delito de omisión del ejercicio de la acción penal, lo cual ameritaba que fuera investigado, disponiendo que se extraigan copias para que se genere un nuevo caso en el que se le investigue por el delito en mención.

III. Antecedentes procesales

Tercero. Conforme a los recaudos aparejados al presente incidente, se desprende el siguiente itinerario procesal:

- 3.1. De acuerdo con el cargo de ingreso del veintiséis de agosto de dos mil diecinueve, la Fiscalía Superior Civil y Familia de Áncash presentó requerimiento acusatorio en contra de Yonel Francisco Jara Espinoza, en su condición de fiscal adjunto provincial provisional de la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de la Provincia de Antonio Raimondi, por el delito contra la administración de justicia-omisión del ejercicio de la acción penal, en agravio del Estado-Ministerio Público y Poder Judicial.
- 3.2. Mediante Resolución número 1, del primero de octubre de dos mil diecinueve (foja 32), el señor juez superior dispuso, entre otros, correr traslado a los sujetos procesales por el término de diez días. Asimismo, mediante Resolución número 3, del treinta de junio de dos mil veintiuno (foja 60), se citó a los sujetos procesales a la audiencia preliminar de control de acusación.
- 3.3. Llevada a cabo la aludida audiencia, el señor juez superior, mediante Resolución número 4, del siete de septiembre de dos mil veintiuno (foja 90), decidió declarar infundada la excepción de improcedencia de acción deducida por Yonel Francisco Jara



Espinoza, quien ejerce su autodefensa en el proceso que se le sigue por el delito contra la administración de justicia-omisión del ejercicio de la acción penal, en agravio del Estado-Ministerio Público y Poder Judicial.

- 3.4. Dicha decisión fue impugnada en apelación por el aludido encausado, la cual fue concedida mediante Resolución número 6, del dieciséis de septiembre de dos mil veintiuno (foja 111), disponiéndose a elevar los actuados a la Corte Suprema.
- 3.5. Elevados los actuados a esta Sala Suprema, se corrió el traslado respectivo a las partes procesales mediante decreto del veintitrés de noviembre de dos mil veintiuno (foja 24 del cuadernillo formado en esta instancia suprema). Así, mediante auto de calificación del dieciocho de enero de dos mil veintidós (foja 29 del cuadernillo formado en esta instancia suprema), esta Sala Suprema declaró bien concedido el recurso impugnatorio del encausado. Luego, por decreto del ocho de junio de dos mil veintidós (foja 35 del cuadernillo formado en esta instancia suprema), se señaló fecha para audiencia de apelación.
- 3.6. La audiencia se realizó mediante el aplicativo *Google Hangouts Meet*, con la presencia de la defensa de la encausada y del representante del Ministerio Público. Una vez culminada, se produjo la deliberación de la causa en sesión secreta, en virtud de la cual, tras la votación respectiva, el estado de la causa es el de emitir la decisión de alzada.

IV. Fundamentos del Tribunal Supremo

Cuarto. En materia recursal, la limitación del conocimiento del juez *ad quem* (juez revisor) constituye un imperativo respecto a los extremos impugnados de la resolución dictada por el juez *a quo* (juez de instancia), pues opera el principio del efecto parcialmente devolutivo, bajo el aforismo *tantum devolutum quantum appellatum*, a partir del cual el



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
APELACIÓN N.º 51-2021
ÁNCASH

Tribunal Superior en grado debe reducir los límites de su resolución únicamente a las cuestiones promovidas en el recurso impugnatorio, las cuales configuran, en estricto, la denominada "competencia recursal del órgano de alzada".

Quinto. Esta Sala Suprema, en la Casación número 1967-2019/Apurímac, estableció que el principio de limitación recursal está referido a la demarcación del ámbito de la decisión que posee el Tribunal revisor, pues solo le está permitido emitir pronunciamiento, con relación a la resolución recurrida, a lo que ha sido objeto de cuestionamiento por quien recurre y a lo que se pretende. Esto es, la decisión del Tribunal encuentra su límite en los agravios y pretensión postulados. En otras palabras, quien conoce la alzada no puede apartarse de los límites fijados por quien impugna una decisión judicial.

Sexto. En el caso concreto, se declaró infundada la excepción de improcedencia de acción planteada por el recurrente. Con relación a ello, esta Sala Suprema¹, en anterior pronunciamiento, señaló que la excepción de improcedencia de acción tiene lugar "cuando el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente" (artículo 6, numeral 1, literal b, del Código Procesal Penal). Incide, por tanto, en la carencia de objeto jurídico penal de la imputación, en que el hecho que integra la disposición fiscal o la acusación fiscal, de un lado, no constituye un injusto penal o, de otro lado, no cumple una condición objetiva de punibilidad o está presente una causa personal de exclusión de pena (excusa absolutoria). Con relación a que el hecho no constituye delito, este comprende dos supuestos: que la conducta incriminada no esté prevista como delito en

¹ Sentencia de Casación número 1974-2018/La Libertad, del siete de octubre de dos mil veinte, segundo párrafo del fundamento de derecho primero.



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
APELACIÓN N.º 51-2021
ÁNCASH

el ordenamiento jurídico penal vigente o que el suceso fáctico no se adecúe a la hipótesis típica de la disposición penal preexistente.

Séptimo. Así, el recurrente cuestiona que no se respondió a lo planteado en su escrito de excepción, pues se sustentó que el hecho denunciado no constituye delito; sin embargo, el juez superior resolvió analizando si el hecho no es justiciable penalmente. Al respecto, revisada la resolución emitida en primera instancia, se aprecia que, en el fundamento 4.1, el *a quo* sí llegó a establecer que el hecho constituye delito, precisando que el actuar del encausado se circunscribe a una conducta de omisión, al no ejercer la acción penal contra Bettsey Melissa Melgarejo Acuña por la presunta comisión del delito de usurpación de funciones y otros. Indicó que el tipo penal tiene a "omitir" como verbo rector. Preciso que se le imputa al recurrente un actuar antijurídico, pues la omisión de sus funciones contraviene el derecho y el tipo penal imputado. Acotó que su actuar contravenía las funciones propias de su cargo de fiscal. Finalizó señalando que la conducta imputada (omisiva) no solo recogía la tipificación debida, sino también la punibilidad respectiva.

Octavo. Si bien en el fundamento 4.2 se concluye que "el hecho sí es justiciable penalmente", los fundamentos que expuso para arribar a ello se referían al otro presupuesto de la excepción de improcedencia de acción, esto es, a que "el hecho no constituye delito", determinándose que lo imputado sí constituía delito. Cabe precisar que, en el caso concreto, se le atribuye al encausado, en su condición de fiscal adjunto provincial provisional, haber omitido ejercitar la acción penal contra Bettsey Melissa Melgarejo Acuña, a pesar de que existían elementos de convicción que la vinculaban con la presunta comisión del delito de usurpación de funciones. Al respecto, el tipo penal previsto en el artículo 424 del Código Penal es claro y describe el siguiente supuesto de hecho: "El



Fiscal que omite ejercitar la acción penal será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años". En consonancia con ello, el Ministerio Público señala, además, que no se habrían tenido en consideración elementos de convicción, tales como: "a) acta de reconocimiento de persona de fecha siete de diciembre; b) declaración de Teodomiro Alva Alcántara de fecha siete de diciembre; c) declaración de Nicasio Trujillo Marino de fecha siete de diciembre; d) declaración de Oswaldo Epifanio Espinoza Olacua de fecha siete de diciembre; e) declaración de Salvador Gregorio Jara de fecha siete de diciembre" (sic), los cuales justificarían la promoción del ejercicio de la acción penal, de conformidad con el inciso 1 del artículo 336 del Código Procesal Penal. De ahí que es evidente que el relato fáctico se subsume en el tipo delictivo de "omisión de ejercicio de la acción penal". Por tanto, el agravio propuesto no es de recibo.

Noveno. Por otro lado, se cuestiona que el *a quo* no se centró en *interpretar* el tipo penal materia de imputación, pues los hechos no son típicos, en cuanto concurren causas de atipicidad absoluta y relativa por falta de elementos objetivos y porque los hechos no se subsumen en el tipo penal. Al respecto, como se ha mencionado precedentemente, los hechos imputados sí se encuentran tipificados como tal en el artículo 424 del Código Penal y estos se encuentran subsumidos en él; con relación a si concurren causas de atipicidad absoluta o relativa, estos también se descartan, desde que se imputa una conducta claramente omisiva —requerida por el tipo penal— al recurrente.

Décimo. Asimismo, de la descripción fáctica no se aprecia si el recurrente omitió o no omitió, pues se indica que el recurrente omitió ejercitar la acción penal; sin embargo, luego se señala que este dispuso declarar no ha lugar a formalizar o continuar con la investigación preparatoria, cuestionando que la ley no prohíbe esto último. Al respecto, es cierto que en la imputación se señala que el encausado,



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
APELACIÓN N.º 51-2021
ÁNCASH

en su condición de fiscal, emitió la Disposición número 3, del catorce de agosto de dos mil catorce, por la cual dispuso no ha lugar a la formalización ni a la continuación de la investigación preparatoria en contra de Bettys Melissa Melgarejo Acuña; sin embargo, también se señala que dicha disposición se dio pese a que existían elementos de convicción, tales como actas y una serie de testimonios que justificaban la promoción del ejercicio de la acción penal; contraviniendo, por ello, las funciones propias de su cargo, lo que implicaría, cómo no, una conducta omisiva.

Decimoprimer. Aunado a ello, se indica que el *a quo* no valoró correctamente los fundamentos vertidos en el escrito y sustentados en audiencia. Al respecto, de acuerdo con el fundamento quinto de la resolución cuestionada, se aprecia que el juez de primera instancia descartó lo alegado por el recurrente con relación a que su decisión estuvo arreglada a derecho, pues gozaba de la independencia y criterio que le da el artículo 5 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, precisando que este argumento atacaba el fondo de la imputación y que no era idóneo para el medio técnico de defensa planteado. En igual sentido, descartó los argumentos relacionados con la autonomía e independencia fiscal y señaló que estos no podían ser debatidos en una excepción, sino en el devenir del juicio.

Decimosegundo. En este contexto, se aprecia que los agravios del recurrente no son de recibo. El *a quo* sustentó su decisión de declarar infundada la excepción de improcedencia de acción y estableció que los hechos sí constituirían delito, conforme se verificó en esta instancia suprema. Por tanto, el recurso de apelación no puede prosperar, al no configurarse lo previsto en el artículo 6, numeral 1, literal b, del Código Procesal Penal.



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
APELACIÓN N.º 51-2021
ÁNCASH

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los señores jueces supremos integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República **DECLARARON INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por el encausado **Yonel Francisco Jara Espinoza**; en consecuencia, **CONFIRMARON** la Resolución número 4, del siete de septiembre de dos mil veintiuno (foja 90), emitida por la Sala Mixta Descentralizada de Huari de la Corte Superior de Justicia de Áncash, que declaró infundada la excepción de improcedencia de acción deducida por el mencionado recurrente, quien ejerce su autodefensa, en el proceso que se le sigue por el delito contra la administración de justicia-omisión del ejercicio de la acción penal, en agravio del Estado-Ministerio Público y Poder Judicial. Hágase saber a las partes apersonadas en esta instancia Suprema.

Intervino el señor juez supremo Núñez Julca por vacaciones del señor juez supremo Coaguila Chávez.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

ALTABÁS KAJATT

NÚÑEZ JULCA

SEQUEIROS VARGAS

CARBAJAL CHÁVEZ

AK/ulc

- **Radicación 61868 (AP4722-2022)-Sala de Casación Penal** (Colombia), de fecha 05.10.2022.

En el contexto colombiano, la Corte Suprema de Justicia se pronunció indicando las diferencias entre el prevaricato por acción y prevaricato por omisión, indicando que esencialmente el primero se presenta cuando se profiere una decisión manifiestamente contraria a la ley, y el segundo cuando el servidor público omite, retarda, rehúsa o deniega un acto propio de sus funciones.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Magistrado Ponente

AP4722-2022

Radicación 61868

Acta 233

Bogotá, D. C., cinco (5) de octubre de dos mil veintidós (2022).

VISTOS:

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de víctimas, contra el auto proferido el 17 de febrero de 2022 por el Tribunal Superior de Barranquilla, mediante el cual precluyó la actuación seguida contra **Soraya Emilia Daza Comas**, Juez Promiscuo Municipal de Repelón, por el delito de prevaricato.

HECHOS:

Con el fin de precisar la conducta se debe señalar cuál fue la actuación procesal y qué decisiones profirió la Juez



Promiscuo Municipal de Repelón, **Soraya Emilia Daza Comas.**

En el proceso de expropiación adelantado por Salomón Melo Cepeda, mediante sentencia del 2 de agosto de 2016, el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Sabanalarga, Atlántico, entre otras determinaciones, resolvió:

***“Primero.** Decretar, como en efecto se hace, la expropiación a favor del señor Salomón Melo Cepeda, del terreno denominado “Carrizal” en una extensión de 8.2258 hectáreas, identificado con la matrícula inmobiliaria número 045-011225, ubicado en el corregimiento Rotinet del municipio de Repelón, de propiedad de los demandados..., cuyas coordenadas aparecen en la resolución número 0820001, expropiación que se ordena para el desarrollo del proyecto minero proveniente del contrato número 16070, lo anterior de acuerdo a las consideraciones que anteceden esta providencia.”*

***Tercero.** Ordénese al demandante consignar a favor de los demandados por concepto de indemnización la suma de cuarenta y un millones ciento veintinueve mil pesos (41.129.000.00), cifra global establecida por el Ministerio de Minas y Energía en la resolución número 082-301 del 1 de febrero de 2013, confirmada por la resolución número 08200003 del 3 de julio de 2013, una vez realizada la consignación se librará despacho comisorio a efectos de que se realice la entrega del bien inmueble y se ordenará el registro de esta sentencia junto con el acta de entrega para que sirvan de título de dominio al demandante, de conformidad con lo anotado en precedencia.” (Se subraya)*

Posteriormente, en auto del 26 de septiembre de 2016, ordenó librar el despacho comisorio pertinente al Juzgado Promiscuo Municipal de Repelón para realizar la diligencia



de entrega del bien. Sin embargo, la Juez **Soraya Emilia Daza Comas** ordenó el 14 de octubre del mismo año, volver la comisión al no existir auto mediante el cual se ordena la comisión.

Ante esa situación, el 11 de noviembre de 2016, el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Sabanalarga, no sin antes reconocer que en la sentencia no se había comisionado al Juzgado promiscuo Municipal de Repelón, dispuso lo siguiente:

“Para el cumplimiento de la providencia proferida por este despacho el 6 de agosto de 2016, librese despacho comisorio al Juzgado Promiscuo de Repelón, para que cumpla con la comisión decretada sobre el inmueble objeto del presente proceso y realice la entrega del mismo al demandante, tal como quedó consignado en la respectiva sentencia.”

Anéxesele al mismo la respectiva copia del respectivo proceso junto con el presente auto.” (Se subraya)

Mediante auto de 26 de enero de 2017, la Juez **Soraya Emilia Daza Comas** decidió regresar nuevamente el despacho comisorio. Reiteró que no se había enviado el auto mediante el cual se la comisionaba. Ante esa situación, el 21 de marzo de 2017, con base en la constancia secretarial en el que se informaba que el comisionado solicitaba subsanar la omisión indicada, el comitente resolvió:

“Para el cumplimiento de la sentencia proferida por éste despacho en fecha 2 de agosto de 2016, librese despacho comisorio al Juzgado Promiscuo Municipal de Repelón, Atlántico, para que



cumpla con la comisión decretada sobre el inmueble objeto del presente proceso y realice la entrega del mismo al demandante, tal como quedó consignado en la respectiva sentencia, anéxesele al mismo la respectiva sentencia de expropiación de fecha 2 de agosto de 2016, el auto que ordenó la comisión de fecha 11 de noviembre de 2016 y el presente auto, previo pago de las copias por el demandante, realizado lo anterior se ordenará remitir en forma inmediata con la debida comisión y que una vez cumplido sea devuelto, en consecuencia, a este juzgado.”

El 23 de mayo de 2017, la Juez **Soraya Daza Comas** se declaró impedida para conocer de la actuación. Adujo que la solicitud de vigilancia administrativa de la gestión había propiciado, en su sentir, enemistades con el actor.

El Juez Promiscuo Municipal de Luruaco no aceptó el impedimento. El Juez Segundo Promiscuo del Circuito de Sabanalarga lo declaró infundado y además previno a la juez para que proceda a cumplir sin más dilaciones la orden impartida por la Juez Primero Promiscuo del Circuito de la misma sede.

El 19 de julio de 2017, la Juez Promiscuo de Repelón, **Soraya Daza Comas** estimó que no se había enviado la totalidad del expediente y por lo tanto requirió al Juzgado Promiscuo del Circuito de Sabanalarga para que remitiera lo anunciado.

El 24 de agosto de 2017, finalmente, designó un perito topógrafo para que identificara las coordenadas del predio con el fin de proceder a su entrega.



Ante la dificultad de determinar el predio que hace parte de otro de mayor extensión, regresó el despacho comisorio a su oficina de origen.

Actuación Procesal Relevante:

El Fiscal delegado solicitó la preclusión de la actuación por atipicidad de la conducta con fundamento en el numeral 4 del artículo 332 de la Ley 906 de 2004.

Hizo un detallado recorrido del trámite procesal y de las decisiones dictadas por la Juez **Soraya Emilia Daza Comas** durante el curso de la actuación.

Analizó la sentencia del 2 de agosto de 2016, en la cual el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Sabanalarga decretó la expropiación de una parte del predio de mayor extensión denominado “Carrizal”, ubicado en el municipio de Repelón. Señaló, después de referir que en la sentencia no se precisó cuál era la fracción del inmueble a entregar y que esa imprecisión generó el problema ante la imposibilidad de ejecutar la sentencia por falta de identificación del predio y por las deficiencias en los actos de comisión.

Considera en ese escenario que la conducta de la doctora **Soraya Emilia Daza Comas** es objetivamente atípica de los delitos de prevaricato por acción y omisión. Primero, porque las decisiones que dictó al considerar que no existía providencia que la comisionara o por no precisar la comisión, no son actos manifiestamente contrarios a la ley y ni siquiera



a los preceptos que regulan la materia. Segundo, porque no entregar el inmueble ante la dificultad de identificarlo no significa que se haya rehusado de cumplir la comisión, sino que le fue imposible hacerlo.

En esas condiciones considero que la actuación es objetivamente atípica y por lo tanto solicito la preclusión de la actuación.

La petición fue respaldada por el Ministerio Público y por supuesto la defensa la compartió.

El Tribunal se pronunció favorablemente a la solicitud y precluyó la actuación mediante auto del 17 de febrero de 2022.

Contra esta decisión el apoderado de víctimas interpuso y sustentó el recurso de apelación que el tribunal concedió.

PROVIDENCIA RECURRIDA:

Explica que el delito de prevaricato por acción, según la descripción del artículo 413 de la Ley 599 de 2000, consiste en proferir resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley.

Aduce, como lo tiene dicho la jurisprudencia, que dicha ilegalidad supone acreditar cuáles fueron las normas transgredidas, cuál fue la interpretación que de ellas se hizo y las circunstancias bajo las cuales se dejó de aplicar o se



aplicó una norma en particular, para a partir de allí determinar si la decisión es manifiestamente contraria a la ley.

De otra parte, señala que según el artículo 414 de la misma ley, el injusto de prevaricato por omisión se estructura cuando el servidor público omite, retarda, rehúsa o deniega un acto propio de su función. Eso bajo el entendido de que *“omitir es abstenerse de hacer o pasarla en silencio, retardar es diferir, detener, entorpecer o dilatar la ejecución del algo; rehusar es excusar, no quiere o no aceptar; y denegar es no conceder lo que se pide o solicita, y que alguno de esos verbos rectores recaiga sobre algún deber jurídico -de origen constitucional o legal— que haga parte de las funciones que desempeña.”*

Dicho lo anterior, en cuanto al caso concreto, menciona que la solicitud de preclusión se presentó con fundamento en la causal 4 del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, esto es, por atipicidad objetiva.

Explica que el fiscal, con base en los antecedentes de la actuación, sostuvo que en la sentencia no se determinó el bien expropiado y así mismo que en principio las comisiones para la entrega del predio son formalmente discutibles por no haber determinado los términos de la misma, razón por la cual la actuación de la Juez **Soraya Emilia Daza Comas** no es típica del delito de prevaricato ni por acción ni por omisión.

En ese orden refiere que la Juez Promiscuo Municipal de Repelón profirió varias decisiones en el curso del trámite



realizado con ocasión de la comisión impartida por el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Sabanalarga y dividió, en orden a analizar las supuestas ilegalidades, la actuación en tres fases.

La primera, explica el tribunal, está compuesta por el trámite que se origina en el auto del "14 de octubre de 2016", mediante el cual la Juez decidió devolver el comisorio al Juzgado de origen, aduciendo que *"no existe el auto mediante el cual se haya librado despacho comisorio para efectos de dar cumplimiento a la sentencia del 2 de agosto de 2016 proferida por el mencionado juzgado tal como lo establece el inciso 1 del artículo 33 del Código de Procedimiento Civil."*

De esta fase, dice, hace parte igualmente el auto dictado el 26 de enero de 2017. En esta determinación, proferida luego de que el 11 de noviembre de 2016 el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Sabanalarga librara el despacho comisorio pertinente, remitiendo copia del expediente, la Juez dispuso regresar el despacho comisorio al no cumplir, en su criterio, con las exigencias del artículo 39 del Código General del proceso. Señaló:

"la providencia que confiere una comisión indicará su objeto con precisión y claridad. El despacho que se libre llevará una reproducción del contenido de aquella, de las piezas que haya ordenado el comitente y de las demás que soliciten las partes, siempre que soliciten las expensas en el momento de su solicitud. En ningún caso se remitirá al comisionado el expediente original."



Ante esta manifestación, el 21 de marzo de 2017, el Juzgado comitente le insistió, sin variar su contenido, en la orden impartida.

Para el Tribunal, estas decisiones que hacen parte de la llamada primera fase no son contrarias a la ley, pues los artículos 33 del Código de Procedimiento Civil y 39 del Código General del Proceso, señalan que la comisión “*indicará su objeto con precisión y claridad.*” Si ello es así, como en la sentencia no se indicó que se debía comisionar al Juzgado de Repelón y en los autos posteriores no se “*precisa el predio a entregar y lo que se hace es una remisión a la sentencia del 2 de agosto de 2016, sin mayores disquisiciones argumentativas*”, dichas actuaciones no trasgreden la ley y muestran que la juez pretendía sujetarse a las reglas que regulan la comisión entre autoridades judiciales, no desconocerlas.

La segunda etapa, para el tribunal, está constituida por la declaración de impedimento de la Juez **Soraya Emilia Daza Comas**.

Los impedimentos son producto de la dinámica procesal, dice la decisión. En este caso, la funcionaria judicial consideró la petición de vigilancia judicial un acto hostil y una expresión de enemistad que surgió durante el trámite de la actuación. En esas condiciones la búsqueda de imparcialidad no puede considerarse una maniobra para incumplir con la comisión. Mas que una actuación dilatoria, ese proceder es “*muestra de protección de los principios rectores de la actuación procesal.*”



La tercera etapa está compuesta por la imposibilidad de entregar el predio conforme a la comisión impartida. Explica que la expropiación está permitida en los términos del artículo 58 de la Constitución Política y detalla cuál es el trámite administrativo y judicial que en estos casos se debe seguir, los requisitos y documentos que deben acompañarse a la demanda.

Critica a la Juez Primero Promiscuo del Circuito de Sabanalarga por tramitar el proceso con una visión formal y por no identificar la porción del inmueble a expropiar, hecho que llevó no solo a que no se pudiera entregar el predio, sino a impartir comisiones con vacíos que impedían precisar el alcance de la comisión y la autoridad encargada de cumplirla.

En esas circunstancias la juez no incurrió en el delito de prevaricato por acción ni por omisión, pues actuó como lo ordena el artículo 39 del Código General del Proceso al no atender las órdenes iniciales, y cuando lo pudo hacer, le fue imposible materializar la entrega ante la dificultad de identificar el predio.

Concluye, entonces, que la conducta es atípica y por esa razón la preclusión es procedente.

EL RECURSO:

Según el **apoderado de víctimas**, la juez **Soraya Emilia Daza Comas** actuó contra la ley. En su criterio, no se trata



de establecer si la Juez del Circuito de Sabanalarga decidió el proceso de expropiación como corresponde, o si hubo fallas en el trámite judicial, sino de que la Juez comisionada se rehusó a cumplir insistentemente con la comisión, incluso bajo la excusa de impedirse sin fundamento con el fin de no atender la delegación.

Para el abogado recurrente, el dolo consiste en violar la ley. Transgresión que en este caso llevó a la falta de justicia. Aduce que como consecuencia de ese proceder omisivo han transcurrido más de cinco años sin que se pueda hacer efectiva la sentencia. Esto, en su parecer, contradice la Constitución que habla de efectividad y menos procesalismo. Pero el culto a la forma ha sido, en su entender, la excusa para prolongar una situación negativa y perjudicial para el demandante. Bastaba, dice, llevar dos o tres testigos, identificar el inmueble y proceder a la entrega, sin necesidad de recurrir a pruebas inoportunas que hicieron imposible materializar la decisión.

Solicita, en consecuencia, revocar la providencia que favoreció a la juez indiciada.

LOS NO RECURRENTES.

El **Fiscal Delegado** considera que el recurrente se refirió a generalidades y no controvertió las razones del Tribunal. Por lo tanto pidió declarar desierto el recurso.



No obstante, considera que es evidente que la Juez no incurrió en ningún delito. Quizá quien sí lo hizo fue la Juez del Circuito que falló sin consideración a la obligación de identificar perfectamente el predio materia del proceso de expropiación.

Por esa razón solicita, en caso de conceder el recurso, confirmar la providencia apelada.

La **Representante del Ministerio Público**, si bien está de acuerdo con la petición del fiscal, estima que en casos similares, atendiendo los derechos de la víctima, la Corte ha estudiado de fondo la impugnación.

Estima que el tribunal explicó los pormenores del proceso de expropiación y las deficiencias al interior de dicho trámite, en cuanto no se identificó el predio a expropiar, con el problema adicional de que hace parte de otro de mayor extensión. Eso demuestra la dificultad de que en la práctica no se pudiera realizar la entrega del inmueble y la razón por la cual no se configura el delito de prevaricato por acción ni por omisión.

La Juez, entonces, en su concepto, actuó de acuerdo con la ley, como lo hizo desde el momento en que denotó que no se cumplían las condiciones para iniciar con el trámite de entrega al no haberse precisado los términos de la comisión por parte del Juzgado del Circuito.



El **defensor** de la indiciada solicita, en acuerdo con el fiscal, que se deniegue el recurso por falta de sustentación.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. De acuerdo con el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 906 de 2004, la Corte es competente para conocer del recurso de apelación contra el auto proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, mediante el cual decidió que las conductas atribuidas a **Soraya Daza Comas**, Juez Promiscuo Municipal de Repelón, Atlántico, son atípicas de los delitos de prevaricato por acción y omisión, descritos en los artículos 413 y 414 del Código Penal y, en consecuencia, precluyó la actuación.

2. El Tribunal señaló con acierto en qué consisten los delitos de prevaricato por acción y por omisión. En esencia, indicó que el primero se presenta cuando se profiere una decisión manifiestamente contraria a la ley, y el segundo cuando el servidor público omite, retarda, rehusa o deniega un acto propio de sus funciones (*artículos 413 y 414 del Código penal*).

Decidió, como lo solicitó la fiscalía, que las conductas atribuidas a la Juez **Soraya Daza Comas** objetivamente *no* se adecúan a los tipos penales que describen las conductas de prevaricato, y resolvió con fundamento en el numeral 4 del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, decretar la preclusión de la actuación, en cuanto formal y procesalmente la juez no ha sido acusada por la comisión de los delitos indicados, ni



por ningún otro relacionado con los hechos que componen esta actuación.

3. La comisión es una forma de realizar la jurisdicción. Es una institución mediante la cual se le encomienda a una autoridad judicial distinta a la que tramita el proceso la realización de ciertas actuaciones judiciales -entre ellas la entrega de bienes— que no pueden efectuarse en la sede en la cual se ventila el proceso.

En materia civil, según el artículo 39 del Código General del Proceso, la providencia que confiere una comisión debe indicar *“su objeto con precisión y claridad”*. Es comprensible. Se trata de una exigencia destinada a determinar exactamente la comisión con el fin de que el juez no exceda la delegación que se le encomienda, establecer los poderes y facultades que tiene en relación con la comisión que se le asigna, y de evitar, según el artículo 40 del mismo código, todo exceso que en esa materia propicie la nulidad la actuación. De allí que la precisión y claridad al otorgar la comisión no sea una simple formalidad, sino una condición sustancial para determinar su objeto y alcance.

Esta apreciación es importante para establecer si la Juez **Soraya Emilia Daza Comas** adecuó su comportamiento a los delitos que se le atribuyen.

4.- El tribunal, al analizar la conducta la fraccionó en tres etapas: una, relacionada con las primeras actuaciones en las que por temas procedimentales la Juez **Soraya Daza**



Comas regresó en tres ocasiones el despacho comisario; la segunda, por haberse impedido ante la queja formulada por el demandante ante el Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico para que vigilara especialmente la actuación, y la última, por no haber entregado el inmueble al no lograr su identificación.

Para el apoderado de víctimas, aun cuando no lo explicó suficientemente, se trata de una sola conducta compuesta por varios actos que terminaron en la denegación de justicia, al no cumplir la Juez Promiscuo Municipal de Repelón la comisión que le impartió el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Sabanalarga, consistente en entregar el predio denominado "*Carrizal*", de una extensión de 8.2258 hectáreas, el cual hace parte de otro de mayor extensión ubicado en la vereda Rotinet, jurisdicción del municipio de Repelón, sede de la juez comisionada.

5. No se cuenta con elementos materiales probatorios suficientes para conglobar los distintos actos procesales y sostener que la no entrega del inmueble denominado "*Carrizal*", al no lograr su identificación ni aun con el auxilio de peritos, sea el epílogo de maniobras y de actos tendientes a no cumplir la comisión que le impartió a la Juez Promiscuo de Repelón, la Juez Primero Promiscuo del Circuito de Sabanalarga. A pesar de que se trata de actos que hacen parte de un mismo trámite, no se puede sostener que las decisiones iniciales mediante las cuales la Juez **Soraya Daza Comas** se abstuvo de cumplir la comisión impartida por la Juez Primero del Circuito de Sabanalarga, sean parte de un



plan diseñado para no entregar finalmente el predio “Carrizal”.

En cuanto a este último aspecto, como lo sostuvo la fiscalía y lo precisó el tribunal, la Juez Primero Promiscuo del Circuito de Sabanalarga se limitó a referir que se trataba de un predio descrito en la Resolución número 08200001 del 1 de febrero de 2013 expedida por el Ministerio de Minas y Energía, y ordenó sobre esa base la expropiación parcial del fundo “Carrizal”, en una extensión de 8.2258 hectáreas del total de 22 hectáreas que conforman el fundo, sin señalar los linderos generales del bien y los específicos que corresponden al objeto de expropiación.

Al no haberse identificado el bien expropiado, la Juez se encontró con la dificultad de cumplir la comisión, incluso pese a la designación de un experto, como le hubiera ocurrido a cualquier otro juez en las mismas condiciones. De manera que ante esa evidencia, no realizar la entrega del predio no constituye una denegación de justicia ni una rebeldía contra la Juez comitente.

En este sentido, se insiste que la mención que se hizo del inmueble con base en la resolución del Ministerio de Minas y Energía, constituye una información general sobre los linderos del predio de mayor extensión, no sobre los del inmueble a entregar, de modo que la dificultad de cumplir con la comisión, desde este punto de vista, es cuando menos problemática.



En consecuencia, si desde el punto de vista de la tipicidad del delito de prevaricato por acción, la contrariedad de la decisión con la ley debe ser manifiesta, ostensible o evidente, la de la Juez **Soraya Daza Comas**, en cuanto a este segmento se refiere, no lo es. Es perfectamente explicable que si no se identificó el bien materia de entrega no se podía cumplir la comisión. Así que si la determinación de volver el despacho comisorio al no poder ejecutar la entrega es jurídicamente admisible, ese mismo hecho no puede servir de fundamento para realizar un juicio negativo para sostener que se rehusó a hacerlo.

6. De otra parte, la lectura que hizo la Juez **Soraya Daza Comas** de la comisión que inicialmente se le impartió no es el producto de una concepción formal en la que prime más la cultura del inciso que la finalidad de la institución y la realización del valor justicia, como en principio parecería que lo es.

Hay que analizar la situación en contexto y bajo la idea expuesta de que toda comisión debe ser concreta y precisa para delimitar las facultades del juez respecto a la delegación y evitar nulidades por extralimitación de la competencia deferida.

Para empezar, en la sentencia del 2 de agosto de 2016 no se comisionó al Juzgado Promiscuo Municipal de Repelón para realizar la entrega. Simplemente se dijo, en el numeral tercero de la parte resolutive, que realizada la consignación se *“librará despacho comisorio a efectos de que se realice la entrega del*



bien". En esa medida, si según el artículo 39 del Código General del Proceso, "la providencia que confiera una comisión indicará su objeto con precisión y claridad", entonces eso significa que la comisión no fue impartida en los términos del artículo mencionado. A esta interpretación se apegó la Juez **Soraya Daza Comas** para volver el despacho comisorio a la juez comitente.

Eso provocó que el 11 de noviembre de 2016 se enviara nuevamente la comisión. En el auto correspondiente se resolvió:

"Para el cumplimiento de la providencia proferida por este despacho el 6 de agosto de 2016, librese despacho comisorio al juzgado Promiscuo de Repelón, para que cumpla con la comisión decretada sobre el inmueble objeto del presente proceso y realice la entrega del mismo al demandante, tal como quedó consignado en la respectiva sentencia.

Anéxesele copia del respectivo proceso junto con el presente auto."

La cuestión es clara: la sentencia y el auto, integran el objeto y alcance de la comisión.

En la primera se ordena la expropiación del bien y se dispone en términos generales que se debe comisionar para su entrega, sin mencionar el juzgado comisionado. Al existir un vacío sobre la autoridad comisionada, en auto del 11 de noviembre se determinó el juez comisionado, el objeto de la



comisión y se ordenó remitir la totalidad del expediente para su cumplimiento.

Si se analiza la parte resolutive de las providencias, tal como se indican, queda la duda de si la Juez **Soraya Daza Comas** se rehusó a cumplir la comisión con base en lecturas formales de los preceptos legales. Pero si se miran los informes secretariales que son la base de esas decisiones, se puede constatar que la Juez **Soraya Daza Comas** no actuó contra la ley, o por lo menos no abiertamente. Por esa misma razón, rehusarse a cumplir la comisión no es una conducta que cumpla con las notas de tipicidad del artículo 414 del Código Penal.

Véase:

Está acreditado que en la sentencia del 2 de agosto de 2016 no se indicó la autoridad comisionada. En ella, como se ha indicado, en lo pertinente se dijo:

“Ordénese al demandante consignar a favor de los demandados por concepto de indemnización la suma de cuarenta y un millones ciento veintinueve mil pesos (41.129.000.00), cifra global establecida por el Ministerio de Minas y Energía en la resolución número 082-301 del 1 de febrero de 2013, confirmada por la resolución número 08200003 del 3 de julio de 2013, una vez realizada la consignación se libraré despacho comisorio a efectos de que se realice la entrega del bien inmueble y se ordenará el registro de esta sentencia junto con el acta de entrega para que sirvan de título de dominio al demandante, de conformidad con lo anotado en precedencia.” (Se subraya)



Aquí es donde se produce la primera manifestación de la Juez: según ella, conforme a la sentencia del 2 de agosto de 2016 no existe orden que la comisione. Tendría la Juez que inferir, ateniéndose al lugar de ubicación del inmueble, que había sido comisionada para la entrega del predio, pero no porque expresamente se dijera. Por esta razón, en el auto del 11 de noviembre de ese año, se aclaró que el comisionado, por la ubicación del inmueble, era el Juzgado Promiscuo Municipal de Repelón.

En este sentido, es importante destacar el informe secretarial que precede a dicho auto, en el cual se afirma lo siguiente:

“Informe secretarial. Señora Juez a su despacho el presente proceso de Expropiación, promovido por Salomón Melo Cepeda contra Aníbal Ruíz Cantillo y otros. Informándole que se regresó despacho comisorio enviado por el Juzgado Promiscuo Municipal de Repelón, manifestando que no existe auto que ordene la comisión.” (se resalta)

Los informes secretariales son la demostración plena de que la Juez **Soraya Daza Comas** no actuó ni contra la ley ni con la finalidad de abstenerse arbitrariamente de cumplir la comisión, debido a que como se ha indicado, no existía inicialmente providencia que determinara quién y cuál era el objeto de la comisión.

Lo mismo sucedió al regresar nuevamente el expediente al Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Sabanalarga, después del auto del 11 de noviembre. Aun cuando de la



parte resolutive de dicha providencia se podría pensar que se había subsanado la irregularidad atinente a la comisión, la constancia secretarial nuevamente permite concluir que no fue así. En esta anotación secretarial se indicó:

“Informe secretarial. Señora Juez a su despacho el presente proceso de Expropiación, promovido por Salomón Melo Cepeda contra Pedro Aníbal Ruíz Cantillo y otros. Informo que se regresó despacho enviado por el Juzgado Promiscuo Municipal de Repelón, manifestando que sea subsanada la omisión de comisionar al juzgado. Marzo 21 de 2017”

7. Como se afirmó, es función de los jueces hacer efectivos los derechos y sus decisiones. En ese propósito las comisiones están diseñadas como un acto de colaboración al interior de la rama judicial para que las sentencias no sean la expresión formal de actos simbólicos. Pero la efectividad de los derechos no llega al extremo de que no se precise cuál es la autoridad comisionada y el objeto de la comisión. Esta exigencia es sustancial pues, como se dijo, la competencia deferida no puede exceder los términos de la delegación, dado que el comisionado actúa a nombre de quien le confía la realización de la diligencia que es en principio privativa de su competencia.

Es cierto que muchas veces se hace una exagerada lectura de los incisos para omitir las funciones y deberes que los funcionarios judiciales deben cumplir. Sin embargo, este no es el caso. Las decisiones de la Juez **Soraya Daza Comas** son comprensibles en el marco del conjunto de las providencias que se dictaron con base en informes



secretariales que daban cuenta que no se había cumplido con el deber de concretar cuál era la autoridad comisionada o de informar la providencia mediante la cual se hacía esa delegación.

Eso de una parte. De otra, no está en discusión, y se acepta, que la descripción del bien no fue la mejor y que eso dificultó su entrega. Pero ese es un hecho posterior. En este sentido, la dificultad de cumplir la comisión implica no que se rehusó, sino que era imposible hacerlo en esas circunstancias.

Desde ese margen es indudable que la conducta es atípica objetivamente, pues la juez ni se rehusó a cumplir la comisión, ni dictó providencias manifiestamente contrarias a la ley, incluida aquella en que hizo conocer su impedimento ante circunstancias que consideró que afectaban el recto proceder de la jurisdicción.

8. Acerca de la causal 4 prevista en el artículo 332 de la Ley 906 de 2004, la Sala en el CSJ AP3168-2018, Rad. 53107, ha precisado:

“La Sala tiene pacíficamente sentado que la decisión por la cual se decreta la preclusión tiene efectos de cosa juzgada, de modo que un pronunciamiento favorable a la pretensión de poner fin anticipado a la actuación exige que la causal que la funda se encuentre demostrada de manera cierta o, lo que es igual, que respecto de la misma no exista duda o posibilidad de verificación contraria con un mejor esfuerzo investigativo.” (Se subraya)



Los medios de convicción permiten llegar a la convicción de que la conducta atribuida a la Juez **Soraya Daza Comas**, en cuanto a la negativa de cumplir la comisión por razones distintas a la dificultad de identificar el inmueble es atípica objetivamente: no actuó manifiestamente contra la ley y, por lo tanto, tampoco rehusó voluntariamente cumplir un acto propio de sus funciones, conducta penalizada en el artículo 414 del Código Penal. Igualmente es atípica objetivamente del delito de prevaricato, no haber cumplido con la orden de entrega, por razón de las circunstancias indicadas.

Al estar acreditado que las conductas analizadas son atípicas, la preclusión es procedente. En consecuencia, se confirmará la decisión de instancia.

Con fundamento en lo anterior, La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE:

Confirmar la providencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla el 17 de febrero de 2022, por medio de la cual decretó la preclusión de la actuación a favor de la Juez **Soraya Emilia Daza Comas**.

Contra esta decisión no proceden recursos.

Notifíquese y Cúmplase

FABIO OSPITIA GARZÓN
Presidente



Segunda Instancia 61868
CUI 08001600125720180542201
Soraya Emilia Daza Comas



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



MYRIAM ÁVILA ROLDÁN



FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS



GERSON CHAVERRA CASTRO



Segunda Instancia 61868
CUI 08001600125720180542201
Soraya Emilia Daza Comas

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



HUGO QUINTERO BERNATE

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

Resolución para la Unidad 12 (Cibercriminalidad):

- **Sentencia del Tribunal Supremo (España) 494/2023**, de fecha 22.06.2023 (Procedencia: Recurso de Casación N° 3986/2021).

En el presente caso se analiza el juicio inferencial del dolo a partir de la utilización de programas de intercambio de archivos. La idea de que la simple utilización de un programa peer to peer para descargar e intercambiar archivos no presume la existencia del dolo constituye una premisa irrenunciable. Sin embargo, en el caso concreto, el acusado, al realizar tan desmesuradas descargas de archivos de contenido pornográfico infantil, era forzosamente consciente de que con su actividad facilitaba a otros usuarios la difusión de los archivos que él mismo contribuía a multiplicar.

STS 494/2023, 22 de Junio de 2023

Ponente: MANUEL MARCHENA GOMEZ
ECLI: ES:TS:2023:3065
Número de Recurso: 3986/2021
Procedimiento: Recurso de casación
Número de Resolución: 494/2023
Fecha de Resolución: 22 de Junio de 2023
Emisor: Tribunal Supremo - Sala Segunda, de lo Penal
Id. vLex VLEX-938633054

Link: <https://app.vlex.com/vid/938633054>

Original

DELITO DE POSESIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE PORNOGRAFÍA INFANTIL, art. 189 del CP. Juicio inferencial del dolo a partir de la utilización de programas de intercambio de archivos. Aplicación de la agravante "notoria importancia" del art. 189.2.e). No concurre la atenuante de dilaciones indebidas.

Texto

Contenidos

- ANTECEDENTES DE HECHO
 - PRIMERO
 - SEGUNDO
 - TERCERO
 - CUARTO
 - QUINTO
 - SEXTO
 - SÉPTIMO
- FUNDAMENTOS DE DERECHO
- FALLO

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 494/2023

Fecha de sentencia: 22/06/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3986/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 21/06/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Procedencia: Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: OVR

Nota:

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 494/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Vicente Magro Servet

D.^a Susana Polo García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 22 de junio de 2023.

Esta Sala ha visto recurso de casación con el nº 3986/2021, interpuesto por la representación procesal de D. Ildefonso , contra la sentencia dictada el 30 de marzo de 2021 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el Rollo de Sala nº 115/2021, que desestimó el recurso de apelación contra la sentencia de fecha 5 de enero de 2021 dictada

en el procedimiento abreviado nº 1073/2019 dimanante de la Sección 23ª de la Audiencia Provincial de Madrid, por la que fue condenado el recurrente como autor responsable de un delito de posesión y distribución de material pornográfico infantil, habiendo sido parte en el presente procedimiento el condenado recurrente representado por la procuradora Dª. Laura Lozano Montalvo; y defendido por el letrado D. Francisco Javier Lozano Montalvo, interviniendo asimismo el Excmo. Sr. Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

El Juzgado de Instrucción número 22 de Madrid, tramitó procedimiento abreviado núm. 1637/2016 por delito de distribución y tenencia de material pornográfico infantil, contra D. Ildefonso; una vez concluso lo remitió a la Sección 23ª de la Audiencia Provincial de Madrid, (proc. abreviado nº 1073/2019) y dictó Sentencia en fecha 5 de enero de 2021 que contiene los siguientes hechos probados "PRIMERO.- Relato. Se declaran probados los siguientes hechos, en los que se basa la acusación:

1. -1.- Con motivo de la investigación llevada a cabo por la Comandancia de la Guardia Civil de las Palmas, Unidad Orgánica de Policía Judicial, Equipo Territorial de DIRECCION000 por presunto delito de tenencia y distribución de pornografía infantil a través de Internet, se localizó, a través del programa QUIJOTE a varios usuarios que descargaban pornografía infantil a través de programas de intercambio de archivos P2P (Peer to Peer), utilizando la red edonkey, en concreto, al usuario de la IP NUM000, con USERHASH NUM001, descargando archivos de contenido pedófilo, en los que aparecían menores de corta edad exhibiéndose y manteniendo relaciones sexuales.

El 28 de septiembre de 2.015, por el titular del Juzgado de Instrucción nº 1 de Arrecife, en el seno de las Diligencias Previas 3166/2015 se dictó Auto, por el que se acordó, requerir a la compañía MOVISTAR-RIMA Telefonía de España S.A.U., a fin de que identificase a los titulares de las direcciones de IP investigadas, en concreto la IP NUM000, con USERHASH NUM001.

En contestación al oficio remitido, MOVISTAR-RIMA Telefonía de España S.A.U. informó que las conexiones de la IP NUM000, correspondían al acusado Ildefonso, con DNI NUM002 y cómo tal conexión estaba ubicada en la vivienda sita en la CALLE000 n.º NUM003., de la ciudad de Madrid, vinculada al número de línea telefónica NUM004.

EL Juzgado de Instrucción Nº 1 de Arrecife, se inhibió en favor de los juzgados del partido judicial de Madrid respecto de los hechos por los que estaba siendo investigado, entre otros, a Ildefonso, cuyos datos de filiación constan mayor de edad y sin antecedentes penales, correspondiendo el conocimiento del citado testimonio al

Juzgado de Instrucción 22 de Madrid, el que ordenó la práctica de gestiones para investigación a la Unidad Orgánica de Policía Judicial Equipo EMUME (Mujer y Menor) Comandancia de la Guardia Civil de Madrid.

1-2.- El Juzgado de Instrucción 22 de Madrid mediante Auto, debidamente motivado, de fecha 12 de noviembre de 2016, autorizó, la entrada y registro en el domicilio de Ildefonso, sito en la CALLE000 n.º NUM003. de Madrid.

La citada diligencia de entrada y registro se practicó a presencia del Letrado de la Administración de Justicia, el día 30 de noviembre de 2.016, por los Guardias Civiles con TIP: NUM005, NUM006, NUM007, NUM008, y NUM009, con el resultado, que obra a los folios 169 y siguientes de actuaciones, el que se da por reproducido; incautándose: 25 discos duros, 1 pendrive y 1 ordenador marca HP COMPAQ con número de serie NUM010; y en un análisis superficial del material informático encontrado en la vivienda, se localizó archivos inequívocamente pedófilos.

El ordenador se encontraba conectado a Internet a través de conexión WiFi con la ISP "Movistar" mediante la IP NUM011 en cuya ruta L:\ DIRECCION001, en la carpeta " DIRECCION002" se pudo acreditar que el acusado almacenaba 1104 elementos, la mayor parte de ellos con contenido pedófilo y siglas como " pthc, 10Yo, 12Yo, Pedo, preteen, 8Yo...", entre ellos:

1. -"(DIRECCION003";
2. -"(DIRECCION004." en el que se observa a una niña de 11 años masturbándose delante de la cámara con una casita de muñecas de fondo;
3. - " DIRECCION005" en el que se observa a menores de edad manteniendo relaciones sexuales explícitas;
4. - " DIRECCION006" en el que se observa a menores de edad manteniendo relaciones sexuales explícitas;
5. -" DIRECCION007" en el que se observa a menores de edad manteniendo relaciones sexuales explícitas;
6. - " DIRECCION008" en el que se observa a una niña de 10 años masturbando a un varón;
7. - " DIRECCION009" en la que se observa a dos niños de unos 10 años manteniendo relaciones sexuales entre sí y realizando penetraciones anales y bucales, entre otros.

En el programa eMule el acusado utilizaba como criterios de búsqueda "pthc" y "mylittleiolita"., habiéndose detectado en la carpeta de compartidos gran número de ficheros disponibles para el resto de usuarios de Internet, sin que durante la diligencia de entrada y registro se acreditara la existencia de archivos en proceso de descarga.

Los investigadores localizaron también otros archivos de nombre pedófilo almacenados por el acusado en otro disco duro instalado en el ordenador, clasificados en la carpeta situada en la ruta N:\ DIRECCION010, marcada como oculta, que contenía archivos con nombre y contenido pedófilos como "(pthcenter)(opva)(2012) Cat Godess Frontal Anal.avi" entre otros muchos.

1.3.- En el posterior análisis del resto de los discos duros intervenidos se pudo verificar que, en concreto:

1. - En el Disco duro marca SEAGATE, modelo ST1000DM003, número de serie NUM012 con 1TB de capacidad, el acusado almacenaba 3.421 archivos de fotografía de contenido pedófilo explícito, en las que se plasman escenas de sexo explícito con menores de corta edad como felaciones, penetraciones anales y vaginales e introducción de objetos por dichas vías y 25 archivos de video de contenido similar. (Folios 551 a 554. Evidencia 13.
2. - En el disco duro marca WD, modelo WD1200BEVS, con número de serie NUM013 de 120 Gb de capacidad, el acusado almacenaba 3 archivos de video que contienen imágenes de sexo explícito con menores. (Folios 518 a 522). Evidencia 9.
3. - En el disco duro marca SANDISK, modelo SDSSDHP-256GB, con número de serie NUM014 de 256 Gb de capacidad, el acusado almacenaba 367 archivos de contenido pedófilo, entre ellos, 141 archivos con imágenes de una menor (12-16 años) en bikini y posando con diversos conjuntos, 12 archivos de video en los que se observa a una menor en ropa interior y bailando y 2 archivos de video que contienen imágenes de sexo explícito con menores de gran crueldad. (Folios 524 a 531). Evidencia 10.
4. - En el disco duro marca WD, modelo WDBABV5000ABK-00, con número de serie NUM015 de 500 Gb de capacidad, el acusado almacenaba más de 45.000 archivos de contenido pedófilo y relacionado (menores posando), entre ellos, a modo de ejemplo, en la ubicación G:\Emule ordenar\yogirl, 143 archivos, en su mayoría videos que contienen imágenes de sexo explícito con menores de gran crueldad, se localizó un video en el que aparece una menor de 9 años atada de brazos y piernas a la que un perro lame sus genitales. (Folios 538 a 550). Evidencia 12
5. - En el disco duro marca FUJITSU, modelo MHV2080BH, con número de serie NUM016 de 80 Gb de capacidad, el acusado almacenaba más de 19.000 archivos de contenido pedófilo, entre ellos, a modo de ejemplo, en la subcarpeta G:\ DIRECCION011 33 archivos de video que contienen imágenes de sexo explícito con menores de gran crueldad en los que se observa a menores de 13 años manteniendo relaciones sexuales con otros menores y personas adultas, siendo agredidas sexualmente por vía vaginal y anal. (Folios 555 a 560). Evidencia 14.
6. - En el disco duro marca WD, modelo WD500ME-01, con número de serie NUM017 de 500 Gb de capacidad, el acusado almacenaba más de 14.000 archivos relacionados con los delitos investigados, entre ellos, a modo de ejemplo, en la ubicación GAINCOMING CLASIFICARILITTLEOFFICE se localizaron 8509 archivos, en su mayoría fotografías y videos que contienen imágenes de menores de 14 a 17 años de

edad posando con conjuntos de ropa y en la subcarpeta "G:\ DIRECCION012" 3517 fotografías de contenido pedófilo, algunas de ellas de gran crueldad. (Folios 571 a 576). Evidencia 17..

7. - En el disco duro marca WD, modelo WD320ME-01, con número de serie NUM018 de 320 Gb de capacidad, el acusado almacenaba 98.000 archivos de contenido pedófilo o relacionado (imágenes de menores), entre ellos, a modo de ejemplo, en la subcarpeta G:\ DIRECCION013 el video " DIRECCION014", en la que se observa a un varón manteniendo relaciones sexuales con una niña, en la subcarpeta G:\ DIRECCION015 20.460 archivos, en la subcarpeta G:\ DIRECCION016, 5.099 archivos con imágenes de sexo explícito menores, en la subcarpeta G:\ DIRECCION017 69 videos explícitos de pornografía infantil con niñas adolescentes desnudas, en subcarpeta G:\ DIRECCION018 7524 archivos con imágenes de niñas posando desnudas o semidesnudas y en la subcarpeta G:\ DIRECCION019 otros 12 videos de pornografía infantil. (Folios 577 a 582). Evidencia 18.
8. - En el disco duro marca TOSHIBA, modelo MK2035GSS, con número de serie NUM019 de 200 Gb de capacidad, el acusado almacenaba más de 100.000 archivos de contenido pedófilo o relacionado (imágenes de menores posando), entre ellos, a modo de ejemplo, en la subcarpeta DIRECCION020 studio 2846 archivos que contienen imágenes de sexo explícito con menores, algunos de ellos de gran violencia, en la subcarpeta DIRECCION021 se localizaron 12 archivos en PDF en los que el acusado realizó una sistematización en forma de catálogo de videos y fotos de contenido pedófilo, con indicación de tipo de archivo, descripción física de los menores... y en la subcarpeta DIRECCION022 mayo 2012 se localizó un archivo comprimido NUM020 con 1278 archivos pedófilos. (Folios 584 a 590). Evidencia 19.
9. - En el disco duro marca SAMSUNG, modelo HD160JJ, con número de serie NUM021 de 160 Gb de capacidad (Evidencia 20) el acusado almacenaba más de 1.126 archivos de contenido pedófilo o relacionado (imágenes de menores posando), entre ellos, a modo de ejemplo, en la subcarpeta " DIRECCION002" de Emule, destino de los archivos que se descargan en su totalidad y que estaban siendo compartidos con el resto de usuarios, se localizan 1126 archivos, algunos de ellos de gran dureza tanto por la edad de los menores como por las agresiones que les habían realizado (DIRECCION023 DIRECCION024 - DIRECCION025 DIRECCION026, DIRECCION027, DIRECCION028, DIRECCION029, DIRECCION030, DIRECCION031, DIRECCION032, DIRECCION033, DIRECCION034, DIRECCION007, DIRECCION035, DIRECCION036, DIRECCION037, DIRECCION038

En el interior de la carpeta Emule localizan 2 subcarpetas de nombre " DIRECCION039" que conteniendo 111 y 115 archivos de fotografías de menores posando con diferentes conjuntos de ropa o desnudas. (Folios 594 a 600). Evidencia 20 .

10. - En el disco duro marca SEAGATE, modelo ST3750528AS, con número de serie NUM022 de 750 Gb de capacidad el acusado almacenaba más de 87.500 archivos de contenido pedófilo o relacionado (imágenes de menores posando), entre ellos, a modo de ejemplo, en la subcarpeta DIRECCION040 se localizan imágenes de niñas parcialmente vestidas, en la subcarpeta DIRECCION041 se comprobó analizando la carpeta Emule, que en su archivo NUM035, contaba con 8572 archivos de los cuales la terminología pedófila PTHC se encontró en el nombre de 3020 archivos, Pedofilia en 56 archivos, Pedo en 1373 archivos, LOLITA en 1337 archivos, PTSC en 490 archivos, 2yo (2 años de edad) en 46 archivos, 3yo (3 años de edad) en 44 archivos, 4yo (4 años de edad) en 52 archivos, 5yo (5 años de edad) en 51 archivos, 6yo (6 años de edad) en 91 archivos, 7yo (7 años de edad) en 35 archivos, 8yo (8 años de edad) en 75 archivos, 9yo (9 años de edad) en 203 archivos, 10yo (10 años de edad) en 266 archivos, 11 yo (11 años de edad) en 493 archivos, 12yo (12 años de edad) en 699 archivos, 13yo (13 años de edad) en 361 archivos y 14yo (14 años de edad) en 364 archivos. Así mismo se verificó que el acusado había compartido con otros usuarios 935 archivos, de los que 169 estaban etiquetados como PTHC.

A modo de ejemplo, en relación con los archivos distribuidos, el archivo pedófilo "(DIRECCION042" fue solicitado en 17.149 ocasiones y distribuido a 249 usuarios, el archivo "(DIRECCION043" recibió 1.147 peticiones de descarga por parte de otros usuarios de las que 94 fueron aceptadas, el archivo - DIRECCION044 recibió 8.310 peticiones de descarga por parte de otros usuarios de las que 142 fueron aceptadas, el archivo " DIRECCION045" recibió 929 solicitudes de descarga de las que 52 fueron aceptadas, el archivo "(DIRECCION046" recibió 620 solicitudes de descarga de las que 79 fueron aceptadas, el archivo " DIRECCION047" recibió 429 solicitudes de descarga de las que 38 fueron aceptadas, el archivo DIRECCION048 recibió 19 solicitudes de descarga de las que 6 fueron aceptadas, el archivo (8) DIRECCION049 recibió 218 solicitudes de descarga de las que 25 fueron aceptadas, el archivo DIRECCION050 recibió 541 solicitudes de descarga de las que 72 fueron aceptadas, el archivo (DIRECCION046 recibió 620 solicitudes de descarga de las que 79 fueron aceptadas, el archivo DIRECCION051 recibió 1608 solicitudes de descarga de las que 89 fueron aceptadas, el archivo DIRECCION052 recibió 749 solicitudes de descarga de las que 59 fueron aceptadas, el archivo [pthc] DIRECCION053 recibió 2910 solicitudes de descarga de las que 132 fueron aceptadas, el archivo [DIRECCION054 recibió 92 solicitudes de descarga de las que 2 fueron aceptadas, el archivo ((DIRECCION055 recibió 93 solicitudes de descarga de las que 11 fueron aceptadas, el archivo DIRECCION056 recibió 22 solicitudes de descarga de las que 5 fueron aceptadas, el archivo (DIRECCION057 recibió 2026 solicitudes de descarga de las que 59 fueron aceptadas, el archivo DIRECCION058 recibió 1780 solicitudes de descarga de las que 74 fueron aceptadas, entre otros muchos. (Folios 601 a 617). Evidencia 22.

11. -En el disco duro marca IOMEGA, modelo GDH DU, con número de serie NUM023 de 7,5 TB de capacidad (Evidencia 21) el acusado almacenaba más de 150.000 archivos de contenido pedófilo o relacionado (imágenes de menores posando), entre ellos, a modo de ejemplo, en la RUTA G:\ DIRECCION059, 42.497 archivos de

nombre y contenido pedófilo de gran violencia tanto por la edad de las niñas como por las agresiones sexuales sufridas, (folios 621 a 631). Evidencia 21.

12. -En el disco duro marca IOMEGA modelo MDHD750-UE, con número de serie NUM024 de 750 Gb de capacidad (Evidencia 23) el acusado almacenaba más de 15.000 archivos de contenido pedófilo o relacionado (imágenes de menores posando), entre ellos, a modo de ejemplo, en la RUTA G:\ DIRECCION060 localizan 150 archivos con menores en actitud sexual explícita, apareciendo en varios de ellos menores de 13 años agredidas sexualmente y realizando felaciones, en la RUTA al DIRECCION061 957 archivos pedófilos y en la RUTA G:\ DIRECCION062 866 archivos pedófilos más. (Folios 632 a 640). Evidencia 23.
13. - En el disco duro marca TOSHIBA, modelo DTB320, con número de serie NUM025 de 2Tb de capacidad (Evidencia 24) el acusado almacenaba más de 34.000 archivos de contenido pedófilo o relacionado (imágenes de menores posando desnudas o semidesnudas), entre ellos, a modo de ejemplo, en la RUTA G:\ DIRECCION063) se localizan 5 subcarpetas conteniendo 1006 archivos de fotografías de una niña entre 12 y 16 años de edad posando desnuda y enfocando a los genitales y posando vestida con diferentes prendas, en la RUTA G:\ DIRECCION064, 21,844 archivos de similares características a los anteriormente descritos pero con otras niñas y en la RUTA G:\ DIRECCION065, 1550 fotografías de niñas adolescentes posando desnudas o semidesnudas. (Folios 642 a 647). Evidencia 24.
14. -En el disco duro marca WD, modelo WD2500, con número de serie NUM026 de 250 Gb de capacidad (Evidencia 26), el acusado almacenaba más de 110.000 archivos en su mayoría de menores de edad posando desnudos o con prendas de lencería. (Folios 648 a 653). Evidencia 26 .
15. - En el disco duro marca SEAGATE, modelo ST3750330AS, con número de serie NUM027 de 750 Gb de capacidad (Evidencia 25) el acusado almacenaba 346.111 archivos de contenido pedófilo o relacionado (imágenes de menores posando desnudas o semidesnudas) repartidos en 5.705 carpetas. (Folios 661 a 889). Evidencia 25.

El acusado utilizaba los archivos intervenidos tanto para distribuirlos como para satisfacer su ánimo libidinoso y lascivo.

SEGUNDO. Motivación del juicio fáctico. La culpabilidad, en el sentido de realización del hecho imputado al acusado, se ha establecido atendiendo al resultado de las pruebas practicadas o reproducidas en el juicio oral, que este Tribunal ha apreciado con el siguiente resultado:

2.1. de la declaración del acusado

El acusado reconoció en el acto del juicio oral vivir en la fecha en la que se produjo la entrada y registro, el 30 de noviembre de 2016, en la CALLE000 número NUM003 de Madrid y como tenía desde hacía meses en el citado domicilio 2 ordenadores de sobremesa y 2 portátiles, teniendo instalado el programa emule en uno de los

ordenadores desde hacía varios años, utilizándolo con frecuencia. No obstante, dijo no saber que con el citado programa lo que se descarga se compartía. Reconoce tener muchos discos duros en los que se descargaba pornografía infantil, al estar descargando durante varios años mediante el programa emule, y cómo estos archivos que después tenían en los discos duros se los descargaba en una carpeta de entrada (incoming) no sabiendo si desde esa carpeta de entrada alguien se había descargado sus archivos. Al afirmar que sabe descargar, pero que nunca compartió. Preguntado por el Ministerio Fiscal por el ingente número de archivos de pornografía infantil (1 millar) de los distintos discos duros incautados en la entrada y registro practicada por la guardia civil, contestó que era posible, manifestando no recordar ni el número ni la nomenclatura que utilizada para la búsqueda expresa de pornografía infantil.

Así pues el acusado reconoce el acceso, la descarga y el almacenamiento de material pornográfico en una cantidad ingente de material pornográfico infantil, negando la difusión de los ficheros.

2.2. de las pruebas practicadas .

i) origen de la investigación

Consta de la documental aportada, dada por reproducida y no impugnada de contrario las pesquisas llevadas a cabo por la Comandancia de la Guardia Civil, Unidad Orgánica de Policía Judicial en el marco de una operación policial iniciada en DIRECCION066 (Lanzarote), en la que se localizaron a varios usuarios que descargaban y compartían pornografía infantil a través de programas de intercambio de archivos peer to peer, utilizando la red Edonkey; y como a través del programa Quijote por la Guardia Civil se pudo localizar al acusado, descargando archivos de contenido pedófilo en los que aparecían menores de corta edad exhibiéndose y manteniendo relaciones sexuales explícitas (folios 6 a 64).

Al (folio 66 a 68) obra el testimonio remitido por los juzgados de instrucción de Arrecife tras oficiar a Movistar a fin de identificar a los titulares de las direcciones IP, figurando Ildelfonso como usuario de la IP NUM000 asociada a línea telefónica NUM004, ubicada en la vivienda sita en la CALLE000 número NUM003 de Madrid (folios 81 a 90, 83 y 85), y en consecuencia el Juzgado de Instrucción de Arrecife se inhibió al partido judicial de Madrid (folio 9, 98 y 99), habiendo correspondido el conocimiento de las citadas diligencias al Juzgado Instrucción 22 de Madrid, el que llevo a cabo la instrucción (folios 110 y 111).

ii) de la entrada y registro practicada

.-El titular del juzgado de instrucción 22 de Madrid, mediante Auto, de fecha 11 de noviembre de 2016, debidamente motivado (folios 164, a 165) autorizó la entrada y registro solicitada por la guardia civil conforme al oficio obrante a los (folios 139 a 163) con el resultado que obra en el al acta levantada al efecto por el Letrado de la Administración de Justicia (folios 169 a 174, 197,198).

.- Fueron incautados: 25 discos duros 1 pendrive y 1 ordenador, en los que se hallaron almacenados los ficheros de contenido pedófilo descargados a través de Internet conforme al acta levantada al efecto, siendo reconocida por el acusado la incautación, de todo el material informático y como este contenía pornografía infantil .

.-Comparecieron al acto del juicio oral como testigos los agentes de la guardia civil que practicaron la citada entrada, destacando a los agentes con TIP NUM006; y NUM028, manifestando este último como había intervenido en la investigación previa de unos hechos por compartir pornografía infantil y como con posterioridad estuvo presente en la entrada y registro practicada en la que buscaban archivos de pornografía infantil que se había descargado, teniendo el has y la dirección IP desde la dirección que se habían compartido archivos; así como la declaración del instructor y del secretario de las diligencias

iii) del análisis realizado por la guardia civil en el momento mismo de la entrada y registro respecto del ordenador y del material incautado.

El análisis inmediato por la guardia civil cuando se practicó la entrada y registro consta al (folio 207 a 234) y constata como el ordenador del acusado cuando se procedió a la entrada y registro se encontraba conectado a Internet a través de conexión WiFi con la ISP "Movistar" mediante la IP NUM011 en cuya ruta L:\ DIRECCION001, en la carpeta " DIRECCION002" se pudo acreditar que el acusado almacenaba 1104 elementos, la mayor parte de ellos con contenido pedófilo y siglas como " pthc, 10Yo, 12Yo, Pedo, preteen, 8Yo...", entre ellos:

1. -(DIRECCION003";
2. -(DIRECCION004." en el que se observa a una niña de 11 años masturbándose delante de la cámara con una casita de muñecas de fondo;
3. - " DIRECCION005" en el que se observa a menores de edad manteniendo relaciones sexuales explícitas;
4. - " DIRECCION006" en el que se observa a menores de edad manteniendo relaciones sexuales explícitas;
5. -" DIRECCION007" en el que se observa a menores de edad manteniendo relaciones sexuales explícitas;
6. - " DIRECCION008" en el que se observa a una niña de 10 años masturbando a un varón;
7. - " DIRECCION009" en la que se observa a dos niños de unos 10 años manteniendo relaciones sexuales entre sí y realizando penetraciones anales y bucales, entre otros.

Informa la guardia civil como en el manejo del programa eMule el acusado utilizaba como criterios de búsqueda "pthc" y "mylittleiolita"., habiéndose detectado en la carpeta de compartidos gran número de ficheros disponibles para el resto de usuarios

de Internet, sin que durante la diligencia de entrada y registro se acreditara la existencia de archivos en proceso de descarga. Por lo que el acusado conocía sobradamente que utilizando el programa eMule al mismo tiempo que él se descargaba los ficheros con contenido pedófilo, estaba compartiendo simultáneamente sus propios ficheros de pornografía infantil con otros usuarios del programa, a la vista del elevado número de archivos detectados en la carpeta de compartidos por defecto.

El citado informe figura como Anexo al atestado levantado al efecto (folios 207 a 234) siendo ratificado en el acto del juicio oral por el instructor del atestado agente de la guardia civil con TIP NUM005 y por el secretario del atestado con TIP NUM007

iv) de la pericial practicada

La guardia civil informó sobre el funcionamiento de la red EDONKEY y del programa QUIJOTE utilizado en la investigación, así como el resultado de la misma (folios 193,194), no desvirtuado el citado informe pericial por el informe pericial presentado por la defensa, el que de forma simple explica el funcionamiento del programa Emule, concluyendo " que toda archivo que es descargado a través del citado programa es automáticamente compartido con el resto de usuarios del sistema que lo soliciten; y como la compartición se produce sin que sea necesario una autorización previa por parte del usuario, sin que el usuario puede evitar que la compartición se produzca, pues, aunque tan sólo una pequeña parte del archivo haya sido descargado, mucho antes de que el usuario que lo descarga tenga opción de comprobar el contenido real que está siendo descargado, éste ya ha sido compartido". Sin embargo en el propio informe pericial aportado por la defensa, al que hacemos referencia se señala " como única y exclusivamente la única opción para conseguir que los archivos en descarga no sean compartidos es quitando manualmente el archivo descargado de la carpeta DIRECCION002", lo que a sensu contrario permite entender la intención de compartir cuando esa carpeta está llena de archivos de contenido pedófilo, toda vez que cualquier actuación del usuario siempre deja huella en el sistema informático y las periciales de la guardia civil concluyen sin género de dudas la intencionalidad por parte del acusado de compartir los videos no sólo los que descargaba sino los que estaban ya descargados y almacenados en su carpeta in coming además de constar por la huella informática dejada como compartió en muchas ocasiones archivos pedófilos tras aceptar la solicitud de 935 archivos, señalando el perito " que esa carpeta contenía 8000 y pico archivos y se demostró que casi 1000 se habían compartido y que los criterios de búsqueda para hacer las descargas dan una evidencia de que estaba buscando archivos de pornografía infantil por la nomenclatura archivos de pornografía infantil.

Los distintos Informes periciales de los discos duros incautados en la entrada y registro figuran en el relato fáctico numerados del 1 al 15, y obran a los siguientes folios: 1.- (551 a 554. Evidencia 13); 2.- (folios 518 a 522. Evidencia 9); 3.- (folios 524 a 531. Evidencia 10); 4.- (538 a 550. Evidencia 12); 5.- (folios 555 a 560. Evidencia 14); 6.- (folios 571 a 576. Evidencia 17); 7.- (folios 577 a 582. Evidencia

18); 8.- (folios 584 a 590. Evidencia 19); 9.- (Folios 594 a 600. Evidencia 20); 10.- folio 601 a 617. Evidencia 22); 11.- (folios 621 a 631. Evidencia 21); 12.- (folios 632 a 640. Evidencia 23); 13.- (folios 642 a 647. Evidencia 24); 14.- (folios 648 a 653. Evidencia 26); 15.- (folios 661 a 889. Evidencia 25).

Los citados informes fueron ratificados en el acto del juicio oral por los peritos que los emitieron:

.-Agente de la guardia civil con TIP NUM005, instructor de las diligencias de aquí de Madrid quien elaboró el atestado confeccionado al efecto obrante al (folio 180 a 234) y declaró a partir del minuto 50:16 de la grabación.

El instructor señala como " las diligencias se iniciaron por sus compañeros de los Las Palmas y cómo después fueron traspasadas a Madrid, haciéndose cargo el equipo mujer y menor en adelante (EMUME) tras haber identificado por el grupo de las Palmas al titular de la línea del domicilio origen de las conexiones desde las cuales se habían descargado archivos de pornografía infantil. Tras haber metido en una base de datos de la propia guardia civil, con un has único para ese archivo y detectar a través del programa de la guardia civil varios usuarios del emule que habían descargado y compartido, archivos de contenido pedófilo. Que de esta información se obtuvo el usuario del EMULE sabían pues la IP desde el que se estaba descargando archivos de pornografía infantil emitiendo un mandamiento judicial el juzgado que lo llevase de Canarias, y al saber que esa dirección IP tenía su domicilio en Madrid, se inhibió a Madrid, dado que esas descargas con compartición venían de Madrid, ordenándoles el juzgado de instrucción de Madrid la continuación de la investigación siendo el jefe de grupo del equipo EMUME en aquella época, por lo que solicitaron un mandamiento de entrada y registro en la dirección de ese IP, pues no sabían quién era el usuario, dado que la IP les informaba que era desde ese domicilio desde donde se habían compartido los archivos pero no se sabía quién era el usuario Por lo que se procedió a través de la entrada y registro, solicitada y autorizada judicialmente el día 30 de noviembre de 2016, en el domicilio sito en la CALLE000 número NUM003 de la localidad de Madrid a la detención de Ildfonso del ordenador que utilizaba tanto para compartir como para descargar la pornografía infantil, y una cantidad ingente de pornografía infantil interviniendo 25 discos duros, un pendrive, los que constan en el acta, archivos de pornografía y el programa emule el que conforme se descarga se comparte, que intervinieron todo y se lo llevaron a la sede DIRECCION067 y ahí solicitaron un clonado al juzgado para no perjudicar el material una vez concedido así se hizo, y se remitió a las Palmas quienes fueron los que emitieron el informe de lo que se había descargado y compartido. Que se hizo un informe en caliente por así decir (folios 207 a 234), verificaron que tenía instalado el programa emule y hacen constar lo que encontraron en el momento noviembre del 2016, con posterioridad clonando se ve la cantidad. Era evidente que se trata de pornografía infantil tan sólo por la nomenclatura correspondiente a la edad seguido de las letras (y) o (yo) se deduce la edad. No obstante se hizo en el momento un visionado a presencia del letrado de la administración de justicia comprobando lo que se estaba viendo y descargando en aquel momento que era pornografía infantil. El acusado se puso muy nervioso pero colaboró dijo cuál era su habitación y donde estaba el ordenador".

.- Agente de la Guardia Civil con TIP NUM007, quien actuó como secretaria de las diligencias y declaró a partir del minuto 01:07:01, informando como las diligencias se traspasaron a Madrid procedente de Las Palmas (folios 180 a 234), en el mismo sentido en el que había declarado ya el instructor de las mismas diligencias, ratificando la incautación del material pornográfico en la entrada y registro practicada en la que estuvo presente junto con los demás compañeros reseñados, así como del análisis por así decir " en caliente" que se llevó a cabo en la propia entrada y registro, conforme consta los (folios 217 a 234) del ordenador, ratificando, lo que había dentro de la carpeta DIRECCION002, los videos de contenido y nombre pedófilo no habiendo dudas del citado contenido porque sacaron muestras, siendo los criterios de búsqueda por el usuario en el programa emule instalado, donde se observan las cadenas de búsqueda "pthc" y " mylittlelolita".

Es de destacar conforme consta en el informe el hallazgo en ese día en la carpeta in coming de un total de 1104 videos almacenados, haciéndose capturas de pantalla para acreditar lo expuesto y de los nombres de los archivos contenidos en esa carpeta en la que se utilizaban siglas para búsqueda archivos pedófilos, mostrando en el informe pericial los fotogramas extraídos de los videos.

Agente de la guardia civil con TIP NUM029 declaró a partir del minuto 59:28, manifestando haber sido el agente que efectuó el clonado de los temas informáticos, conforme al acta levantada al efecto obrante a los (folios 282 a 287), ratificando su pericia;

Agente de la Guardia Civil con TIP NUM030 quien declaró principalmente a partir del minuto 26:38 como perito y como testigo, al haber intervenido previamente a esta investigación con la aplicación del grupo Quijote, observándose IPS con dirección Barcelona y Madrid para conocer las descargas de pornografía infantil; que en Madrid emiten un informe en caliente en el que no participó que después les remitieron un clonado de lo intervenido en la entrada y registro y fue el que hizo el 90% de todos los informes remitidos, ratificándose en los mismos, a los que le dieron un número de evidencias, haciéndose un informe pericial por cada una de las evidencias, ratificándose en cada uno de ellos y para ir agilizando fueron remitiendo estos sin esperar a tener conjunto. Ante los muchos dispositivos se hacen por números de evidencias y así lo fueron remitiendo poco a poco.

Señala el perito como se hicieron informes individualizados de cada una de las evidencias, contestando a preguntas del Ministerio Fiscal de forma detallada sobre cada uno de los informes del volcado, clonado y estudio emitido de todos los realizados, ratificándose en todos y cada uno de ellos:

.- DISCO DURO MARCA WD (folios 519 a 522) EV9

.-DISCO DURO MARCA SANDISK (folios 525 a 535) EV10

.- DISCO DURO MARCA WD (folios 539 a 549) EV12

.- DISCO DURO MARCA FUJITSU (555 a 560) EV14

- .- DISCO DURO MARCA WD (folios 572 a 575) EV17
- .- DISCO DURO MARCA WD (folios 577 a 582) EV18
- .- DISCO DURO MARCA TOSHBA (folios 585 a 589) EV19
- .- DISCO DURO MARCA SAMSUNG (folios 595 a 600) EV20
- .- DISCO DURO MARCA SEAGATE (folios 602 a 617) EV22
- .- DISCO DURO MARCA IOMEGA (folios 621 a 633) EV21, EV22
- .- DISCO DURO MARCA TOSHIBA(folios 642 a 647) EV24,
- .- DISCO DURO MARCA WD (folios 649 a 652) EV26.

A preguntas del Ministerio Fiscal respecto de la EV22 (folios 602 a 617) , la señalada en el relato fáctico con el número (10). Disco duro marca SEGATE modelo ST3750528S, contesta el perito al minuto 33:32 donde afirma " la evidencia peer to peer, por tener descargado en el ordenador de sobre mesa el programa EMULE dispositivo o software donde hace las descargas de archivo de pornografía infantil. Como cualquier usuario se puede instalar o descargar este software en su ordenador y lo que hace el sistema es que cuando te conectas a este servidor compartes archivos, descargas y compartes con todos aquellos usuarios que estén conectados a la red y que tengan este tipo de software instalado en su ordenador para hacer este tipo de descargas. En este caso en particular, las descargas se hacen por defecto como lo hace el sistema en una carpeta temporal que están los archivos mientras se hace la descarga. La carpeta in coming es aquella donde van alojados los archivos una vez finalizada la descarga. Son 2 carpetas diferentes. Know.Met es un listado, documento Excel de todos los archivos que tiene el sistema descargados tanto total como parcialmente. A través del documento Know.Met miraron el número de peticiones para poder compartir y las aceptadas, pudiendo compartir a partir de una determinada cantidad de descargas hecha con el resto de usuarios de la red"

Se le pregunta de forma específica por el informe pericial obrante a los folios 601 y siguientes y, en concreto por la página 8 respecto a haber compartido el acusado 935 archivos, señalando el perito " que esa carpeta contenía 8000 y pico archivos y se demostró que casi 1000 se habían compartido y que los criterios de búsqueda para hacer las descargas dan una evidencia de que estaba buscando archivos de pornografía infantil por la nomenclatura archivos de pornografía infantil.

Así pues ratifica el informe emitido respecto del disco duro marca SEAGATE, modelo ST3750528AS, con número de serie NUM022 de 750 Gb de capacidad, obrante a los (folios 601 a 617). Evidencia 22. En el que el acusado almacenaba más de 87.500 archivos de contenido pedófilo o relacionado (imágenes de menores posando), entre ellos, a modo de ejemplo, en la subcarpeta DIRECCION040 se localizan imágenes de niñas parcialmente vestidas, en la subcarpeta DIRECCION041 se comprobó analizando la carpeta Emule, que en su archivo NUM035, contaba con

8572 archivos de los cuales la terminología pedófila PTHC se encontró en el nombre de 3020 archivos, Pedofilia en 56 archivos, Pedo en 1373 archivos, LOLITA en 1337 archivos, PTSC en 490 archivos, 2yo (2 años de edad) en 46 archivos, 3yo (3 años de edad) en 44 archivos, 4yo (4 años de edad) en 52 archivos, 5yo (5 años de edad) en 51 archivos, 6yo (6 años de edad) en 91 archivos, 7yo (7 años de edad) en 35 archivos, 8yo (8 años de edad) en 75 archivos, 9yo (9 años de edad) en 203 archivos, 10yo (10 años de edad) en 266 archivos, 11 yo (11 años de edad) en 493 archivos, 12yo (12 años de edad) en 699 archivos, 13yo (13 años de edad) en 361 archivos y 14yo (14 años de edad) en 364 archivos. Así mismo se verificó que el acusado había compartido con otros usuarios 935 archivos, de los que 169 estaban etiquetados como PTHC.

A modo de ejemplo, en relación con los archivos distribuidos, el archivo pedófilo "(DIRECCION042" fue solicitado en 17.149 ocasiones y distribuido a 249 usuarios, el archivo "(DIRECCION043" recibió 1.147 peticiones de descarga por parte de otros usuarios de las que 94 fueron aceptadas, el archivo - DIRECCION044 recibió 8.310 peticiones de descarga por parte de otros usuarios de las que 142 fueron aceptadas, el archivo " DIRECCION045" recibió 929 solicitudes de descarga de las que 52 fueron aceptadas, el archivo "(DIRECCION046" recibió 620 solicitudes de descarga de las que 79 fueron aceptadas, el archivo " DIRECCION047" recibió 429 solicitudes de descarga de las que 38 fueron aceptadas, el archivo DIRECCION048 recibió 19 solicitudes de descarga de las que 6 fueron aceptadas, el archivo (8) DIRECCION049 recibió 218 solicitudes de descarga de las que 25 fueron aceptadas, el archivo DIRECCION050 recibió 541 solicitudes de descarga de las que 72 fueron aceptadas, el archivo (DIRECCION046 recibió 620 solicitudes de descarga de las que 79 fueron aceptadas, el archivo DIRECCION051 recibió 1608 solicitudes de descarga de las que 89 fueron aceptadas, el archivo DIRECCION052 recibió 749 solicitudes de descarga de las que 59 fueron aceptadas , el archivo [pthc] DIRECCION053 recibió 2910 solicitudes de descarga de las que 132 fueron aceptadas, el archivo [DIRECCION054 recibió 92 solicitudes de descarga de las que 2 fueron aceptadas, el archivo ((DIRECCION055 recibió 93 solicitudes de descarga de las que 11 fueron aceptadas, el archivo DIRECCION056 recibió 22 solicitudes de descarga de las que 5 fueron aceptadas, el archivo (DIRECCION057 recibió 2026 solicitudes de descarga de las que 59 fueron aceptadas, el archivo DIRECCION058 recibió 1780 solicitudes de descarga de las que 74 fueron aceptadas, entre otros muchos .

Agente de la guardia civil con TIP NUM031 declaró a partir del minuto 01:01.11, manifestando haber realizado el estudio de un disco duro el que estaba ya clonado; que había aproximadamente 300.000 archivos de Pornografía Infantil y como única y exclusivamente colaboró en la evidencia 25 (EV25), el citado informe obra al Tomo III folios (681 a 885).

Agente de la guardia civil con TIP NUM032, declaró a partir del minuto 01:17: 45 participo en varios informe técnico policiales de un disco duro los que ratifica. Consta al (folio 620) la emisión de 4 informes técnicos policiales en relación a las evidencias intervenidas Ildfonso realizando durante la diligencia de de entrada y registro llevada a cabo el 30 de noviembre de 2016 en su domicilio sito en la CALLE000

NUM003 de la localidad de Madrid, siendo los siguientes: ITP NUM033 Evidencia 21;ITP NUM034-Evidencia 23.

2.3. conclusión

La utilización habitual por parte del acusado de los programas de intercambio de ficheros "Emule" ha sido acreditada en el análisis que los expertos policiales han realizado en el ordenador personal del acusado, hasta llegar casi a un millar de archivos pedófilos descargados durante años, así como por la estructura de directorios generada en sus discos duros, en cuyas carpetas aparece diverso material pornográfico puesto a disposición de otros usuarios de dichos programas y compartido en muchos de los casos, resultando acreditado al menos en 935 casos por lo que hubo una distribución efectiva compartida y consciente de material pornográfico infantil con terceras personas." (sic)

SEGUNDO

En la citada sentencia se dictó el siguiente pronunciamiento: "Que debemos CONDENAR y CONDENAMOS a Ildefonso, cuyos datos de filiación constan, como autor responsable de un delito de posesión y distribución de material pornográfico infantil ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, a la pena de 7 AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de duración de la condena, e inhabilitación especial para el ejercicio de cualquier profesión que conlleve un contacto regular con menores por tiempo de 10 años.

Además se acuerda la medida de libertad vigilada por tiempo de 4 años para su cumplimiento posterior a la pena de prisión.

Así como el comiso y destrucción de todos los objetos que contenían material pedófilo.

Asimismo será de su cuenta el abono de las costas causadas durante la presente causa.

Notifíquese la presente Sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer recurso de apelación, dentro de los 10 días siguientes a la última notificación de la sentencia para su resolución por el TSJ de la Comunidad de Madrid." (sic)

TERCERO

Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del condenado, dictándose sentencia núm. 110/2021 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 30 de marzo de 2021, en el rollo de apelación núm. 115/2021, cuyo Fallo es el siguiente: "Que, desestimando el Recurso de Apelación interpuesto por la Procuradora Dña. Laura Lozano Montalvo, en nombre y representación de Ildefonso contra la Sentencia N° 1/2021, de fecha 5 de enero de 2021, dictada por la Sección 23ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el Juicio Oral 1073/2019,

debemos confirmar y confirmamos la sentencia apelada, declarando asimismo de oficio las costas producidas en la presente alzada.

Notifíquese a las partes y, una vez firme, devuélvanse los autos originales a la Sala de procedencia, con testimonio de la presente sentencia, de conformidad con lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Particípese, en su caso, la interposición de recurso.

Así, por esta nuestra Sentencia, contra la que cabe interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de conformidad con lo previsto en el artículo 847.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y de la que se unirá Certificación al Rollo de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos." (sic)

CUARTO

Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación de D. Ildefonso que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO

Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal del recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes motivos de casación:

Motivo primero.- Por infracción de Ley al amparo del 849.1º de la LECrim por aplicación indebida del art. 189.1 b) del Código Penal.

Motivo segundo.- Por infracción de Ley al amparo del 849.1º de la LECrim por aplicación indebida del art. 189.2 e) del Código Penal.

Motivo tercero.- Por infracción de Ley al amparo del 849.1º de la LECrim por inaplicación del art. 21. 6 CP del Código Penal.

SEXTO

Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal por escrito de fecha 1 de octubre de 2021, interesó la desestimación de los motivos, y por ende, la inadmisión del recurso; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO

Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 21 de junio de 2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. - La sentencia núm. 1/2021, 5 de enero, dictada por la Sección 23 de la Audiencia Provincial de Madrid, condenó al acusado Ildefonso como autor responsable de un delito de posesión y distribución de material pornográfico infantil, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, a la pena de 7 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de duración de la condena e inhabilitación especial para el ejercicio de cualquier profesión que conlleve un contacto regular con menores por tiempo de 10 años. Además acordó la medida de libertad vigilada por tiempo de 4 años para su cumplimiento posterior a la pena de prisión.

Esta sentencia fue recurrida en apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que rechazó la impugnación mediante la sentencia núm. 110/2021, 30 de marzo.

Se interpone ahora recurso de casación. Se hacen valer tres motivos que van a ser analizados de forma individualizada, sin perjuicio de las remisiones aconsejables con el fin de evitar reiteraciones innecesarias.

2. - El primero de los motivos se anuncia al amparo del art. 849.1 de la LECrim. Denuncia la indebida aplicación del art. 189.1.b) del CP.

El argumento central que anima la discrepancia del recurrente se basa en la ausencia de prueba acerca del dolo de difundir el material pornográfico que fue hallado en los dispositivos intervenidos en poder de Ildefonso. La sentencia -razona la defensa- "...parte de un juicio de valor para considerar acreditado, más allá de toda duda razonable, que el condenado se dedicaba a distribuir pornografía infantil y para ello parte de otro juicio de valor, como es, considerar que, necesariamente, es experto en informática y conoce el sistema eMule. Lo anterior no es más que una mera deducción que no goza del sustento probatorio de cargo necesario para tenerla como cierta". Añade el recurrente que "...falta acreditar la voluntad de distribuir a sabiendas de lo que se está haciendo y eso no se ha acreditado".

El acusado -se insiste- es un jubilado en paro, mayor de 60 años, sin antecedentes penales e inexperto en informática. Pese a ello, la Audiencia habría inferido, en contra de todas las reglas de la sana crítica, que existía una voluntad de distribución. Admitir que se poseían esos archivos de pornografía infantil no permite inferir, sin más, la aceptación de una voluntad de difusión y distribución de esos mismos archivos.

No tiene razón la defensa.

2.1.- En principio, conviene hacer una puntualización que ya ha sido advertida en la sentencia dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Y es que el enunciado del motivo hecho valer por la vía que ofrece el error de derecho o error en el juicio de subsunción (art. 849.1 de la LECrim), en realidad lo que está cuestionando es la concurrencia de las bases probatorias del tipo subjetivo. Dicho con otras palabras, una cosa es cuestionar las pruebas que llevarían a la convicción de que Ildefonso era conocedor y aceptaba la difusión de los archivos y otra bien distinta es

razonar que los hechos probados, tal y como han sido proclamados en la instancia, no permiten la calificación jurídica que ha servido de base para la condena.

Con arreglo a esta perspectiva sería suficiente con recordar que el juicio histórico, en su último apartado, proclama que "...el acusado utilizaba los archivos intervenidos tanto para distribuirlos como para satisfacer su ánimo libidinoso y lascivo", para acordar la inadmisión del motivo (art. 884.3 y 4 de la LECRim).

Y es que el dolo, la conciencia y voluntad sobre los elementos que integran el tipo objetivo ha de ser acreditado como el resto de los elementos de la estructura del tipo. Así lo hemos dicho en varias ocasiones y lo recuerda ahora la sentencia que es objeto del presente recurso: "...se ha superado la vieja y poco consistente jurisprudencia que etiquetaba a las deducciones sobre elementos internos como juicios de valor y por tanto encuadrables en la 'quaestio iuris'. No es así. Aun referidos a hechos internos que no son perceptibles por los sentidos (a diferencia de las acciones externas) son cuestiones fácticas con todo lo que ello comporta. En concreto, desde la perspectiva de la presunción de inocencia, solo pueden declararse probados esos hechos psíquicos cuando existe actividad probatoria de cargo suficiente. Al tratarse de elementos no captables directamente por terceros han de deducirse de hechos externos en la forma habitualmente utilizada para valorar la prueba indiciaria. Los elementos internos, salvo los casos de acreditación mediante la confesión del acusado, han de probarse mediante inferencias o deducciones. Aunque conceptualmente la diferencia entre prueba directa e indirecta presenta muchos puntos débiles es útil en la praxis judicial para protocolizar la actividad de valoración probatoria. Pues bien, la prueba indirecta exige un razonamiento para llegar de los indicios probados al hecho que se quiere acreditar (art. 386 LECiv). Así ha de operarse para acreditar elementos subjetivos o psíquicos. De un conjunto de circunstancias externas (v. gr., la cantidad de droga en el delito contra la salud pública, o la zona corporal a la que se dirigieron los golpes de cuchillo, se deducen respectivamente el ánimo de traficar o el ánimo de matar) se colige el estado anímico del agente (presencia o no de dolo; o de un ánimo específico, etc.)" (cfr. SSTS 738/2022, 19 de julio; 211/2020, 21 de mayo; 836/2017, 20 de diciembre y 58/2018, 1 de febrero).

Con anterioridad también habíamos apuntado que "... la posibilidad de impugnación de los juicios de valor o juicios de inferencia por la vía del art. 849.1 ha sido aceptada, incluso con perspectivas complementarias, por la jurisprudencia. La noción de juicio de valor -equiparada por esta misma Sala a la de juicio de inferencia- aporta una extraordinaria utilidad en el ámbito casacional. Sin embargo, dista mucho de identificarse con su genuina significación filosófica. Desde esta perspectiva, el juicio de valor no puede ser apprehendido por el conocimiento intelectual, sino por una especial forma de experiencia de carácter emocional. El juicio de valor no es sino una proposición que atribuye a una realidad la cualidad de ser valiosa. De ahí que no exista identidad, pese a la familiaridad con la que la expresión juicio de valor es continuamente invocada, entre la concepción filosófica y la jurisprudencial.

Afirmar la voluntad del acusado a partir de la actividad probatoria desplegada es, en realidad, un juicio formulado con arreglo a la conciencia empírica, no la conciencia

normativa a la que pertenecen los valores. Cuando el órgano decisorio de instancia, después de valorar los elementos objetivos, atribuye al acusado una determinada voluntad, no está formulando un juicio de valor, sino una inferencia. Se trata, en fin, de proclamar el querer como verdadero hecho. De acuerdo con esta idea, afirmar el animus del agente no encierra una proposición valorativa, sino simplemente asertiva, mediante la que se afirma un hecho.

Y es que el proceso epistemológico que respalda la decisión judicial no permite una escisión tan evidente, en lo fáctico, entre los aspectos objetivos y subjetivos. Cuando la Sala afirma, por ejemplo, que el acusado actuaba impulsado por el deseo de matar o que poseía la droga con intención de distribuirla clandestinamente, está consignando un hecho, si se quiere, de naturaleza psíquica, interna, pero un hecho, al fin y al cabo, inferido a partir de otros hechos de carácter externo. Todo ello conduce a la conveniencia de encuadrar de manera más precisa la valoración de los elementos subjetivos en el ámbito de los juicios de inferencia, que permiten la proclamación, mediante prueba indirecta, de genuinos hechos" (cfr. STS 321/2012, 23 de abril).

2.2.- Sea como fuere, la Sala va a tomar en consideración los argumentos impugnativos que hace valer la defensa sobre los datos fácticos que han permitido al órgano jurisdiccional inferir que Ildefonso tenía la voluntad de distribuir los vídeos y documentos en los que se contenían las imágenes pornográficas.

Y ya anticipamos que nuestra valoración está en la línea fijada por el Tribunal de instancia y confirmada por el órgano de apelación.

En principio, la idea de que la simple utilización de un programa peer to peer para descargar e intercambiar archivos no presume la existencia del dolo constituye una premisa irrenunciable. Así fue proclamado en nuestro acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 27 de octubre de 2009, en el que se fijó como criterio generalizable lo siguiente: "... una vez establecido el tipo objetivo del art. 189.1.b) del CP, el subjetivo deberá ser considerado en cada caso, evitando incurrir en automatismos derivados del mero uso del programa informático empleado para descargar los archivos".

Y así lo hemos sostenido en numerosos precedentes. Recordábamos en las SSTS 340/2010, 16 de abril y en la sentencia de 17 de Febrero del 2010, recaída en el recurso núm. 2102/2009, que "...el dolo se ha de inducir del número de elementos que son puestos en la red a disposición de terceros, para lo que se tendrá en cuenta la estructura hallada en la terminal (archivos alojados en el disco o discos duros, u otros dispositivos de almacenamiento), el número de veces que son compartidos (pues este parámetro deja huella o rastro en el sistema informático), la recepción por otros usuarios de tales imágenes o vídeos como procedentes del terminal del autor del delito. Y cuantas circunstancias externas sean determinadas para llegar a la convicción de que tal autor es consciente de su actividad de facilitar la difusión de pornografía infantil, entre las que se tomará el grado de conocimiento de la utilización de sistemas informáticos que tenga el autor del delito". Este criterio es hoy dominante, tal y como lo acreditan numerosos precedentes de esta Sala, alguno de ellos incluso

anterior a la adopción de aquel acuerdo (cfr. SSTS 105/2009, 30 de enero; 1074/2009, 28 de octubre; 1107/2009, 12 de noviembre).

Es cierto que la defensa convierte en argumento central de su legítima estrategia exoneratoria el desconocimiento por parte del acusado de que, al tiempo que descargaba imágenes pornográficas de menores para su exclusivo consumo, también contribuía mediante la carpeta DIRECCION002 a su difusión. Sin embargo, la alegación de que Ildfonso, por su edad y por su condición de jubilado, sólo disponía de los conocimientos elementales propios de cualquier usuario de internet no se compadece con lo que en el hecho probado se describe. No se corresponde con esa descripción de neófito el hecho de que en poder del acusado se hallaran "...25 discos duros, 1 pendrive y 1 ordenador marca HP COMPAQ con número de serie NUM010". El manejo de 25 discos duros y 1 pendrive es la muestra más elocuente de que el recurrente era un avezado usuario de la red y, por consiguiente, de los programas de descarga. Por reducida que sea la capacidad de cada uno de esos discos duros, tomando como referencia el almacenamiento estándar, son muchas las horas de conexión necesarias para su descarga.

Así lo razona también el Tribunal Superior de Justicia de Madrid: "... es evidente que el acusado es (o era al tiempo de los hechos) un usuario verdaderamente intenso del programa eMule. No olvidemos que en su domicilio fueron hallados -y no se discute- no solo un ordenador, sino la nada despreciable cantidad de 25 discos duros, que almacenaban más de 200.000 archivos de contenido pedófilo (basta para superar esta extraordinaria cifra la suma de las evidencias 18 y 19 relacionadas en los Hechos Probados)".

Ese almacenamiento de imágenes pornográficas y su distribución en 25 discos duros permite una segunda inferencia: "ha de considerarse como un hecho notorio el que un usuario del programa de descargas eMule que lo ha utilizado con tal intensidad, frecuencia y semejante volumen, conoce indudablemente que su actividad al descargar contenidos facilita a todos los demás usuarios del mismo programa la obtención de los mismos archivos. Este programa en concreto (junto con otros de difusión internacional muy socorridos como por ejemplo el Ares) descansa sobre una especie de retroalimentación compartida: cuanto mayor es la comunidad de usuarios compartiendo contenidos, mayor es la facilidad de descarga para todos y cada uno de ellos"

La Sala no puede objetar nada al razonamiento mediante el que la sentencia recurrida confirma la coherencia del discurso que ha llevado al Tribunal de instancia a admitir la concurrencia de los elementos que definen el tipo subjetivo: "... no cabe sostener que en este caso el acusado solamente poseía los archivos (en particular los contenidos en la carpeta de descargas) para su exclusivo visionado y uso, y que (página 25 del recurso) "no sabía que se compartía lo que se descargaba". Carece de todo respaldo lógico esta última tesis. No necesitaba crear una estructura de carpetas para envío de archivos, ni organizar ningún ingenio propio para difundir a otros usuarios el material pedófilo obtenido. Era suficiente con obtenerlo a través del programa y dejarlo alojado en la ubicación por defecto, quedando a partir de entonces

a disposición de todos los demás usuarios cada vez que el acusado tuviese encendido el programa.

La acción encuentra perfecto encaje típico en el artículo 189.1.b del Código Penal, pues el acusado, al realizar tan desmesuradas descargas de archivos de contenido pornográfico infantil, era forzosamente consciente de que con su actividad facilitaba a otros usuarios -cada día más- la difusión de los archivos que él mismo contribuía a multiplicar. Solamente podría aceptarse la tesis de la defensa -que trata de remitirnos al delito de mera posesión individual de la pornografía- si se hubiese demostrado que todos los archivos descargados de la red a través del programa mencionado hubiesen sido blindados en directorios, carpetas o dispositivos autónomos, ajenos por completo al acceso por parte de los usuarios con quienes compartía el acusado su actividad de descarga. Ello hubiese acreditado una intención decidida de hurtar del "dominio común" ese ilícito material. Como resulta de la prueba practicada en la presente causa, ello no puede afirmarse, sino realmente lo contrario, en una cantidad o volumen más que significativo como veremos a continuación".

En definitiva, Ildelfonso conocía que su acceso al material pedófilo se lo proporcionaba un programa de intercambio de archivos en el que sólo es posible la descarga si el usuario se halla en disposición de ofrecer a otros internautas el acceso a los que él almacena en su disco duro. Lo sabía y lo aceptaba o, si se quiere, lo sabía y mostraba la más absoluta indiferencia al hecho de que la programada descarga que alimentaba su lascivia tenía como consecuencia inescindible difundir en la red imágenes y vídeos cuya confección y/o difusión dañan de forma irreversible la formación integral, la intimidad y la imagen de los menores afectados.

Por cuanto antecede, el motivo ha de ser desestimado (art. 885.1 de la LECrim).

3. - El segundo motivo, con cita del art. 849.1 de la LECrim denuncia infracción de ley, error de derecho por la indebida aplicación del subtipo agravado previsto en el art. 189.2.d) del CP.

Razona la defensa, con cita del informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de 2012 y de la Circular 2/2025 de la Fiscalía General del Estado, que los subtipos agravados han de ser interpretados restrictivamente, criterio que ha sido también asumido por la STS 1055/2009, 3 de noviembre, según la cual aun cuando el precepto se refiere de manera genérica a "...los actos previstos en el apartado 1 de este artículo (...) parece claro que no es lo mismo el trato del productor con el niño que la distribución únicamente de fotografías o vídeos antes obtenidos por otros".

Según la defensa, en el presente caso, la sentencia recurrida sostiene que el acusado ha difundido soportes, pero soportes -se arguye- previamente elaborados por otros, sin que haya existido una participación de ninguna clase en la elaboración de los mismos, por lo que, de conformidad con la doctrina jurisprudencial existente sobre la concurrencia de los subtipos contemplados en el art. 189.2 CP a los meros difusores y siguiendo con el criterio sentado en la reciente sentencia 395/2021 de 6 de mayo, en la que esta Sala propugna la exclusión del tipo agravado previsto en el art. 189.2.e)

del CP respecto de aquellos casos en los que el autor no participa en lo que pudiera denominarse el primer escalón productor o distributivo, el error en la aplicación del tipo agravado sería más que evidente.

3.1.- Se impone una precisión inicial respecto de la queja sobre la aplicación del tipo agravado previsto en el art. 189.2.e) del CP. Y es que algunas de las sentencias invocadas por la defensa expresan un elogiado rastreo por el Letrado que asume la defensa de Ildefonso de la jurisprudencia de esta Sala, pero no todas ellas son aplicables al supuesto que ahora es objeto de análisis.

En efecto, la STS 1055/2009, 3 de noviembre, que invoca la defensa como clave de su razonamiento, no se pronuncia sobre la aplicación del tipo agravado a que se refiere el art. 189.2.e) -notoria importancia del material pornográfico aprehendido-, sino a la agravación prevista en el art. 189.2.a) -cuando se utilice a menores de 16 años-. En esa resolución, en línea con otros precedentes que también son objeto de cita en el desarrollo del motivo, la Sala se limitó a concluir que agravar la pena por "utilizar" a menores de 16 años sólo tiene sentido cuando el autor se incluye en la base productiva del material pornográfico. Carecería de sentido que la simple posesión de archivos digitales que incorporan imágenes de pornografía infantil fuera a su vez agravada, precisamente, por ser infantil.

Lo mismo puede decirse de la STS 1110/2009, 16 de noviembre, también citada en el argumentario que da vida al motivo, en la que lo que se cuestiona es la aplicación de la agravación prevista en el art. 189.2.a), la utilización de menores, no la notoria importancia del material pornográfico -art. 189.2.e)-. Razonábamos entonces que "...que no es lo mismo utilizar niños que utilizar imágenes de niños, razón por la cual esta singular agravación solo debe apreciarse cuando haya existido un contacto directo entre el acusado y el menor de esa edad, lo que ordinariamente ocurrirá en las actividades de producción de esa pornografía, sin que pueda ser bastante al respecto la mera distribución o difusión de fotografías o vídeos relativos a menores de trece años. Véanse las sentencias de esta sala 795/2009 de 28 de mayo, 592/2009 de 5 de junio, 873/2009 de 23 de julio".

Por consiguiente, no es atendible la queja del recurrente, centrada en la imposibilidad de aplicar la agravación de "notoria importancia" a la conducta descrita en el art. 189.1.b) del CP, porque esa imposibilidad no ha sido proclamada por la jurisprudencia de esta Sala.

3.2.- Sí merece un comentario individualizado la STS 395/2021, 6 de mayo, mediante la que la defensa busca respaldar su criterio. En esta resolución de lo que se trataba era de la aplicación del tipo agravado del art. 189.2.e) del CP -notoria importancia- a la acción típica prevista en el apartado 1.a) del mismo precepto, esto es, la utilización de menores en la producción de material pornográfico.

Este punto de partida desnaturaliza el valor argumental que la defensa atribuye a este pronunciamiento. No se analizaron entonces los límites típicos del precepto agravado en relación con la conducta de tenencia o autoconsumo de imágenes pornográficas,

que es lo que ahora estamos cuestionando. Y en esa relación entre el tipo referido a la utilización de menores y el supuesto agravado vinculado a la notoria importancia del material que ha sido objeto de producción, nuestra sentencia se pronunciaba acerca de la innecesariedad de que la importancia viniera condicionada por el valor económico de esos archivos pornográficos. Como puede leerse en el FJ 8º de la resolución que comentamos, el recurrente sostenía que la agravación del art. 189.2.e) "...no puede ser interpretada como una simple acumulación de material pornográfico, sino que, como en la redacción anterior del artículo 189.3.c), hay que estar al valor económico del material pornográfico. A partir de su posicionamiento, como los peritos que intervinieron en la causa reconocieron la dificultad de hacer una valoración económica del material pedófilo incautado a los acusados y puesto que el Tribunal no ha podido concretar ese importe, considera que la agravación específica no resultaría aplicable". A esta alegación respondió la Sala que "...la agravación de notoria importancia viene claramente relacionada (quizás no sólo, pero desde luego fundamentalmente) con la trascendencia o la relevancia cuantitativa del material obtenido", descartando la significación económica que exigía el precepto previgente a la reforma de la LO5/2010, 22 de junio.

3.3.- Por consiguiente, a raíz de la reforma operada en el año 2010, la actual agravación prevista en el art. 189.2.e) del CP abandonó su significación económica, justificando su aplicación por la mayor intensidad del injusto que representa la afectación del bien jurídico en aquellos casos en los que la difusión del material pornográfico se ve facilitada por el ingente acopio de archivos susceptibles de ser difundidos.

Se trata, desde luego, de un concepto normativo -notoria importancia- que impone un proceso de valoración jurisdiccional con el fin de delimitar su ámbito. Y en ese proceso de delimitación ha de quedar fuera cualquier significación económica que, en el texto anteriormente vigente, no hacía sino dificultar la prueba de la concurrencia de la agravación. Carecería de sentido hacer depender el tipo agravado del apartado e) del art. 189.2 de una valoración pericial que ha de esforzarse en la búsqueda de una tasación cuantitativa a un material que, por definición, está fuera del mercado y no es objeto, como regla general, de transacciones onerosas.

La fijación del ámbito típico que define el precepto agravado de "notoria importancia" aconseja excluir aquellos casos en los que no conste acto de difusión. La ingente posesión de archivos pornográficos destinados con exclusividad a su visionado por el autor de las descargas no debería ser sancionada con la exasperación de la pena prevista en el art. 189.2.e) del CP.

Pues bien, la sentencia de instancia ha justificado la aplicación de ese tipo agravado con una referencia cuantitativa tomada a modo de ejemplo que invita, por su valor descriptivo, a la transcripción de su literalidad, en la que se mantienen los subrayados y negritas que constan en la sentencia impugnada: "... sólo el contenido del disco duro marca SEAGATE, modelo ST3750528AS, con número de serie NUM022 de 750 Gb de capacidad el acusado almacenaba más de 87.500 archivos de contenido pedófilo o relacionado (imágenes de menores posando), entre ellos, a modo de ejemplo, en la

subcarpeta DIRECCION040 se localizan imágenes de niñas parcialmente vestidas, en la subcarpeta DIRECCION041 se comprobó analizando la carpeta Emule, que en su archivo NUM035, contaba con 8572 archivos de los cuales la terminología pedófila PTHC se encontró en el nombre de 3020 archivos, Pedofilia en 56 archivos, Pedo en 1373 archivos, LOLITA en 1337 archivos, PTSC en 490 archivos, 2yo (2 años de edad) en 46 archivos, 3yo (3 años de edad) en 44 archivos, 4yo (4 años de edad) en 52 archivos, 5yo (5 años de edad) en 51 archivos, 6yo (6 años de edad) en 91 archivos, 7yo (7 años de edad) en 35 archivos, 8yo (8 años de edad) en 75 archivos, 9yo (9 años de edad) en 203 archivos, 10yo (10 años de edad) en 266 archivos, 11 yo (11 años de edad) en 493 archivos, 12yo (12 años de edad) en 699 archivos, 13yo (13 años de edad) en 361 archivos y 14yo (14 años de edad) en 364 archivos. Así mismo se verificó que el acusado había compartido con otros usuarios 935 archivos, de los que 169 estaban etiquetados como PTHC.

A modo de ejemplo, en relación con los archivos distribuidos, el archivo pedófilo "(DIRECCION042" fue solicitado en 17.149 ocasiones y distribuido a 249 usuarios, el archivo "(DIRECCION043" recibió 1.147 peticiones de descarga por parte de otros usuarios de las que 94 fueron aceptadas, el archivo - DIRECCION044 recibió 8.310 peticiones de descarga por parte de otros usuarios de las que 142 fueron aceptadas , el archivo " DIRECCION045" recibió 929 solicitudes de descarga de las que 52 fueron aceptadas, el archivo "(DIRECCION046" recibió 620 solicitudes de descarga de las que 79 fueron aceptadas, el archivo " DIRECCION047" recibió 429 solicitudes de descarga de las que 38 fueron aceptadas, el archivo DIRECCION048 recibió 19 solicitudes de descarga de las que 6 fueron aceptadas, el archivo (8) DIRECCION049 recibió 218 solicitudes de descarga de las que 25 fueron aceptadas, el archivo DIRECCION050 recibió 541 solicitudes de descarga de las que 72 fueron aceptadas, el archivo (DIRECCION046 recibió 620 solicitudes de descarga de las que 79 fueron aceptadas, el archivo DIRECCION051 recibió 1608 solicitudes de descarga de las que 89 fueron aceptadas, el archivo DIRECCION052 recibió 749 solicitudes de descarga de las que 59 fueron aceptadas , el archivo [pthc] DIRECCION053 recibió 2910 solicitudes de descarga de las que 132 fueron aceptadas, el archivo [DIRECCION054 recibió 92 solicitudes de descarga de las que 2 fueron aceptadas, el archivo ((DIRECCION055 recibió 93 solicitudes de descarga de las que 11 fueron aceptadas, el archivo DIRECCION056 recibió 22 solicitudes de descarga de las que 5 fueron aceptadas , el archivo (DIRECCION057 recibió 2026 solicitudes de descarga de las que 59 fueron aceptadas, el archivo DIRECCION058 recibió 1780 solicitudes de descarga de las que 74 fueron aceptadas , entre otros muchos".

La concurrencia del presupuesto fáctico de la agravación prevista en el art. 189.2.e) del CP se obtiene sin dificultad a partir de la lectura de este fragmento del juicio histórico que es sólo uno de los distintos contenidos que, según concluye el hecho probado, estaban dispuestos tanto para su visionado como para su distribución: "...el acusado utilizaba los archivos intervenidos tanto para distribuirlos como para satisfacer su ánimo libidinoso y lascivo".

Este párrafo conclusivo, que considera que todos los archivos intervenidos estaban dispuestos y eran utilizados tanto para su visionado como para su distribución, conduce de manera inexorable al rechazo del argumento del recurrente.

Se impone la desestimación del motivo (art. 884.3 y 4, art. 885.1 de la LECrim)

4. - El tercero de los motivos, por infracción de ley, considera indebidamente inaplicada la atenuante de dilaciones indebidas prevista en el art. 21.6 del CP.

Estima la defensa, cuando reivindica la aplicación de la atenuante cuya concurrencia ha sido denegada en la instancia que "...lo relevante es que al justiciable con intachable conducta procesal, como es el caso, a quien se le juzga en un plazo no razonable, le resulta indiferente si la causa es por defectuosa organización, carga de trabajo, modificación del escrito de acusación del Ministerio Fiscal o suspensión de procedimientos por la pandemia: sólo puede responder de su conducta, que de hecho, es determinante para que le sea apreciada o no la atenuante".

El motivo no es viable.

4.1.- Conforme tantas veces hemos repetido (cfr. SSTS 574/2022, 9 de junio; 400/2016, 11 de mayo y 446/2015, 6 de julio, con cita de la STC 54/2014, 10 de abril), para determinar si nos encontramos o no ante una vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE) es menester acudir a las pautas que nos ofrece nuestra doctrina, conforme a la cual este derecho está configurado como un concepto jurídico indeterminado que, por su imprecisión, exige examinar cada supuesto a la luz de aquellos criterios que permitan verificar si ha existido efectiva dilación y, en su caso, si ésta puede considerarse justificada, por cuanto "no toda infracción de los plazos procesales o toda excesiva duración temporal de las actuaciones judiciales supone una vulneración del derecho fundamental que estamos comentando" (STC 153/2005, de 6 de junio, FJ 2). En la STC 178/2007, de 23 de julio, FJ 2, recogiendo jurisprudencia anterior, subrayábamos que la prohibición de retrasos injustificados en la marcha de los procesos judiciales impone a Jueces y Tribunales el deber de obrar con la celeridad que les permita la duración normal o acostumbrada de litigios de la misma naturaleza y con la diligencia debida en el impulso de las distintas fases por las que atraviesa el proceso. Asimismo, en coincidencia con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el artículo 6.1 del Convenio de Roma (derecho a que la causa sea oída en "un tiempo razonable"), que ha sido tomada como el estándar mínimo garantizado en el artículo 24.2 CE, afirmábamos que el juicio sobre el contenido concreto de las dilaciones, y sobre si son o no indebidas, debe ser el resultado de la aplicación a las circunstancias específicas de cada caso de los criterios objetivos que a lo largo de nuestra jurisprudencia se han ido precisando, y que son la complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, el interés que arriesga el demandante de amparo, su conducta procesal y la conducta de las autoridades (en los mismos términos, las SSTC 38/2008, de 25 de febrero, FJ 2; 93/2008, FJ 2; 94/2008, FJ 2, y 142/2010, FJ 3, entre otras).

4.2.- El análisis de las singularidades del caso concreto no puede hacerse prescindiendo, como pretende la defensa, de todas las circunstancias que han convergido en la definición del tiempo transcurrido desde el momento de la inculpación. La sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia explica con precisión las razones por las que rechaza la aplicación de la atenuante del art. 21.6 del CP.

"2.1. Las diligencias se inician ante el Juzgado de Instrucción N° 1 de Arrecife (Lanzarote) por Auto de 28 de septiembre de 2015 (Tomo I, folio 65) en el que se acuerda oficiar a las compañías telefónicas para indagación de la titularidad de números de teléfono y direcciones IP de los usuarios informáticos que la Guardia Civil había detectado en su atestado sobre descargas de material pornográfico.

2.2. Al detectarse entre estos titulares al acusado, se lleva a cabo la inhibición a favor de los Juzgados de Instrucción de Madrid, donde corresponde el conocimiento del asunto al N° 22. El titular de este órgano judicial provee el 22 de septiembre de 2016 la necesidad de concretar qué unidad operativa de la Guardia Civil se haría cargo de la investigación en esta ciudad (folio 132).

2.3. La Unidad Orgánica de Policía Judicial solicita al Juzgado mandamiento para entrada y registro en el domicilio de Ildefonso el 10 de noviembre de 2016 (folio 139 Tomo I).

2.4. Se acuerda la entrada y registro domiciliario al día siguiente y se practica el 30 de noviembre (folio 169 y ss).

2.5. Tras la práctica de las diligencias de instrucción consideradas necesarias, se formuló acusación por el Ministerio fiscal para ante el Juzgado de lo Penal, remitiéndose las actuaciones al Decanato de Madrid y teniendo entrada en el Juzgado de lo Penal N° 6 el 24 de noviembre 2017.

2.6. En la investigación del ingente material incautado afloraron nuevos hechos (la localización de 350.000 archivos más) que determinaron la modificación de la acusación y por ello la devolución de la causa al Juzgado de Instrucción para otorgarle el correspondiente trámite. Así se acordó, por Auto de 14 de junio de 2018 (folio 898. Tomo III).

2.7. Este auto fue recurrido en apelación por la defensa, resultando desestimado el recurso por Auto de 24 de septiembre de 2018 (folio 920).

2.8. El 14 de noviembre de 2018 (Providencia al folio 934) se acuerda el nuevo traslado al Ministerio Fiscal para calificación a la vista de los hechos nuevos.

2.9. Se produce entonces la remisión de la causa a la Audiencia Provincial, teniendo entrada en la misma el 17 de julio de 2019, y en la Sección 23ª el día 22.

2.10. El auto de admisión de prueba se dicta tan sólo dos días después. El juicio se señala por Diligencia de Ordenación de la Sra. Letrada de la Administración de

Justicia para el 15 de abril de 2020; se suspende dicho señalamiento debido a las circunstancias excepcionales de expansión del virus Covid-19 el 6 de abril de 2020 (Providencia al folio 14 del Rollo de Sala), y finalmente se celebra el 25 de noviembre de 2020".

La ralentización de la fase de investigación no puede decirse que haya sido extraordinariamente dilatada, sobre teniendo presente la naturaleza del hecho: "...no puede entenderse -como en varias identificaciones cronológicas hace el recurso- que durante los períodos existentes entre una y otra diligencia la investigación se encuentre parada ni abandonada. No puede, por ejemplo, concebirse que el análisis por parte de la policía judicial de miles de archivos y contenidos, su clasificación y valoración a efectos del proceso penal, y la elaboración de los respectivos informes (abundantes en la causa) pueda lograrse de forma instantánea nada más tener en su poder los soportes informáticos que los albergan. No hay, por tanto, paralizaciones relevantes ni lapsos de tiempo injustificados a lo largo de la fase de instrucción".

Tampoco puede afirmarse que la fase de plenario se haya visto obstaculizada por razones que justifiquen la aplicación de la atenuante: "...la fase de juicio oral se ha visto más ralentizada, pero por circunstancias que no pueden obviarse. De un lado, el descubrimiento de nuevos hechos, que provocó la devolución de las actuaciones por parte del Juzgado de lo Penal y la reconsideración de la acusación, con competencia derivada a la Audiencia Provincial".

No puede la Sala obviar en el análisis de la alegada inaplicación de la atenuante prevista en el art. 21.6 del CP un dato que fue ponderado tanto por la Audiencia Provincial como por el órgano de apelación: "...no puede dejarse de lado la incidencia que en el último tramo del proceso ha tenido la pandemia Covid-19, que asimismo se menciona en la Sentencia apelada como factor determinante del tiempo. Sobran reflexiones en torno a la naturaleza extraordinaria de la indicada pandemia desde que -particularmente en el mes de marzo de 2020- entrase en fase de explosión a nivel mundial. Su impacto en todos los órdenes de la vida ha sido -y sigue siendo todavía- absoluto, ralentizando, cuando no en ocasiones paralizando, todos los sectores de la actividad humana salvo el sanitario por su función curativa. Los acuerdos gubernativos en el ámbito judicial que se sucedieron a raíz del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma, comprendían la suspensión e interrupción de los plazos procesales en todos los órdenes jurisdiccionales, llevándose a cabo en el orden penal una revisión de las agendas de actuaciones programadas obligada por la necesidad de llevar a la práctica las medidas de distinta índole de protección de la salud. Ni por asomo tiene encaje, desde esta óptica, en la atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6 del Código penal, el retraso que haya podido sufrir cualquier causa judicial. Se trata de una circunstancia de alcance mundial asimilable a los conceptos de fuerza mayor, que en el presente supuesto determinó la suspensión del juicio inicialmente previsto para la época más dura de la pandemia, y su nuevo señalamiento para siete meses después (sin descontar el de agosto)".

Cuanto antecede obliga a la desestimación del motivo por su falta de fundamento (art. 885.1 de la LECrim).

5. - La desestimación del recurso conlleva la condena en costas, en los términos establecidos en el art. 901 de la LECrim.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación, interpuesto por la representación legal de D. Ildefonso contra la sentencia núm. 110/2021, 30 de marzo, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid para resolver el recurso de apelación que fue entablado contra la sentencia núm. 1/2021, 5 de enero.

Condenamos al recurrente al pago de las costas causadas.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre D. Vicente Magro Servet

D.^a Susana Polo García D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Resoluciones para la Unidad 13 (Derecho Penal Internacional):

- **Sentencia del Tribunal Supremo (España) 488/2022**, de fecha 19.05.2022 (Procedencia: Recurso de Casación N° 4535/2020).

Se deben valorar la expresión de las ideas vertidas y las circunstancias concurrentes para verificar si tal expresión atenta contra la dignidad de las personas a que se refiere. En este caso, el Tribunal Supremo español considera que las expresiones reflejan que el mensaje que se difunde invita a la acción, a la violencia y a la lucha armada (delito de odio), desestimándose el recurso de casación.

STS 488/2022, 19 de Mayo de 2022

Jurisdicción: España
Emisor: Tribunal Supremo, sala segunda, (penal)
Número de resolución: 488/2022
Fecha: 19 Mayo 2022
Id. vLex VLEX-906033261

Link: <https://app.vlex.com/vid/906033261>

Resumen

DELITO DE ODIO. LIBERTAD DE EXPRESIÓN. PUBLICACIONES EN WEB. La función jurisdiccional consiste en valorar la expresión de las ideas vertidas y las circunstancias concurrentes es decir, si la conducta que se enjuicia constituye el ejercicio legítimo ilícito del derecho fundamental a la libertad de expresión o, por el contrario, la expresión es atentatoria a los derechos y a la dignidad de las personas a que se refiere. En este caso, el Tribunal considera que las expresiones reflejan que el mensaje que se difunde invita a la acción, a la violencia y a la lucha armada. Se desestima el recurso de casación.

Original

DELITO DE ODIO: no es tarea fácil la fijación del espacio de tipicidad de un precepto como el art. 510 del CP, en el que se castiga la incitación directa o indirecta al odio, la hostilidad, la discriminación o violencia "...contra un grupo una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad". La dificultad se deriva, no sólo de la necesidad de delimitar, en cada caso concreto, qué afirmaciones están amparadas por la libertad de expresión, sino de cuestionarse en qué medida el derecho penal puede ser utilizado como un instrumento para evitar un sentimiento que forma parte de la propia condición humana. La tendencia al odio, la aversión hacia alguien cuyo mal se desea puede definir el estado de ánimo en cualquier persona. Desde esta perspectiva, es obvio que el derecho penal no puede impedir que el ciudadano odie. El mandato imperativo ínsito en la norma penal no puede concebirse con tal elasticidad que conduzca a prohibir sentimientos. Pero la claridad de esta idea, que ha de operar como inderogable premisa, es perfectamente compatible con la necesidad de criminalizar, no sentimientos, sino acciones ejecutadas con el filtro de esa aversión que desborda la reflexión personal para convertirse en el impulso que da vida a conductas que ponen en peligro las bases de una convivencia pacífica. Frente a las alegaciones del recurrente que, en el legítimo ejercicio del derecho de defensa, ve en esos mensajes la genuina plasmación de su libertad de expresión, la Sala no puede interpretar esas frases como la exteriorización de un sentimiento no punible de aversión frente a otros. Antes al contrario, el discurso del acusado tiene un potencial efecto erosivo de los pilares de la tolerancia que

hacen posible la convivencia. No se trata ya de afirmaciones sólo censurables por la corteza de sus vocablos, capaz de herir la sensibilidad de sus hipotéticos destinatarios. Antonio, al menos en dos ocasiones, se ofrece a aquél que pueda proporcionarle armas: "...ya sabéis donde estoy, un arma, información, no me importa acabar muerto o en la cárcel si es tratando de asesinar faxas". Y en otro momento dice: "...soy Argimiro/ Si consigues armamento/ te ayudo a matar faxas". No hablamos, por tanto, del uso de una red social como simple vehículo para exteriorizar una opinión más o menos hiriente, ofensiva o vejatoria. Algunos de los pasajes subrayados -por sí solos o interrelacionados con el resto- reflejan que el mensaje que se difunde, filtrado por el odio, invita a la acción, a la violencia, a la lucha armada. Antonio no sólo incita a otros, sino que se ofrece como primer agresor de aquellos a los que desprecia por su ideología, su género, su orientación sexual o su origen nacional. **NO ES NECESARIO DOLO ESPECÍFICO**: para afirmar el dolo es suficiente el conocimiento por el autor de los elementos que definen el tipo objetivo, esto es, la plena conciencia y voluntad de que se está difundiendo un mensaje de odio en el que se menosprecia todo aquello que resulta no aceptado por la particular visión del mundo y de la vida que suscribe el emisor y en los que se invita a luchar contra el "enemigo" recurriendo, si resulta preciso, a la violencia. Basta con asumir como propia la justificación de una forma violenta de enfrentarse a los "diferentes". Es suficiente, en fin, con la reiteración consciente de esos mensajes para constatar que Antonio captó con el dolo los elementos del tipo objetivo que define el art. 510 del CP. **TIPO AGRAVADO**. Art. 510.3 CP: La agravación no puede concebirse conforme a parámetros objetivos, de suerte que su aplicación resultara obligada, siempre y en todo caso, por la utilización de Internet o cualquier otra tecnología de la información. No es eso lo que dice el precepto, que incorpora como elemento del tipo que esos mensajes hubieran sido accesibles a "...un elevado número de personas". Por consiguiente, se opone a esa visión, tanto la literalidad del tipo agravado como las exigencias inherentes al principio de culpabilidad. Pero en el presente caso, en el juicio histórico se contienen elementos que permiten deducir el alcance de esos mensajes. El acusado creó tres perfiles de DIRECCION000 y su utilización se prolongó durante los años 2017 a los primeros días de 2019. La defensa subraya que sólo eran entre 13 y 14 seguidores, pero la Audiencia Provincial -inferencia avalada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia- puntualiza que contaba con 540 o 550 "amigos". Es un hecho notorio que la condición de "seguidor" o "amigo" en una página de DIRECCION000 no puede identificarse, ni mucho menos, con el de aquella persona que ha tenido acceso al mensaje de odio. Tres páginas de DIRECCION000 activadas durante el tiempo en el que el acusado se valió de ellas para difundir sus mensajes, que cuenta con más de una docena de seguidores y más de medio millar de amigos, colma las exigencias del tipo, que no exige una cuantificación pericial del impacto en la red que los mensajes pudieron haber tenido.

Texto

Contenidos

- **ANTECEDENTES DE HECHO**

- **PRIMERO**

- **SEGUNDO**

- TERCERO
- CUARTO
- QUINTO
- SEXTO
- SÉTIMO
- OCTAVO

- FUNDAMENTOS DE DERECHO

- FALLO

Sentencia citada en: una sentencia

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 488/2022

Fecha de sentencia: 19/05/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 4535/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 18/05/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Procedencia: Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: OVR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 4535/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 488/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D. Pablo Llarena Conde

D.^a Susana Polo García

En Madrid, a 19 de mayo de 2022.

Esta sala ha visto recurso de casación con el nº 4535/2020, interpuesto por la representación procesal de D. Antonio, contra la sentencia dictada el 24 de julio de 2020 (rectificada dicha fecha por auto de aclaración) por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el Recurso de Apelación Rollo nº 183/2020, que desestimó el recurso de apelación contra la sentencia de fecha 2 de marzo de 2020 dictada en el procedimiento abreviado nº 536/2019 por la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Madrid, por la que fue condenado el recurrente como autor responsable de un delito contra los derechos fundamentales, habiendo sido parte en el presente procedimiento el condenado recurrente representado por la procuradora D^a. Cecilia Barroso Rodríguez; y defendido por el letrado D. José Ignacio Flórez Martínez, interviniendo asimismo el Excmo. Sr. Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

El Juzgado de Instrucción nº 38 de Madrid, tramitó procedimiento abreviado núm. 2392/2017 por delito contra los derechos fundamentales, contra D. Antonio; una vez concluso lo remitió a la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Madrid, (proc. abreviado nº 536/2019) y dictó Sentencia en fecha 2 de marzo de 2020 que contiene los siguientes hechos probados: " UNICO.- EL acusado Antonio, también conocido como Argimiro, mayor de edad en cuanto nacido en Madrid el NUM000.1984 y sin antecedentes penales, convertido al islamismo en fecha no determinada e identificándose, dentro de esta religión con la rama del Jariyismo, ha creado varios perfiles de DIRECCION000, concretamente:

DIRECCION001

DIRECCION002

DIRECCION003

Dichos perfiles han sido utilizados por Argimiro para dar publicidad a su conversión a aquella religión y exteriorizar públicamente la superioridad de la misma, no solo respecto a las demás religiones sino también en relación a las otras ramas del Islam, al propio tiempo ha utilizado tales perfiles para comunicar y promover sentimientos de repulsión, intolerancia y discriminación hacia determinados colectivos y personas individuales en tales colectivos integradas y en razón de su pertenencia a los mismos , instigando la hostilidad y aversión hacia los mismos y sugiriendo e instigando a la realización de actos violentos contra ellos .

Han de destacarse los siguientes grupos y mensajes :

a. En relación con otras ramas del Islam:

El día 13.07.2017 publico: Sunis borraños asesinos del hijo del profeta

El día 14.07.2017 escribió desde DIRECCION003: Cada noble musulmán/ Es un asesino en potencia de / Injustos y tiranos/ y el día 16.07.2017 escribió desde DIRECCION004 el mensaje: A veces siento k os debo incitar a la violencia contra los Tiranos e injustos/ Por k el Islam es Paz/.

El día 19.07.2017 desde el perfil DIRECCION003 escribió: Sunnis de la mezquita de la m 3o/ Cual es el milagro científico k describis/ Acaso/ Hay perla y coral en la desembocadura de los ríos/ Os voy a seccionar la ahorta 1 A la altura del cuello/ Y dire bismillah/.

El día 20.07.2017 desde el perfil DIRECCION003 publica el comentario: Soy chií o jariyí y comunista/ Poseo 100 cojones por cada sunni 1 y 1000 por cada español/ Solo espero el momento de la sangre

El día 28.07.2017 desde el perfil DIRECCION003 publica el comentario: Cada vez k me acuerdo del Hadiz de las cebollas Acre/ Me dan ganas de coger un cuchillo y degollar suni por suni

El día 27.07.2017 desde el perfil DIRECCION003 escribió: El eco de Pablo /Resonara/ hasta el último día de los musulmanes/ Malditos sunnis/ Malditos faxas/ Gozareis brevemente en esta vida/ Os habrá parecido una tarde/ Como una mañana

El día 7.08.2017 desde el perfil DIRECCION003 publicó: La historia de este hombre/ Es la historia de los primeros musulmanes honrados/ Rodeados de musulmanes subnormales e hijos de la gran puta/ Suni se hacen llamar

El día 19.12.2017 publicó desde el perfil DIRECCION002 sabes pork me dan asko los sunis por k piensan k los musulmanes son pobres por k Dios así lo quiso nunca veras a un suni de mierda exigiéndole a los ricos

El día 1.01.02019 publico desde el perfil DIRECCION002 escribió ere suni?/ eres un subnorma/.. Ramón era un bereber chiita y los bereberes chiitas ayudaran a Argimiro a cortar el cuello a los árabes sunitas

- b. En relación al pueblo español en general y a los andaluces en particular, ha publicado los siguientes comentarios:

El día 10.07.2017 desde el perfil DIRECCION003 escribió: "Español subnormal/ Español de mierda/ Español hijo de puta/Español payaso/ Español idiota/ Español imbécil/ Español gilipollas/ Español hijo de la gran puta de mierda/ Español vendepatrías/ Español gasta pensiones de sus mayores/ Español roba oportunidades laborales para sus hijos/ Español hace entender k el lo paso peor k tu/ después de gastarse el oro americano y el generado por esclavos privatizar industria y sanidad/ Después de haber kemado en la hoguera al k decía/ La tierra gira alrededor del sol/Español te mereces bombas/ Español te mereces tiros en la nuca/ Español te mereces k Dios levante tu tierra y le de la vuelta/ Como Sodoma y Gomorra./

El día 28.07.2017 desde el perfil DIRECCION003 publica: El español tu peor enemigo/

El día 28.07.2017 desde el perfil DIRECCION003 publica el comentario: Dice k los rifeños degollaron españoles indefensos/ Dice k los rifeños destruyeron escuelas y hospitales/ Yo digo bullshit/ Español bueno en Africa/ Español muerto en Africa/ Tus putas escuelas y hospitales solo para cristianos o ricos/A tomar por culo/.

El día 17.07.2017 desde el perfil DIRECCION003 publica el comentario: Antes de morir/ Me gustaría matar todos los españoles/ posibles/.

El día 14.08.2017 desde el perfil DIRECCION003 publica el comentario: Español me cago en tu puta madre y la valla de melilla te la vas a comer/.

El día 15.08.2017 desde el perfil DIRECCION003 publica el comentario: Soy español/ Y para un desarrollo óptimo del ser humano 1 Es necesario matarnos/ A nosotros y nuestros primos Europeos norteamericanos y asutralianos. 1 Si tu hijo pasa hambre Mata a un español o a sus primos/Si tu hijo no tiene ropa para vestirse/ Mata a un español o a sus primos/ Cuantos mas españoles o a sus primos mates/ Mejor vivirá tu hijo/ Jose María/.

El día 15.08.2017 publica : Fue un error no matar a los cristianos en Alandalus/ Fijate lo k hicieron/ Inkisicion/ Derecho de pernada/ Colonizacion violenta/ Escavitud/ Destruccion de culturas indígenas/ No revolución religiosa/ No revolución burguesa/ No revolución industrial/ Los españoles somos como los discapacitados mentales de europa/ K un dia encontraron en el alandalus/ tecnología superior al del resto de los países/ Y la utilizaron para robar/ Asesinar inocentes/ Y adoctrinar subnormales e hijos de puta.

El día 17.08.2017 desde el perfil DIRECCION003 publica el comentario: Me gustaría k fuera algo asi/ Argimiro DIJISTE DE LOS ESPAÑOLES/ PAM/ 0/ Argimiro QUE

DISTE DE LOS SUNIS/ PAM/ O Argimiro K DIJISTE DEL SUBNACIONALISMO MUSULMAN (marrokis turkos pakistanís, orgullosos de su nacionalidad, despreciadores de otras nacionalidades) PAM/ PERO/ Pero lo que no me gustaría es k dijeran/ Argimiro paga lo que otro pidió y no pago/PAM/.

El día 17.08.2017 desde el perfil DIRECCION003 escribió: Acaso no es evidente la superioridad de los primeros musulmanes/ Sobre cualquier otra cultura o nación/ Por k seguís perdiendo el tiempo mientras/ Le robais el futuro a vuestros hijos y /El estipendio a vuestros abuelos?/....No teneis vergüenza/ Sois unos cerdos y unos borraños/ Y vuestra cultura es lo perverso/ Hasta llegar al punto de cambiar el órgano reproductivo a niños criados/ Con Disney y sus cuentos proto nazis/ K hacen k un niño se sienta niña/ Y/ Una niña se sienta niño/ Sois una jodida abominación/ De la k hay k alejarse

El día 20.08.2018 publica desde el perfil DIRECCION002: me gustaría asesinar españoles orgullosos de su patria/

El día 4.10.2018 en el perfil DIRECCION002/ escribió: Pero sobre todo me gustaría desangrar a los andaluces... la basura andaluza no tiene remedio/

El mismo día y desde el mismo perfil publicó: bufon degenerado andaluz, muérete/ sino fuera por los andaluces de mierda.../ sabes que el andaluz no quiere independizarse?/ Porque son pura basura

El 20.12.2018 escribió en el perfil DIRECCION002: los españoles y de entre ellos los andaluces/ son personas de las k no puedes esperar seriedad o conocimiento en su palabra/ son unos gilipoyas de tomo y lomo../ K te parecen los subnormales de los españoles/ k dicen k cuando tu trabajabas en el KGB ganabas el mismo salario k el limpiador de habitaciones de hotel/ son subnormales o no los españoles/

El día 24.12.2018 publicó DIRECCION001: los españoles son subnormales/ ..retrasado mental español un tiro en la nuca o un cuchillo en tu cuello de vende patrias/

El día 2.01.2019 desde el mismo perfil que el anterior escribió: Desde entonces anhele cortarle el cuello a todo español orgullosos de serlo este mensaje se repite el 2.01.209 y también Una de las cosas k mas me gustaron de Euskal Herria Catalunya Francia y Irlanda/ Es k allí apenas hay retrasados mentales con cara de persona normal de esos k escuchan reggeton con voz de subnormal/ en ese aspecto se k en Andalucía me encontrare con gente bastante mas estúpida/

- c. En relación a su intolerancia respecto a la diversidad sexual ha publicado los siguientes mensajes:

El día 13.07.2017 desde el perfil DIRECCION002 Ya ni los fachas tiene cojones de matar marikones/.

El mismo día desde el mismo perfil con una imagen en la que se ve una multitud de hombre besándose escribe: jugando con fuego

El día 22.07.2017 desde el perfil DIRECCION003 publica el comentario: Apoyo a ese autobús/ Fusilarla a los homosexuales fundamentalistas/.

El día 5.08.2017 desde el perfil DIRECCION003 escribió: Y a k partido hay k votar/ Para k ilegalicen el matrimonio y la adopción/ Homosexual/ Una vez me dijeron al PP/ Kise invitarle a tomar un café para explicarle k esa idea es un error/ El PP esta a favor del matrimonio y adopción homosexual/ Sino/ lo hubieran prohibido como multitud de países modernos/.

falta fecha escribió: La identidad de genero es fascismo/ Lo promueve la derecha / Y los subnormales de izquierda lo apoyan alegando k los gays son oprimidos/ Oprimidos del ciclo marikones// tuerce botas/ Gracias a esa puta mierda de identidad de genero, llevo sin ver a mi hija 1 año y medio// Por supuesta violencia/

El día 16.05.2018 de la BIP Captura de lo publicado el 8.05.2018 Feminismo y homosexualidad lastres para el desarrollo lastre contra la lucha al opresor.

d. En relación al colectivo de las mujeres

El día 20.07.2017 desde el perfil DIRECCION003 escribió: A la mujer rebelde/ La pega/ A la mujer rebelde/ Le das un par de guantazos/ Jose María/.

El día 20.07.2017 desde el perfil DIRECCION003 publicó: Putas y borras de mierda/ Son las putas españolas/ Putas y borras de mierda/ Come putas múltiples/ No valen ni como esclava/.

El día 20.07.2017 desde el perfil DIRECCION003 publicó: El hombre es el responsable de la familia/ Y si la mujer no te obedece/ Y no la pega/ Ese es tu problema/ Pero/ El hombre es el responsable de la familia/.

El día 13.08.2017 desde el perfil DIRECCION003 publicó: La violencia de genero es fascismo/ Hay violencia física/ Hay violencia económica/ Hay violencia familiar/ Si un hombre obedece las indicaciones feministas/ Será el hombre el k sufra/ La violencia física/ La violencia económica/ La violencia familiar/ Estoy cansado de ese egocentrismo femenino k hace k el daño k sufren las/ mujeres sea mas importante k el daño k sufren los hombres/ Yo creo no he asesinado a una expareja k secuestro a mi hija/ Por las ingentes cantidades de porros k me fumo/ Pero sin en lugar de fumar porros/ Bebo güiski/ Ya la hubiera atropellado o apaleado o disparado o cualquier cosa para / acabar con su existencia de borraza guarra cocainomana/.

El día 30.08.2017 desde el perfil DIRECCION003 publicó: Sea hombre o mujer/ Si me atacan me defiende/ Es buena la violencia contra las mujeres/ Si con las mujeres violentas/ Violencia es k no puedas comprar una barra de pan/ Violencia son acusaciones de maltrato merecido/ Violencia es no tener venganza/.

El día 7.08.2018 desde el perfil DIRECCION003 publicó: por mi mente solo pasa apuñalar a las mujeres de la ett, atropellar catalanes en la rambla con mi furgoneta y kemar las oficinas de la ett

El día 29.12.2018 en el perfil DIRECCION002/ escribió Evidentemente las mujeres no son un problema para el opresor/ muerte al feminismo

El día 1.01.2019 publicó en el perfil DIRECCION002/: otra vez la noticia de los acusados de tratar a una puta gratuita como puta gratuita/.. mi consejo es: no trates a la mujer mejor que a la puta, y si eres pobre y si no tienes dinero pues mejor no tengas mujer pues en su genética esta el venderse/... ¿o es que acaso que pensáis que las putas que criais tiene como principio la sinceridad?

El 4.01.2019 desde el perfil DIRECCION001: las feministas sois unas putas que coméis cerdo / y eres lo k comes/ Tratais de anular la biología del hombre obligándolo a estar frio en situaciones en las k no llevais ropa adecuada k tape vuestras zonas herogenas/ En la k en las conversaciones no poneis limites/ Pero el hombre ha de mantenerse frio/ ¿Eso es lo que quereis ¿putas?! ¿Ser todo lo zorras que podáis sin sufrir las consecuencias?! ¿ Eso es lo que queréis ser putas?

e. En relación con la ideología política que identifica de derechas

El día 20.07.2017 desde el perfil DIRECCION003 escribió: Los nazis hacían jabon con/ Comunistas gitanos y judíos/ Los nazis ayudaron a Arsenio/ Arsenio a Braulio/ Y Braulio a Diego/ Menos mal k vino eta y le pego un tiro en la nuca a ese faxa de mierda

El día 7.08.2017 desde el perfil DIRECCION003 publica el comentario: Soy Argimiro/ Si consigues armamento/ te ayudo a matar faxas/

El día 4.07.2018 desde el perfil DIRECCION003.7 publicó el comentario: La derexa europea era antihomosexual por valores religiosos/ya ni eso les keda de legitimo... Hay que asesinar a todos los lideres de la derexa/ hasta k hagas eso por tus hijos, la historia revela éxito si triunfa la revolución

El mismo día y desde el mismo perfil escribió: Debemos organizarnos para asesinar a los lideres de derexa... hay que asesinar faxas o el mundo será peor

El día 19.07.2018 desde el perfil DIRECCION003 publicó el comentario: España es el único país del mundo/ k/ no persiguió/ no enjuicio/ no ejecuto/ a los colaboradores del nazismo/ hay muxas balas en la nuca pendientes/al ojo por ojo/ siempre es mejor perdonar/ siempre cuando halla arrepentimiento y practiquen la azala/

El día 3.09.2018 desde el perfil DIRECCION003 publicó imagina k alguien asesina a Hitler antes de dar el golpe de estado/ imagina/ k alguien asesina a Arsenio o Everardo antes d k lleguen al poder/ imagina k alguien asesina a Felix u a otros faxas con intenciones de ser cargo publico/ imagínatelo/ imagina imagina/ k Roobin Hood no tiene k robar a los ricos/ por k alguien asesina al príncipe si tierra/

El día 3.09.2018 desde el perfil DIRECCION003 escribió imagina que alguien conoce los beneficios de aniquilar melcheviques y fachas /Todos sabemos ya /K los faxas son malos/ y que hay Ke matarlos como en la segunda guerra mundial/ o utilizaran mujeres semidesnudas para excitar a los cerdos y conseguir mas escaños en lugares como Andalucía o España

El día 24.12.2108 escribió DIRECCION001:: he leído mucha historia/ y sin lugar a dudas/ asesinando a Gonzalo del partido popular/un faxa menos se interpondría entre/ el pueblo y el éxito/ Jose María/ Jesús

El día 31.12.2018 DIRECCION001: publicó Ya sabeis donde estoy, un arma, información, no me importa acabar muerto o en la cárcel si es tratando de asesinar faxas

El día 12.01.2019 escribió desde el perfil DIRECCION003: Hay k rajar el cuello a Abascal/ Y k aprendan el resto/ Como al líder ultraderexistista alemán/ Pero sin dejarle vivo" (sic)

SEGUNDO

En la citada sentencia se dictó el siguiente pronunciamiento: "Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Antonio , también conocido como Argimiro, como autor penalmente responsable de un delito contra los derechos fundamentales del art. 510.1 a) y 3 del Código Penal , sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de DOS AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de NUEVE MESES Y UN DIA DE MULTA con una cuota diaria de dos euros con la responsabilidad personal subsidiaria para caso de impago del art. 53 del Código Penal , así como la de inhabilitación especial para profesión u oficio educativo , el ámbito docente , deportivo y de tiempo libre por tiempo de siete años.

Se condena al mencionado acusado al pago de las costas procesales causadas.

Para el cumplimiento de la pena impuesta, será de abono al condenado la totalidad del tiempo que permaneció privado de libertad cautelarmente por esta causa.

Notifíquese esta Sentencia al condenado, al Ministerio Fiscal y a las partes personadas.

El recurso susceptible es el RECURSO DE APELACIÓN ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, debiéndose interponer ante esta Audiencia Provincial dentro del plazo de 10 días siguientes a aquel en que se les hubiere notificado la sentencia." (sic)

TERCERO

Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del condenado, oponiéndose al mismo en Ministerio Fiscal, dictándose sentencia núm.

223/2020 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 24 de julio de 2020 en el rollo de apelación núm. 183/2020, cuyo Fallo es el siguiente: " QUE DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por la procuradora D.ª CECILIA BARROSO RODRÍGUEZ, en nombre y representación de Antonio, frente a la sentencia de fecha 2 de marzo de 2020, dictada por la Sección nº 17 de la Audiencia Provincial de Madrid, en autos de Procedimiento Abreviado nº 536/2019, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la citada resolución, y sin hacer expresa imposición de costas en esta segunda instancia.

Notifíquese la presente resolución a las partes y con certificación de la misma, una vez sea firme, devuélvanse los autos al órgano judicial de referencia.

Líbrese por la Sra. Letrada de la Administración de Justicia de este Tribunal certificación de la presente resolución, que se dejará en el rollo correspondiente, llevando la original al Libro de Sentencias penales de esta Sala.

Contra la resolución que se notifica cabe recurso de casación que se preparará ante este Tribunal, en el plazo de cinco días siguientes al de la última notificación de la resolución recurrida, por escrito autorizado por Abogado y Procurador, en el que se solicitará testimonio de la resolución que se quiera recurrir y manifestará la clase o clases de recurso que trate de utilizar (arts. 855 y 856 LECr)." (sic)

CUARTO

Con fecha 27 de julio de 2020, la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia dictó Auto de aclaración, cuya parte dispositiva es la siguiente:" 1.- SE ACUERDA RECTIFICAR la Sentencia dictada en el presente procedimiento en el sentido que se indica de reflejar como fecha de su dictado la de 24 de julio de 2020.

Incorpórese esta resolución al libro de Sentencias, a continuación de la Sentencia rectificada, y llévese testimonio a los autos principales." (sic)

QUINTO

Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación de D. Antonio que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

SEXTO

Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal del recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes motivos de casación:

Primero.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ, vulneración de la presunción de inocencia del art. 24.2 CE, y de la libertad de expresión del art. 20. CE.

Segundo.- Al amparo del Art. 849.1 LECrim., infracción de ley por aplicación indebida, en su caso, del art. 510.1. a) y 3 del CP.

Tercero.- Al amparo del art. 849.2 LECrim., error de hecho en la valoración de la prueba .

SÉTIMO

Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal por escrito de fecha 18 de mayo de 2021, interesó la desestimación de los motivos, y por ende, la inadmisión del recurso; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

OCTAVO

Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 18 de mayo de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. - La sentencia núm. 132/2020, 2 de marzo, dictada por la Sección 17 de la Audiencia Provincial de Madrid, condenó al acusado Antonio, también conocido como Argimiro, como autor penalmente responsable de un delito contra los derechos fundamentales del art. 510.1 a) y 3 del Código Penal, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de 2 años y 6 meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 9 meses y 1 día con una cuota diaria de 2 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria para caso de impago del art. 53 del Código Penal, así como la de inhabilitación especial para profesión u oficio educativo en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre por tiempo de 7 años.

Contra esta condena se interpuso recurso de apelación que fue resuelto en sentido desestimatorio por la sentencia núm. 223/2020, 24 de julio, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Se recurre ahora por la representación legal del acusado ante esta Sala y se formalizan tres motivos.

2. - El primero de los motivos, bajo la cobertura que proporcionan los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, al estimar que los hechos estarían amparados por la libertad de expresión que la Constitución reconoce en el art. 20.

La queja sobre la infracción del derecho a la presunción de inocencia tiene como punto de contraste el reconocimiento de los hechos que asume Antonio, al menos en cuanto a aquellos elementos fácticos que integran el tipo objetivo del art. 510 del CP.

Si bien se mira lo que reivindica la defensa es la exclusión de la antijuridicidad de la acción imputada que, según su criterio, estaría amparada por la libertad de expresión. Razona el motivo que el acusado no promovió ni incitó al odio con sus palabras, ya que sólo expresaba sus opiniones o ideas, sin organizar ninguna estrategia que suponga la elaboración de un plan para promover alguna actuación conjunta o en grupo.

Insiste la defensa en que esos mensajes no tuvieron ningún receptor, pues "...nadie se ha unido a los contenidos publicados por mi mandante en su página de DIRECCION000 ni le ha contestado adhiriéndose a sus manifestaciones en la red social. (...) Una conducta no puede considerarse típica por herir los sentimientos comunes a la ciudadanía, ya que ello entraría dentro del ámbito subjetivo de las personas. Tanto es así que el mismo mensaje podrá ocasionar una reacción en un individuo y otra distinta en otro, desde no darle importancia alguna a sentirse profundamente herido, pero no se ha traducido en una acción concreta de violencia".

La condena habría vulnerado el principio de intervención mínima que ha de inspirar la aplicación del derecho penal.

El motivo no es viable.

2.1.- No es, desde luego, tarea fácil la fijación del espacio de tipicidad de un precepto como el art. 510 del CP, en el que se castiga la incitación directa o indirecta al odio, la hostilidad, la discriminación o violencia "...contra un grupo una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad".

La dificultad se deriva, no sólo de la necesidad de delimitar, en cada caso concreto, qué afirmaciones están amparadas por la libertad de expresión, sino de cuestionarse en qué medida el derecho penal puede ser utilizado como un instrumento para evitar un sentimiento que forma parte de la propia condición humana. La tendencia al odio, la aversión hacia alguien cuyo mal se desea puede definir el estado de ánimo en cualquier persona. Desde esta perspectiva, es obvio que el derecho penal no puede impedir que el ciudadano odie. El mandato imperativo ínsito en la norma penal no puede concebirse con tal elasticidad que conduzca a prohibir sentimientos.

Pero la claridad de esta idea, que ha de operar como inderogable premisa, es perfectamente compatible con la necesidad de criminalizar, no sentimientos, sino acciones ejecutadas con el filtro de esa aversión que desborda la reflexión personal para convertirse en el impulso que da vida a conductas que ponen en peligro las bases de una convivencia pacífica. con el filtro de esa aversión que desborda la reflexión personal para convertirse en el impulso que da vida a acciones ejecutadas como genuina expresión de esa animadversión que pone en peligro las bases de una convivencia pacífica.

A estas dificultades ligadas a la punición de lo que se ha llamado en plástico epigrama "discurso del odio" ya nos hemos referido en otras ocasiones. Hemos apuntado que la necesidad de ponderar en nuestro análisis los límites a la libertad de expresión y de hacerlo a partir de esa equívoca locución con la que pretende justificarse la punición, no hacen sino añadir obstáculos a la labor interpretativa. Las dificultades se multiplican cuando de lo que se trata es de determinar, como en tantas otras ocasiones, el alcance de lo intolerable.

El significado de principios como el carácter fragmentario del derecho penal o su consideración como ultima ratio, avalan la necesidad de reservar la sanción penal para las acciones más graves. No todo mensaje inaceptable o que ocasiona el normal rechazo de la inmensa mayoría de la ciudadanía ha de ser tratado como delictivo por el hecho de no hallar cobertura bajo la libertad de expresión. Entre el odio que incita a la comisión de delitos, el odio que siembra la semilla del enfrentamiento y que erosiona los valores esenciales de la convivencia y el odio que se identifica con la animadversión o el resentimiento, existen matices que no pueden ser orillados por el juez penal con el argumento de que todo lo que no es acogible en la libertad de expresión resulta intolerable y, por ello, necesariamente delictivo.

Tampoco ayuda a la labor exegética la extendida invocación de los nocivos efectos del discurso del odio como razón justificadora de su punición. De nuevo hemos de apartarnos de la tentación de construir el juicio de tipicidad trazando una convencional y artificiosa línea entre el discurso del odio y la ética del discurso. El derecho penal no puede prohibir el odio, no puede castigar al ciudadano que odia. Por si fuera poco, el vocablo discurso, incluso en su simple acepción gramatical, evoca un acto racional de comunicación cuya punición no debería hacerse depender del sentimiento que anima quien lo pronuncia. Tampoco puede afirmarse un único significado a una locución - discurso del odio- cuyo contenido está directamente condicionado por la experiencia histórica de cada Estado. El discurso del odio puede analizarse en relación con problemas étnicos, religiosos, sexuales o ligados a la utilización del terrorismo como instrumento para la consecución de fines políticos (cfr. STS 4/2017, 18 de enero).

2.2.- Las frases que Antonio difundió en su página de DIRECCION000 tienen pleno encaje en el tipo previsto en el art. 510 del CP. Así lo expresa el juicio histórico de la sentencia dictada en la instancia cuando señala que aquellos perfiles fueron "...utilizados por Argimiro -el nombre que usaba el acusado en las redes sociales- para dar publicidad a su conversión a aquella religión y exteriorizar públicamente la superioridad de la misma, no solo respecto a las demás religiones sino también en relación a las otras ramas del Islam, al propio tiempo ha utilizado tales perfiles para comunicar y promover sentimientos de repulsión, intolerancia y discriminación hacia determinados colectivos y personas individuales en tales colectivos integradas y en razón de su pertenencia a los mismos, instigando la hostilidad y aversión hacia los mismos y sugiriendo e instigando a la realización de actos violentos contra ellos".

La Audiencia Provincial llega a sistematizar esos pasajes en función del colectivo al que estaban destinados. Así, en un primer bloque sistemático se incluirían aquellas frases dirigidas a otras ramas del islam:

"Sunis borraños asesinos del hijo del profeta. (...) Cada noble musulmán/ Es un asesino en potencia de / Injustos y tiranos. (...). A veces siento k os debo incitar a la violencia contra los Tiranos e injustos/ Por k el Islam es Paz/. (...) Sunnis de la mezquita de la M-30/ Cual es el milagro científico k describis/ Acaso/ Hay perla y coral en la desembocadura de los ríos/ Os voy a seccionar la ahorta 1 A la altura del cuello/ Y dire bismillah. (...) Soy chií o jariyí y comunista/ Poseo 100 cojones por cada sunni 1 y 1000 por cada español/ Solo espero el momento de la sangre. (...) Cada vez k me acuerdo del Hadiz de las cebollas Acre/ Me dan ganas de coger un cuchillo y degollar suni por suni. (...) El eco de Pablo /Resonara/ hasta el último día de los musulmanes/ Malditos sunnis/ Malditos faxas/ Gozareis brevemente en esta vida/ Os habrá parecido una tarde/ Como una mañana (...) La historia de este hombre/ Es la historia de los primeros musulmanes honrados/ Rodeados de musulmanes subnormales e hijos de la gran puta/ Suni se hacen llamar. (...) sabes pork me dan asko los sunis por k piensdan k los musulmanes son pobres por k Dios así lo kiso nunca veras a un suni de mierda exigiéndole a los ricos. (...) eres un subnorma/. Ramón era un bereber chiíta y los bereberes chiítas ayudaran a Argimiro a cortar el cuello a los árabes sunitas.

En un segundo bloque, la Audiencia incluye aquellos otros mensajes relacionados con el "...pueblo español en general y a los andaluces en particular":

"Español subnormal/ Español de mierda/ Español hijo de puta/Español payaso/ Español idiota/ Español imbécil/ Español gilipollas/ Español hijo de la gran puta de mierda/ Español vendepatrías/ Español gasta pensiones de sus mayores/ Español roba oportunidades laborales para sus hijos/ Español hace entender k el lo paso peor k tu/ después de gastarse el oro americano y el generado por esclavos privatizar industria y sanidad/ Después de haber kemado en la hoguera al k decía/ La tierra gira alrededor del sol/Español te mereces bombas/ Español te mereces tiros en la nuca/ Español te mereces k Dios levante tu tierra y le de la vuelta/ Como Sodoma y Gomorra.

Dice k los rifeños degollaron españoles indefensos/ Dice k los rifeños destruyeron escuelas y hospitales/ Yo digo bullshit/ Español bueno en Africa/ Español muerto en Africa/ Tus putas escuelas y hospitales solo para cristianos o ricos/ A tomar por culo/. (...) Antes de morir/ Me gustaría matar todos los españoles/ posibles/. (...) Español me cago en tu puta madre y la valla de melilla te la vas a comer/. (...) Soy español/ Y para un desarrollo óptimo del ser humano 1 Es necesario matarnos/ A nosotros y nuestros primos Europeos norteamericanos y asutralianos. 1 Si tu hijo pasa hambre Mata a un español o a sus primos/Si tu hijo no tiene ropa para vestirse/ Mata a un español o a sus primos/ Cuantos mas españoles o a sus primos mates/ Mejor vivirá tu hijo/ Jose María/. (...) Fue un error no matar a los cristianos en Alandalus/ Fijate lo k hicieron/ Inkisicion/ Derecho de pernada/ Colonizacion violenta/ Escavitud/ Destruccion de culturas indígenas/ No revolución religiosa/ No revolución burguesa/ No revolución industrial/ Los españoles somos como los discapacitados mentales de

europa/ K un dia encontraron en el alandalus/ tecnología superior al del resto de los países/ Y la utilizaron para robar/ Asesinar inocentes/ Y adoctrinar subnormales e hijos de puta.

(...) Me gustaría k fuera algo asi/ Argimiro DIJISTE DE LOS ESPAÑOLES/ PAM/ O/ Bienvenido QUE DISTE DE LOS SUNIS/ PAM/ O Bienvenido K DIJISTE DEL SUBNACIONALISMO MUSULMAN (marrokis turkos pakistanís, orgullosos de su nacionalidad, despreciadores de otras nacionalidades) PAM/ PERO/ Pero lo que no me gustaría es k dijeran/ Argimiro paga lo que otro pidio y no pago/PAM/.

(...) Acaso no es evidente la superioridad de los primeros musulmanes/ Sobre cualquier otra cultura o nación/ Por k seguís perdiendo el tiempo mientras/ Le robais el futuro a vuestros hijos y /El estipendio a vuestros abuelos?/....No teneis vergüenza/ Sois unos cerdos y unos borrajos/ Y vuestra cultura es lo perverso/ Hasta llegar al punto de cambiar el órgano reproductivo a niños criados/ Con Disney y sus cuentos proto nazis/ K hacen k un niño se sienta niña/ Y/ Una niña se sienta niño/ Sois una jodida abominación/ De la k hay k alejarse me gustaría asesinar españoles orgullosos de su patria/

(...) Pero sobre todo me gustaría desangrar a los andaluces... la basura andaluza no tiene remedio/ El mismo día y desde el mismo perfil publicó: bufon degenerado andaluz, muérete/ sino fuera por los andaluces de mierda.../ sabes que el andaluz no quiere independizarse?/ Porque son pura basura. (...) los españoles y de entre ellos los andaluces/ son personas de las k no puedes esperar seriedad o conocimiento en su palabra/ son unos gilipoyas de tomo y lomo../ K te parecen los subnormales de los españoles/ k dicen k cuando tu trabajabas en el KGB ganabas el mismo salario k el limpiador de habitaciones de hotel/ son subnormales o no los españoles/

(...) los españoles son subnormales/ ..retrasado mental español un tiro en la nuca o un cuchillo en tu cuello de vende patrias/ (...) Desde entonces anhelo cortarle el cuello a todo español orgullosos de serlo (...) Una de las cosas k mas me gustaron de Euskal Herria Catalunya Francia y Irlanda/ Es k allí apenas hay retrasados mentales con cara de persona normal de esos k escuchan reggeton con voz de subnormal/ en ese aspecto se k en Andalucía me encontrare con gente bastante mas estúpida"

Otros mensajes, según el relato de hechos probados estaban dirigidos a expresar su "...su intolerancia respecto a la diversidad sexual":

(...) Ya ni los fachas tiene cojones de matar marikones/. El mismo día desde el mismo perfil con una imagen en la que se ve una multitud de hombre besándose escribe: jugando con fuego. (...) Apoyo a ese autobús/ Fusilarla a los homosexuales fundamentalistas/. (...) Y a k partido hay k votar/ Para k ilegalicen el matrimonio y la adopción/ Homosexual/ Una vez me dijeron al PP/ Kise invitarle a tomar un café para explicarle k esa idea es un error/ El PP esta a favor del matrimonio y adopción homosexual/ Sino/ lo hubieran prohibido como multitud de países modernos/. (...) La identidad de genero es fascismo/ Lo promueve la derexa / Y los subnormales de izquierda lo apoyan alegando k los gays son oprimidos/ Oprimidos del cilo marikones//

tuerce botas/ Gracias a esa puta mierda de identidad de genero, llevo sin ver a mi hija 1 año y medio// Por supuesta violencia/ (...) Feminismo y homosexualidad lastres para el desarrollo lastre contra la lucha al opresor".

En relación con las mujeres los mensajes publicados desde la página de DIRECCION000 fueron los siguientes:

A la mujer rebelde/ La pegas/ A la mujer rebelde/ Le das un par de guantazos/ Jose María/. (...) Putas y borras de mierda/ Son las putas españolas/ Putas y borras de mierda/ Come poyas multiples/ No valen ni como esclava/. (...) El hombre es el responsable de la familia/ Y si la mujer no te obedece/ Y no la pegas/ Ese es tu problema/ Pero/ El hombre es el responsable de la familia/. (...) La violencia de genero es fascismo/ Hay violencia física/ Hay violencia económica/ Hay violencia familiar/ Si un hombre obedece las indicaciones feministas/ Sera el hombre el k sufra/ La violencia física/ La violencia económica/La violencia familiar/ Estoy cansado de ese egocentrismo femenino k hace k el daño k sufren las/ mujeres sea mas importante k el daño k sufren los hombres/ Yo creo no he asesinado a una expareja k secuestro a mi hija/ Por las ingentes cantidades de porros k me fumo/ Pero sin en lugar de fumar porros/ Bebo güiski/ Ya la hubiera atropellado o apaleado o disparado o cualquier cosa para / acabar con su existencia de borraxa guarra cocainomana/. (...) Sea hombre o mujer/ Si me atacan me defiendo/ Es buena la violencia contra las mujeres/ Si con las mujeres violentas/ Violencia es k no puedas comprar una barra de pan/ Violencia son acusaciones de maltrato merecido/ Violencia es no tener venganza/. (...) por mi mente solo pasa apuñalar a las mujeres de la ett, atropellar catalanes en la rambla con mi furgoneta y kemar las oficinas de la ett (...) Evidentemente las mujeres no son un problema para el opresor/ muerte al feminismo. (...) otra vez la noticia de los acusados de tratar a una puta gratuita como puta gratuita/.. mi consejo es: no trates a la mujer mejor que a la puta, y si eres pobre y si no tienes dinero pues mejor no tengas mujer pues en su genética está el venderse/... ¿o es que acaso que pensáis que las putas que criais tiene como principio la sinceridad? (...) las feministas sois unas putas que coméis cerdo / y eres lo k comes/ Tratais de anular la biología del hombre obligándolo a estar frio en situaciones en las k no llevais ropa adecuada k tape vuestras zonas herogenas/ En la k en las conversaciones no poneis limites/ Pero el hombre ha de mantenerse frio/ ¿Eso es lo que quereis ¿putas?! ¿Ser todo lo zorras que podáis sin sufrir las consecuencias?! ¿Eso es lo que queréis ser putas?.

Por último, respecto de la ideología que identifica como "de derechas", publicó los siguientes mensajes:

"Los nazis hacían jabon con/ Comunistas gitanos y judíos/ Los nazis ayudaron a Arsenio/ Arsenio a Braulio/ Y Braulio a Diego/ Menos mal k vino eta y le pego un tiro en la nuca a ese faxa de mierda (...) Soy Argimiro/ Si consigues armamento/ te ayudo a matar faxas/ La dextera europea era antihomosexual por valores religiosos/ya ni eso les keda de legitimo... Hay que asesinar a todos los lideres de la dextera/ hasta k hagas eso por tus hijos, la historia revela éxito si triunfa la revolución. (...) Debemos organizarnos para asesinar a los lideres de dextera... hay que asesinar faxas o el mundo será peor. (...) España es el único país del mundo/ k/ no persiguió/ no enjuicio/ no

ejecuto/ a los colaboradores del nazismo/ hay muxas balas en la nuca pendientes/al ojo por ojo/ siempre es mejor perdonar/ siempre cuando halla arrepentimiento y practiquen la azala/. (...) imagina k alguien asesina a Hitler antes de dar el golpe de estado/ imagina/ k alguien asesina a Arsenio o Everardo antes d k lleguen al poder/ imagina k alguien asesina a Felix u a otros faxas con intenciones de ser cargo publico/ imaginatelo/ imagina imagina/ k Roobin Hood no tiene k robar a los ricos/ por k alguien asesina al príncipe si tierra/ (...) imagina que alguien conoce los beneficios de aniquilar melcheviques y fachas /Todos sabemos ya /K los faxas son malos/ y que hay Ke matarlos como en la segunda guerra mundial/ o utilizaran mujeres semidesnudas para excitar a los cerdos y conseguir mas escaños en lugares como Andalucía o España. (...) he leído mucha historia/ y sin lugar a dudas/ asesinando a Gonzalo del partido popular/un faxa menos se interpondría entre/ el pueblo y el exito/ Jose María/ Jesús (...) Ya sabeis donde estoy, un arma, información, no me importa acabar muerto o en la cárcel si es tratando de asesinar faxas. (...) Hay k rajar el cuello a Abascal/ Y k aprendan el resto/ Como al líder ultraderexista alemán/ Pero sin dejarle vivo".

2.3.- La difusión en redes sociales de esos mensajes no puede estar amparada por la causa de justificación derivada del legítimo ejercicio del derecho a la libertad de expresión (arts. 20.7 del CP).

Tanto la sentencia de instancia como la que es objeto del presente recurso de casación incorporan una enciclopédica cita de pronunciamientos de esta Sala, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los que se fijan los límites a ponderar en el obligado ejercicio de balanceo. A lo allí expuesto conviene remitirse.

Baste ahora apuntar, con carácter general, cómo la jurisprudencia del TEDH ha señalado que "...la tolerancia y el respeto a la igual dignidad de todos los seres humanos constituyen los fundamentos de una sociedad democrática y pluralista. Siendo así, por principio puede considerarse necesario en determinadas sociedades democráticas sancionar o incluso prevenir todas las formas de expresión que difundan, inciten, promuevan o justifiquen el odio basadas en la intolerancia ..., siempre que las "formalidades", "condiciones", "restricciones" o las "sanciones" impuestas sean proporcionales al objetivo legítimo perseguido" (Erbakan v. Turkey, sentencia de 6 de julio de 2006, 59405/00 § 56).

El Tribunal Constitucional, en su sentencia 112/2016, 20 de junio, tras destacar su relevancia constitucional, se refiere al carácter limitable del derecho a la libertad de expresión, singularmente por las manifestaciones que alienten la violencia, afirmando que puede considerarse necesario en las sociedades democráticas sancionar e incluso prevenir formas de expresión que propaguen, promuevan, o justifiquen el odio basado en la intolerancia. La función jurisdiccional consiste, en estos casos, en valorar, atendiendo a las circunstancias concurrentes, la expresión de las ideas vertidas y las circunstancias concurrentes esto es, si la conducta que se enjuicia constituye el ejercicio legítimo ilícito del derecho fundamental a la libertad de expresión y, en consecuencia, se justifica por el valor predominante de la libertad o, por el contrario,

la expresión es atentatoria a los derechos y a la dignidad de las personas a que se refiere, situación que habrá de examinarse en cada caso concreto.

Existe, pues, un discurso del odio no protegido, que desborda la tutela que dispensa el legítimo ejercicio del derecho a la libertad de expresión. Y así lo hemos proclamado en numerosos precedentes. En la STS 185/2019, 2 de abril, señalábamos que "el discurso generador del odio y la discriminación no tiene amparo, ni cobertura en los referidos derechos constitucionales. A tal efecto son numerosos los Tratados Internacionales ratificados por España que, al amparo del artículo 10 de la Constitución, ha de guiar la interpretación de la tipicidad de los delitos de odio en sus variadas manifestaciones típicas. Junto a la Convención de Naciones Unidas para la prevención y sanción del delito de genocidio, de 9 de diciembre de 1948; la Convención de Naciones Unidas sobre eliminación de toda forma de discriminación racial de 22 diciembre de 1965; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 diciembre de 1966; el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 noviembre de 1950; la Recomendación (97) 20, de 20 octubre 1997 y la de 3 octubre de 2002, de política general acerca de la legislación nacional para luchar contra el racismo y la discriminación racial en la Comisión europea contra el racismo e intolerancia (ECRI); la recomendación 1805 (2007) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo Europeo sobre blasfemia, insultos religiosos y discurso de odio contra personas por razón de su religión; la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 noviembre 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el derecho penal; la Convención sobre cibercrimen, de 23 noviembre 2011; la Recomendación 7 de la Comisión europea contra el racismo y la intolerancia, de 13 diciembre del 2002, que identifica el discurso del odio, como expresiones que intencionadamente difundidos implican a) una incitación pública a la violencia y el odio; y b) a través de las cuales insultan y difaman públicamente a personas o grupo de personas por razón de su raza, color, lengua, religión, nacionalidad, su origen, nación o etnia; la Convención del Consejo de Europa sobre prevención del terrorismo, de 16 mayo 2008, cuyo artículo 5 define la provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo, disponiendo que la tipificación de las conductas requiere la creación de un riesgo para la comisión de un delito terrorista. Concretamente, la Convención del Consejo de Europa sobre prevención del terrorismo, de 16 de mayo de 2005 y la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017, establece que en su punición los Estados miembros han de incorporar a su tipicidad una potencialidad de riesgo de que puedan cometerse actos terroristas".

Hemos señalado también que "...el elemento nuclear del hecho delictivo consiste en la expresión de epítetos, calificativos, o expresiones, que contienen un mensaje de odio que se transmite de forma genérica. Se trata de un tipo penal estructurado bajo la forma de delito de peligro, bastando para su realización, la generación de un peligro que se concreta en el mensaje con un contenido propio del "discurso del odio", que lleva implícito el peligro al que se refieren los Convenios Internacionales de los que surge la tipicidad. Estos refieren la antijuricidad del discurso del odio sin necesidad de una exigencia que vaya más allá del propio discurso que contiene el mensaje de odio y que por sí mismo es contrario a la convivencia por eso considerado lesivo. El

tipo penal requiere para su aplicación la constatación de la realización de unas ofensas incluidas en el discurso del odio pues esa inclusión ya supone la realización de una conducta que provoca, directa o indirectamente, sentimientos de odio, violencia, o de discriminación. De alguna manera son expresiones que por su gravedad, por herir los sentimientos comunes a la ciudadanía, se integran en la tipicidad" (cfr. STS 72/2018, 9 de febrero).

2.4.- Frente a las alegaciones del recurrente que, en el legítimo ejercicio del derecho de defensa, ve en esos mensajes la genuina plasmación de su libertad de expresión, la Sala no puede interpretar esas frases como la exteriorización de un sentimiento no punible de aversión frente a otros. Antes al contrario, el discurso del acusado tiene un potencial efecto erosivo de los pilares de la tolerancia que hacen posible la convivencia. No se trata ya de afirmaciones sólo censurables por la corteza de sus vocablos, capaz de herir la sensibilidad de sus hipotéticos destinatarios. Antonio, al menos en dos ocasiones, se ofrece a aquél que pueda proporcionarle armas: "...ya sabéis donde estoy, un arma, información, no me importa acabar muerto o en la cárcel si es tratando de asesinar faxas". Y en otro momento dice: "...soy Argimiro/ Si consigues armamento/ te ayudo a matar faxas".

No hablamos, por tanto, del uso de una red social como simple vehículo para exteriorizar una opinión más o menos hiriente, ofensiva o vejatoria. Algunos de los pasajes subrayados -por sí solos o interrelacionados con el resto- reflejan que el mensaje que se difunde, filtrado por el odio, invita a la acción, a la violencia, a la lucha armada. Antonio no sólo incita a otros, sino que se ofrece como primer agresor de aquellos a los que desprecia por su ideología, su género, su orientación sexual o su origen nacional.

La Sala no puede amparar ese discurso de odio encadenado, que invita a los usuarios de la red a sumarse a la violencia y que sugiere golpear a las mujeres como modelo de convivencia: "... sin en lugar de fumar porros/ Bebo güiski/ Ya la hubiera atropellado o apaleado o disparado o cualquier cosa para / acabar con su existencia de borraxa guarra cocainomana/. (...) Sea hombre o mujer/ Si me atacan me defiendo/ Es buena la violencia contra las mujeres/ Si con las mujeres violentas/ (...) las feministas sois unas putas que coméis cerdo / y eres lo k comes/".

El motivo ha de ser desestimado (art. 885.1 LECrim).

3. - El segundo de los motivos, al amparo del art. 849.1 de la LECrIm, denuncia indebida aplicación del art. 510.1 a) y 3 del CP.

Se razona por la defensa que la calificación de los hechos como constitutivos de un delito de incitación al odio del art. 510 y del tipo agravado que contempla el apartado 3º de ese mismo precepto no es correcta. Faltan algunos de los elementos necesarios para afirmar la tipicidad.

3.1.- No es aceptable la tesis hecha valer por la defensa de que en los hechos declarados probados no consta el especial dolo que exige este precepto. Hemos dicho, respecto del tipo subjetivo, que tanto en el delito de enaltecimiento como en el de

incitación al odio no se requiere un dolo específico, siendo suficiente la concurrencia de un dolo básico que ha de ser constatado a partir del contenido de las expresiones vertidas: "...el dolo de estos delitos se rellena con la constatación de la voluntariedad del acto y la constatación de no tratarse de una situación incontrolada o una reacción momentánea, incluso emocional, ante una circunstancia que el sujeto no ha sido capaz de controlar" (vid. STS 72/2018, 9 de febrero y cfr. STS 4/2017, 18 de enero).

Dicho con otras palabras, para afirmar el dolo es suficiente el conocimiento por el autor de los elementos que definen el tipo objetivo, esto es, la plena conciencia y voluntad de que se está difundiendo un mensaje de odio en el que se menosprecia todo aquello que resulta no aceptado por la particular visión del mundo y de la vida que suscribe el emisor y en los que se invita a luchar contra el "enemigo" recurriendo, si resulta preciso, a la violencia. Basta con asumir como propia la justificación de una forma violenta de enfrentarse a los "diferentes". Es suficiente, en fin, con la reiteración consciente de esos mensajes para constatar que Antonio captó con el dolo los elementos del tipo objetivo que define el art. 510 del CP.

3.2.- Tampoco podemos coincidir con el recurrente en el hecho de que para que pueda afirmarse la responsabilidad penal es preciso que haya "... un sujeto receptor que "abrazando" las expresiones proferidas por mi patrocinado en su perfil de DIRECCION000 tenga una reacción de odio, hostilidad, discriminación o violencia hacia los grupos o parte de los mismos recogidos en el tipo penal".

El delito previsto en el art. 510 del CP y por el que ha sido condenado Antonio no es un delito de resultado. No exige, desde luego, que ese mensaje desencadene de forma efectiva acciones ejecutadas por terceros estimulados por el mensaje destructivo del agente. Estamos ante un delito en el que, desde luego, "... debe exigirse para considerar legítima la sanción penal, además de la difusión de ideas, que ello implique una incitación o una provocación al odio a determinados grupos que se detallan en el precepto, de manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de violencia, odio o discriminación contra aquellos grupos o sus integrantes como tales. Por lo tanto, los actos de difusión de esta clase de ideas o doctrinas son perseguidos penalmente en cuanto que suponen, en la forma antes dichas, un peligro real para los bienes jurídicos protegidos. No es preciso un peligro concreto, siendo suficiente el peligro abstracto, si bien puede entenderse que es suficiente el peligro potencial o hipotético a medio camino entre aquellos, según el cual lo que importa es la capacidad de la conducta para crear el peligro relevante" (AATS 16 de noviembre de 2020, causa especial 20280/2020 y 14 de abril de 2021, causa especial 21021/2019).

3.3.- También discrepa la defensa de la aplicación del tipo agravado previsto en el art. 510.3 cuando los hechos se hubieran llevado a cabo "...a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas".

Subraya el recurrente que las manifestaciones que han determinado su condena "...sólo llegaron a unas 13 o 14 personas, por lo que no existe uno de los elementos del tipo penal agravado, ya que no fue accesible a un número elevado de personas".

El motivo no es viable.

La sentencia recurrida justifica la aplicación del precepto agravado en el hecho objetivo de la utilización de internet como vehículo para la comisión del delito, "...con independencia de que pueda saberse o no el grado de receptividad que haya podido tener su discurso".

La resolución de instancia, dictada por la Audiencia Provincial, apoya la aplicación del art. 510.3 del CP en el hecho de que, aun cuando sus seguidores no eran más de 13 o 14, "...publicaba siempre en redes abiertas y por tanto con potencialidad de publicidad ilimitada como expone el Ministerio Fiscal, y según declara el Policía Nacional NUM001 con unos 540 o 550 amigos, que son personas que tienen acceso diario a lo que él publica y ven todo lo que ha publicado durante los dos años que dura el seguimiento" .

En principio, la aplicación del tipo agravado no puede hacerse depender de la simple constatación objetiva del medio empleado para la difusión del mensaje. De hecho, el inciso final del precepto exige que se haya realizado de un modo tal que ese discurso "...se hiciera accesible a un elevado número de personas".

La agravación prevista en el apartado 3º del art. 510 del CP no puede concebirse conforme a parámetros objetivos, de suerte que su aplicación resultara obligada, siempre y en todo caso, por la utilización de Internet o cualquier otra tecnología de la información. No es eso lo que dice el precepto, que se incorpora como elemento del tipo que esos mensajes hubieran sido accesibles a "...un elevado número de personas". Por consiguiente, se opone a esa visión, tanto la literalidad del tipo agravado como las exigencias inherentes al principio de culpabilidad.

Pero en el presente caso, en el juicio histórico se contienen elementos que permiten deducir el alcance de esos mensajes. El acusado creó tres perfiles de DIRECCION000 y su utilización se prolongó durante los años 2017 a los primeros días de 2019. La defensa subraya que sólo eran entre 13 y 14 seguidores, pero la Audiencia Provincial -inferencia avalada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia- puntualiza que contaba con 540 o 550 "amigos". Es un hecho notorio que la condición de "seguidor" o "amigo" en una página de DIRECCION000 no puede identificarse, ni mucho menos, con el de aquella persona que ha tenido acceso al mensaje de odio. Tres páginas de DIRECCION000 activadas durante el tiempo en el que el acusado se valió de ellas para difundir sus mensajes, que cuenta con más de una docena de seguidores y más de medio millar de amigos, colma las exigencias del tipo, que no exige una cuantificación pericial del impacto en la red que los mensajes pudieron haber tenido.

Es cierto que la extensión actual de las nuevas tecnologías al servicio de la comunicación intensifica de forma exponencial el daño de afirmaciones o mensajes que, en otro momento, podían haber limitado sus perniciosos efectos a un reducido y

seleccionado grupo de destinatarios. Quien hoy incita a la violencia en una red social sabe que su mensaje se incorpora a las redes telemáticas con vocación de perpetuidad. Además, carece de control sobre su zigzagueante difusión, pues desde que ese mensaje llega a manos de su destinatario éste puede multiplicar su impacto mediante sucesivos y renovados actos de transmisión. Los modelos comunicativos clásicos implicaban una limitación en los efectos nocivos de todo delito que hoy, sin embargo, está ausente. Este dato, ligado al inevitable recorrido transnacional de esos mensajes, ha de ser tenido en cuenta en el momento de ponderar el impacto de los enunciados y mensajes que han de ser sometidos a valoración jurídico-penal (cfr. STS 4/2017, 18 de enero).

Procede la desestimación del motivo (art. 885.1 de la LECrim).

4. - El tercero de los motivos se formaliza al amparo del art. 849.2 de la LECrim, por error de hecho en la valoración de la prueba, derivado de documentos que demuestran la equivocación del juzgador.

El motivo carece de viabilidad.

Así lo apunta el Fiscal del Tribunal Supremo en su dictamen, en el que sugiere su rechazo al estimar que el recurrente "...más que designar documentos concretos y errores puntuales, (...) hace una especie de enmienda a la totalidad, señalando "a modo de ejemplo" ciertos pasajes del factum, de los que el tribunal habría extraído las expresiones allí contenidas, utilizándolas fuera de contexto".

La Sala hace suyas esas palabras del Fiscal, en la medida en que el motivo, tal y como está formalizado, no pretende la adición ni la supresión de un elemento fáctico del relato histórico, sino al contrario, se muestra conforme con el relato de hechos probados en su integridad, "... hasta el punto de utilizarlo a modo de documento, para discutir la subsunción de tales hechos en la norma jurídica aplicada, finalidad propia de un motivo por error iuris pero inapropiada si se acude al cauce del art. 849.2 LECrim . cuyo objeto no es discutir la subsunción del hecho en la norma, sino precisamente, la de discutir el hecho mismo, eliminándolo, modificándolo o suprimiéndolo".

Procede la desestimación del motivo por aplicación de lo previsto en los arts. 884.6 y 885.1 de la LECrim.

5. - La desestimación del recurso conlleva la condena en costas, en los términos establecidos en el art. 901 de la LECrim.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación, interpuesto por la representación legal de D. Antonio contra la sentencia núm. 223/2020, 24 de julio, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia en grado de apelación frente al dictada en la instancia por la Sección 17 de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 132/2020, 2 de marzo.

Condenamos al recurrente al pago de las costas causadas.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente D. Julián Sánchez Melgar D. Antonio del Moral García

D. Pablo Llarena Conde D.^a Susana Polo García

- **Sentencia del Tribunal Supremo (España) 675/2020**, de fecha 11.12.2020 (Procedencia: Recurso de Casación N° 462/2019).

El Tribunal Supremo español se pronuncia acerca de la colisión entre un delito de incitación y el ejercicio del derecho de expresión, estableciendo en el caso concreto que este derecho no ampara la manifestación pública (en este caso, en un concierto y de demás formas) de mensajes racistas o de corte xenófobo, al no tratarse de un derecho absoluto, por lo que se desestiman los recursos de casación.

STS 675/2020, 11 de Diciembre de 2020

Jurisdicción:	España
Número de resolución:	675/2020
Fecha:	11 Diciembre 2020

Id. vLex VLEX-854281915

Link: <https://app.vlex.com/vid/854281915>

Resumen

DELITO DE INCITACIÓN AL ODIOS Y A LA VIOLENCIA. 510.1 CP. COLISIÓN CON DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. PUBLICACIONES EN WEB. En esta sentencia, el TS se pronuncia acerca de la colisión entre un delito de incitación y el ejercicio de un derecho constitucional como es el de expresión, estableciendo que en base a jurisprudencia del TC (STC 235/2007 de 7 de noviembre) dicho derecho no ampara la manifestación pública (en este caso, en un concierto y de demás formas) de mensajes racistas o de corte xenófobo, al no tratarse de un derecho absoluto. Se desestiman los recursos de casación.

Original

Delito de discriminación del art. 510.1 CP. A partir de las canciones interpretadas por dos grupos musicales n un concierto. Hecho cometidos con anterioridad a la reforma del CP por LO 1/2015, y problemas sobre su aplicación retroactiva. "Discurso del odio" y límites al derecho fundamental a la libertad de expresión, que no ampara mensajes, en sí mismos ultrajantes y discriminatorios. Delito de peligro abstracto: las expresiones transmitidas representan un peligro potencial, por lo que de afección a un grupo supone, siendo, en sí mismas, ignominiosas para la convivencia, incluso para la democracia en su conjunto y, desde luego, no se justifican en la libertad de expresión. Responsabilidad penal de los distribuidores de las canciones, quienes también se dedicaban al merchandising y venta de productos propio. No aplicación del régimen de responsabilidad en cascada del art. 30 CP

Texto

Contenidos

- ANTECEDENTES DE HECHO
 - PRIMERO
 - SEGUNDO
 - TERCERO

- CUARTO
- QUINTO
- SEXTO
- SÉPTIMO
- FUNDAMENTOS DE DERECHO
 - PRIMERO
 - CUARTO
- FALLO

Sentencia citada en: 14 sentencias

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 675/2020

Fecha de sentencia: 11/12/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 462/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 10/12/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 7

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: IGA

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 462/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 675/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Antonio del Moral García

D^a. Carmen Lamela Díaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 11 de diciembre de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 462/2019 interpuesto por Miguel Ángel Y Abel representados por el procurador D. Javier Campal Crespo y bajo la dirección letrada de D. Fernando Oriente Coromina; y por Alejo y Amadeo representados por el procurador D. Javier Campal Crespo, bajo la dirección letrada de D. Ignacio Menéndez González Palenzuela; contra Sentencia de fecha 8 de noviembre de 2018 dictada por la Sección 7^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el Rollo de Sala nº 702/2018, dimanante de las diligencias Previas 1178/2011 por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Sabadell seguida por delitos de asociación ilícita delito continuado cometido con ocasión del ejercicio de los Derechos Fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución en su modalidad de discriminación al odio y a la violencia, delito continuado de difusión de ideas que pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de genocidio y delito de tenencia de armas prohibidas.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

El Juzgado de Instrucción nº 2 de Sabadell incoó Procedimiento Abreviado con el número 3/2018 dimanante de las diligencias previas 1178/2011, seguido por un posible delito de asociación ilícita delito continuado cometido con ocasión del ejercicio de los Derechos Fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución en su modalidad de discriminación al odio y a la violencia, delito continuado de difusión de ideas que pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras

de genocidio y delito de tenencia de armas prohibidas, contra los acusados; Miguel Ángel, Abel, Alejo, Amadeo Y OTROS de los delitos y por los hechos por los que venían siendo acusados, y una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona cuya Sección Séptima dictó, en el Rollo de Sala nº 702/208, sentencia de 8 de noviembre de 2018, con los siguientes hechos probados:

" Sobre el concierto de Sabadell:

En fecha 27 de octubre de 2010 y en nombre del Movimiento contra la Intolerancia se presentó denuncia ante el Servicio de Delitos de Odio y Discriminación de la Fiscalía Provincial de Barcelona en relación a un concierto a celebrarse el día 30 de octubre del mismo año y en el que estaba prevista la actuación de los grupos de música RAC/ OI, Batallón de Castigo y Más Que Palabras , estimando la denunciante que ello podría constituir un ilícito penal; por la citada Fiscalía se acordaron diligencias de investigación en la misma fecha y que fueron judicializadas el 20 de abril de 2011.

Así, el 30 de octubre de 2010 en la sala Kon-Fusion de Sabadell tuvo lugar el concierto en que actuaron en primer lugar y como teloneros el grupo Más Que Palabras mientras que en segundo lugar y como grupo principal, el grupo Batallón de Castigo.

Dicho concierto fue organizado por el acusado Alejo , fundador y miembro permanente del grupo Batallón de Castigo, contactando con la sala y las personas que iban a realizar las funciones de venta de localidades. Para acceder a la sala, que lucía el cartel de "Reservado el derecho de Admisión" bastaba con adquirir la entrada cuyo precio era de 15 euros, llegando a entrar en la sala de fiestas para asistir al concierto, unas 200 personas, formando parte del público personas que vestían estética skinhead, exhibiendo simbología propia del régimen nacional socialista como esvásticas y cruces gamadas, algunas de ellas con antecedentes policiales por agresiones a causa de motivación ideológica.

El grupo MAS QUE PALABRAS interpretó varias canciones con trasfondo común referidas a la supremacía de la raza blanca y consiguiente discriminación de personas que no pertenecen a dicha raza con la finalidad de extender el odio y la violencia como consecuencia de la xenofobia y antisemitismo que dichas canciones implican, provocando y propagando dichos sentimientos entre los asistentes a los conciertos. Entre otras canciones interpretadas y sus letras son destacables las siguientes : " Lobos : Peligrosos de día, feroces de noche, odiamos vuestras vida, de vicios y derroche, el olor a sangre, aumentan nuestros sentidos, sabemos que estás cerca puedes darte por perdido, si das la espalda no eres de los nuestros, atacamos de cara, no como los cerdos, a la luz de la luna, nos hacemos fuertes, defenderemos la calle, con uñas y dientes..salvajes y agresivos, nuestra forma de ser, colmillos afilados si nos vienen a joder, no vamos en son de paz, no veré vuestra perrera, porque vamos a pegar, fuerte, desde las piernas..no existe vacuna para nuestra rabia, moriremos matando a quien os financia...míranos lo justo si no eres de los nuestros, camúflate en el bosque, esto no es un juego, salvajes y agresivos, nuestra forma de ser, colmillos afilados si nos vienes a joder. En nuestra manada , no existe la falsedad/ Skingirl : Un día decidiste cortarte la melena , la gente horrorizada miraba tu vestimenta , ese cambio radical te hizo respetar y hacer ver a los demás tu forma de pensar, siempre tuviste muy claro lo que debía hacer, conservar tu identidad desde antes de nacer, Oi, tu alma no es igual a la de cualquier mujer , tu lucha reconocida y

camarada fiel , en las calles peleaste, te hiciste valer, orgullosa y agresiva, eres una skingirl.. pasaron los años y tú sigues siempre igual, con actitud rebelde, criticada por la sociedad, nuestra raza está en tus manos y no va a desaparecer, la guerrera área no te deja vencer, combativa hasta el final, nunca vas a decaer, golpea el sistema, dale hostias otra vez../ Obrero y español : ...Oi, lo pasas muy difícil para llegar a fin de mes porque por cuatro duros lo hace un camerunés, los altos sindicatos , que dicen que te apoyan, lo que les importa , nuestra escoria roja, estás hasta los huevos, de aguantar el capital, tu única esperanza, es poderte rebelar, un día te presentas, como todos los demás, le escupes en la cara, no te puedes doblegar, porque soy obrero y español../ Gloria y honor ...Con una sola mirada voy a pelear, mi honor se llama fidelidad, soy un NS, vas a combatir, tu espíritu es valiente, tu estandarte rompe el cielo gris, nada podrá hacerme detener, soy un NS y vas a combatir, Y no temo a la muerte, con sangre y fuego la ahuyentaré, mi patria voy a proteger, Sieg Heil !...Soy un NS hasta combatir, y no temo a la muerte, con sangre y fuego la ahuyentaré, mi patria te va a proteger, SIEG HEIL, SIEG HEIL, SIEG HEIL, soy un vasco NS SIEG HEIL, SIEG HEIL, Soy un vasco NS SIEG HEEEEIL/ Más que palabras : Contamos con la fuerza para seguir molestando , gritar por Jon que está encarcelado ../ Camisas Pardas ... Con los rojos y judíos no habrá piedad, sus mentiras y conflictos iban a pagar, iiaa, cerdo comunista sabes cual es tu destino , lo jóvenes SA te han marcado como objetivo, corre, corre, corre !, intenta escapar, las camisas pardas te están a punto de alcanzar, corre escóndete o asume la realidad, o esta noche firmarás tu sentencia final, rebeldes con la esvástica lucían los muros, acabando con propaganda de marxistas y usureros, los años de injusticia los pagaréis muy caros, porque por la noche salen los gatos pardos, iiaaa, cerdo comunista sabes cual es tu destino , los jóvenes SA te han marcado como objetivo, corre corre corre, intenta escapar, los olas salvajes te están a punto de atrapar /Desperdicio Social Caminando por el barrio contigo me he cruzado, he visto tu bandera y mi símbolo tachado, hoy es un día de suerte, te tengo acorralado, aquí no hay policía y tampoco apollardados, no me mires a los ojos, me da asco tu presencia, como te encuentre otra vez disfrazado de skinete, vas a firmar puros, con los restos de tu piel, desperdicio social.. desperdicio social , ahora estamos cara a cara y te me echas a llorar, esta noche con tu rostro el asfalto vas a firmar, mis botas en tu cara, lo has podido contemplar.. Desperdicio social, ahora estamos cara a cara y te me echas a llorar, que pasa perro de mierda, eres un puto guarro ya puedes echar a correr, ...aquí me tienes, ..hijo de puta, Yo soy un nazi/ Sin título Has sido señalado como el malo del papel, pase lo que pase siempre te van a joder, estarás perseguido y apuntado en su lista, pero algo está claro, soy nacional socialista, sigues en la brecha, llena tu corazón, se ellos dicen si, tu dirás no, llegará el momento de acabar con el traidor, entonces ya no habrá perdón/ Sin título . . y el que se nos cruce los vamos a hostiar, somos la vieja estirpe, somos la vieja estirpe y os vamos a joder, guerra en las calles, guerra civil ya, skinheads en todas partes unidos para luchar, skins en el paro, skins en el bar, skins en todas partes controlando la ciudad, vuelven los skins, y el que se nos cruce lo vamos a hostiar, somos la vieja estirpe y os vamos a joder, somos la vieja estirpe y os vamos a joder, caos, caos, caos revolución, caos, caos, caos revolución, caos , caos.

Durante la interpretación de las canciones y al finalizar cada una de ellas, el público coreaba Sieg Heil, Sieg Heil, Sieg Heil, Sieg Heil, profiriendo igualmente gritos como " Jon libertad" a quien también se refirió el grupo en la canción Más que palabras.

Finalizado el concierto, uno de los músicos, dirigiéndose al público dice " recordaros lo de la lotería para los interesados. Son tres, se juegan dos y uno va para ayudar a Jon " Jon fue condenado a 26 años de prisión por el asesinato por motivos ideológicos de Roman , sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid en fecha 14 de octubre de 2009 y confirmada por el Tribunal Supremo 360/2010 de 22 de abril.

Seguidamente, BATALLON DE CASTIGO, interpretó varias canciones con trasfondo común referidas a la supremacía de la raza blanca y consiguiente discriminación de personas que no pertenecen a dicha raza con la finalidad de extender el odio y la violencia como consecuencia de la xenofobia y antisemitismo que dichas canciones implican, provocando y propagando dichos sentimientos entre los asistentes a los conciertos. Entre otras canciones interpretadas y sus letras son destacables las siguientes : Ejecución : Ha llegado ya tu hora, y ahora vas a pillar, mucho tiempo esperando, te vamos a ejecutar, mucho crimen contra el pueblo, muchas peleas a evadir, muchos coches y despachos, pero ahora vas a morir...un poste , doce fusiles, una venda te pondrán, será inútil que grites, porque nadie te oirá/ Democracia Sangre y fuego os merecéis , putos demócratas de mierda, no nos vamos a detener, os declaramos la guerra, vuestros cuerpos penderán de árboles y farolas, vuestros hijos morirán, antes de que puedan nacer, en los campos os pudriréis , hijos de puta, mientras en España empieza a amanecer, mierda, democracia mierda, mierda, democracia mierda....las almas preparadas para la revolución, reventando el capital, el marxismo, el gobierno, sionismo mundial, tropas de asalto dispuestos a luchar, hogueras que se encienden, en la calle una vez más, hay muchas cuentas que saldar , mucho hijo de puta que visitar, hay una patria que saldar... por la revolución socialista y nacional, hay muchas cuentas que saldar, mucho hijo de puta que visitar, hay una patria que salvar, y nadie nos podrá salvar Bestias : Son esclavos de otras tierras, que surgen en la oscuridad, desembarcan en las playas, invadiendo nuestra sociedad, se deslizan como serpientes, ocupando tu espacio vital, venden veneno en las calles, lo tenemos que evitar, son los que ya sabemos, que se intentan camuflar, pero a nosotros nunca se nos podrá engañar, son los que ya sabemos, que se intentan camuflar, pero a nosotros nunca nos podrán engañar, dicen que somos hermanos, imploran tu caridad, hablan de derechos humanos y te apuñalan por detrás, no creas que me ablandan, yo no me trago su cuento , acabaré con toda la especie, allá en Ecuador, dicen que somos hermanos.../ Al arma : Terror del comunista , somos del fascismo componentes, luchando por la causa hasta la muerte, y golpearemos siempre fuerte, fuerte, mientras tengamos corazón , glorificando la patria nuestra, que unidos todos los defenderemos...., enemigos y traidores, que uno a uno las pagarán. Terror del progresista, sabemos bien nuestro objetivo, combatir con certeza en la victoria, y que no sea solo por la gloria sino para alcanzar la libertad , al enemigo que combatimos, sabremos darle bien su merecido, y a nuestros gritos esos canallas, van a temblar, van a temblar/ Mentiras : ...la furia va ascendiendo , mi cabeza va a estallar, el odio que destilo, tu cuerpo lo absorberá, mi mente está vacía, en mis manos el puñal, busco entre tus costillas, un lugar para clavar, entre firme y suave, hasta llegar al corazón, tu sangre me salpica, está en ebullición, sabes que estás muerto, que ya no hay solución , aunque tus ojos sigan suplicando.

El público durante las canciones y al finalizar las mismas, coreaban Sieg Heil, Sieg Heil, Sieg Heil, Sieg Heil; al finalizar el tema Al arma, uno de los miembros del grupo dice "Arriba España, coño!" contestando el público "Arriba ! Jon libertad, Jon libertad !

Sobre el grupo BATALLON DE CASTIGO

Es un grupo en el que normalmente lo forman cuatro integrantes aunque como miembro fijo y permanente del mismo únicamente consta el acusado Alejo quien además es autor de la mayoría de sus canciones e intérprete- vocalista en los distintos conciertos ;este grupo musical se forma en el inicio de los años 90 del siglo XX en la prisión de Alcala II donde sus miembros originales residían entonces, entre ellos, el citado Alejo , que cumplía condena por delitos de homicidio consumado y homicidio en grado de tentativa por sentencia dictada el 15 de noviembre de 1993 así como por delito de lesiones cualificadas dictada en fecha 27 de julio de 1995 . Dicho grupo consta registrado a nombre del citado señor Alejo .

Los miembros restantes del grupo se han ido renovando periódicamente, sin que puedan ensayar periódicamente , ni se vean con asiduidad dada la distancia geográfica de sus domicilios. En el concierto de Sabadell, formaron el grupo los otros tres acusados, Pedro Enrique, Adolfo Y Alfonso, respecto a quienes no consta que cantasen las canciones, limitándose a la interpretación musical , ensayando partir de un CD que el acusado Alejo les entrega días antes del concierto, desconociendo las letras de las canciones. Adolfo Y Alfonso fueron contratados por Alejo para que participaran puntualmente en los conciertos de la Sala Heineken de Madrid celebrado el 27 de febrero de 2010 y en el de Sabadell, siendo contratados por 200 euros.

Por su parte, Pedro Enrique que es un miembro más estable del grupo BATALLON DE CASTIGO, ha participado en tres o cuatro conciertos del grupo, aparte del de Sabadell y Madrid del año 2010. Conoció a Alejo en el centro penitenciario de Carabanchel en el año 1996, donde coincidieron durante dos o tres meses. Pedro Enrique no ha participado en la composición de los temas ni en la edición de los discos y funciona como un "mercenario musical", por lo que le basta para participar en los conciertos que se le manden con anterioridad la base musical de cada tema para ensayar, tocando la batería y desde su posición en los conciertos no puede ni escuchar las letras de las canciones que se cantan, sin que tampoco sea vocalista durante los conciertos. Batallón de castigo, para la difusión de sus actividades y relacionarse con sus seguidores y con la finalidad de propagar los sentimientos de discriminación de personas por razón de raza y nacionalidad y así extender el odio y la violencia como consecuencia de la xenofobia y antisemitismo que sus canciones implican, contaba con un perfil propio en la red social Facebook, ubicado en la URL: , perfil de acceso libre e indiscriminado a cualquier usuario de Facebook. Dicho perfil , clausurado durante la fase de instrucción , se encontraba dividido en seis apartados (Muro, Información, Fotos, Casillas, Videos y Eventos). En el apartado Fotos, se mostraban imágenes de los conciertos celebrados, entre otros, en Madrid y Sabadell en el año 2010 mientras que en el apartado Información se hacía constar, entre otras, el nombre de su discográfica RATATA-TA-TA y la referencia a su página web bicéfala.com , así como diversos enlaces de otras páginas propias y ajenas de similares características.

El concierto que Batallón de Castigo ofreció en la Sala Heineken en Madrid fue registrado y publicado en internet en vídeos independientes para cada canción interpretada, en un total de 15 vídeos que fueron alojados en el canal de youtube "Bdc XX Aniversario", ubicado en la dirección electrónica [bdcXXaniversario? feature=watch](https://www.youtube.com/watch?v=bdcXXaniversario?feature=watch), creado el 25 de febrero de 2011 y a través del cual era accesible a todo usuario de internet, logrando así una difusión masiva de

dichas canciones , obteniendo el citado canal un total de 395 suscriptores y 407.974 reproducciones a fecha de 18 de abril de 2013. Entre dichas canciones figuran las siguientes : Bestias : Son esclavos de otra tierra, surgen en la oscuridad, desembarcan en las playas, invadiendo nuestra sociedad, se deslizan como serpientes, ocupando nuestro espacio vital, venden veneno en las calles, lo tenemos que evitar...Acabará con toda la especie, a hierro y fuego... / División Azul :-canción que es interpretada igualmente por el público- Es un ángel que va cabalgando, cabalgando con brío y valor, va cantando las tristes historias, de una guerra que ya terminó, primavera lejos de mi patria, primavera lejos de mi amor, primavera sin flores y sin risas, primavera a orillas de Vochow, y sus aguas que dan a la doga, van cantando esta triste canción , canción triste de amor y guerra, cuando ebrio avanza el enemigo, y con vodka ataca sin valor, rasga el aire más fuerte que la metralla, las estrofas de mi cara al sol, cara al sol canción antigua y nueva, cara al sol es el himno mejor, cara al sol y morir peleando../ Al arma : Al arma, al arma, al arma soy fascista terror del comunista, somos del fascismo componentes, luchando por la causa hasta la muerte, y golpearemos siempre fuerte, fuerte, mientras tengamos corazón , y unificando a la patria nuestra, que unidos todos la defenderemos, contra enemigos y traidores, que uno a uno las pagaran, Al arma, al arma, al arma, soy fascista , terror del anarquista, - cantado por el público- sabemos bien nuestro objetivo, combatir con certeza en la victoria, y que no sea solo x por la gloria, sino para alcanzar la libertad, al enemigo que combatimos sabremos darle bien su merecido, oír nuestros gritos, esos canallas van a temblar. Al arma, al arma, al arma, soy fascista , terror del progresista, llevaremos la victoria a todas partes, porque el coraje no nos faltará , y gritaremos siempre fuerte, fuerte, defenderemos nuestra libertad, en guardia amigo, que en cualquier parte nosotros siempre estaremos dispuestos, hasta que la gloria del fascismo, triunfe en la nación. Cataluña no es una nación, España una, España unida.

Batallón de castigo ha grabado y editado tres CD,s : "Caña de España" en 1998, "Desperta Ferro" en 1999 y "Akelarre" en 2004, con el sello discográfico "RATATA-TA-TA". La edición de cada CD es de unos mil ejemplares.

Sobre el grupo Mas Que Palabras

Es un grupo musical formado entre otros, por el líder y miembro permanente, el acusado Amadeo , mientras que el otro miembro más habitual, es el también acusado Juan que entró a formar parte del grupo en el año 2010 al ser invitado por Amadeo, participando como integrante de Más que Palabras en el concierto de Sabadell y en el de Málaga pero no en el de la Sala Heineken de Madrid, concierto en el que participó con el grupo IBERIAN WOLF que no es objeto del presente procedimiento, sin que se reúna con Carlos para ensayar previamente a los conciertos, teniendo en cuenta que Amadeo vivía en Bilbao y Juan en Córdoba

Amadeo es quien tiene una participación activa en la composición de las letras de los CD,s, publicados por dicho grupo (UNA VIDA DIFERENTE, NUEVA ERA), siendo además quien cuelga los contenidos de la página oficial de Facebook disponiendo solo él de las claves de acceso y, aun cuando no era el encargado de administrar el blog del grupo , se comunicaba con el administrador a través de internet, administrándolo con su consentimiento para subir el contenido del blog, siendo igualmente consciente de que normalmente se cuelgan en You Tube las canciones del grupo.

Este grupo musical disponía de una página oficial , en formato blog creado en el mes de enero de 2011, ubicada en la dirección . El número de visitas a dicha página a fecha 23 de abril de 2013 era de 12.566. En el citado blog aparecen las siguientes páginas vinculadas :[...] y la[...] y a través de la cual los seguidores contactaban con el grupo. En la cabecera de la página consta el anagrama de la banda musical que representa el nombre del grupo sobre un puño americano o de pugilato, identificándose igualmente los miembros del grupo musical que aparecen en la portada del blog, entre ellos, los acusados Amadeo Y Juan.

El contenido de las publicaciones de la página web se nutre de imágenes, artículos de opinión, fotografías y videos relacionados con su música y de otros grupos musicales afines, material que tienen un trasfondo común referidas a la supremacía de la raza blanca y consiguiente discriminación de personas que no pertenecen a dicha raza con la finalidad de extender el odio y la violencia como consecuencia de la xenofobia y antisemitismo que dicho material implica, provocando y propagando dichos sentimientos a los que tienen acceso a dicho material. Entre las publicaciones se encuentra el concierto que Más Que Palabras celebrado el 21 de enero de 2012 celebró en Málaga y en el que también participaron los grupos KONTROL RUTINARIO e IRMUNSUL. Del citado concierto constan cinco vídeos donde se puede observar colgada una bandera con una cruz esvástica. Igualmente se colgó en la citada página en fecha 15 de noviembre de 2012 un concierto que Más Que Palabras ofreció en Chile el 3 de noviembre de 2012. Entre las canciones interpretadas en los conciertos reseñados y accesibles a través de la citada página se encontraban las siguientes : Nuestra voz ..nace ese instinto agresivo, oi, oi, oi, y violencia contra el antifascismo...nuestra voz, el odio invade tus sentidos...toma parte en esta guerra, no cedas ni un paso por tu tierra, nuestra voz, el odio invade tus sentidos../ Psycho por la sociedad...la razón y el corazón, solo un sentimiento dentro de tu cabeza, el odio nacido te crece y te hace fuerte, satisfacción, siempre te aguantas la mirada, donde puedas ver su sufrimiento, el sufrimiento ajeno te dará el placer .../ Censura del sistema ..las órdenes de sión, no importa quien te juzgue..la idea es condenarlo, despojarle de su honor..la voz libre de la raza blanca, la juventud hasta el final, algún día de todo esto os arrepentiréis , vuestras lágrimas de judas no nos servirán, algún día de todo esto os arrepentiréis , oi, oi, oi, no nos detendrán/ Odio : ...ellos te jodieron cuando solo eras un niño, el puñal está en la mesa, solitario y frío, un recuerdo por aquellos que no vas a olvidar, sediento de sangre tu pasado vengarás , eh , eh....ira, venganza, sangre y sudor, precio que será cobrado y le debes el honor..las navajas en mi... empiezo a sangrar, más vale que no te encuentre porque la vas a pagar eh, eh, aun buscarás dentro su impotencia y dolor, recuerdos duros de un pasado que yacen en mi interior, ira, venganza, sangre y sudor, precio que será cobrado y les debes el honor, odio, odio..la venganza es infinita, la justicia me da igual, mis signos de identidad, las tuyas frente al puñal, mañana serás cadáver..hippie hijo de puta venga ponte a llorar , cuando por fin estés muerto yo ya estaré en paz/ Buitres : terroristas y genocidas, hoy en día galardonados, son los reyes del escenario y por todos respetados...para nosotros no sois nada ni nadie, basura corrupta cobarde, que va a desaparecer, algún día el pueblo abrirá los ojos y vuestros crímenes al fin serán todos juzgados, terroristas y genocidas/ Antipolíticos : ..nunca dudamos, ante la duda, atacamos sin compasión, siempre fuimos y seremos antipolíticos, rapados o no rapados, solo hay una distinción , los que decimos ser nazis y los que dicen que no, si crees que solo te basta con calzarte una botas , es que no has entendido nuestra forma de pensar...el rapado que dice nuestra forma de actuar, es la fe de nuestras ideas, la fe nos da la unidad, nunca dudaremos al decir que somos nazis, siempre sabremos cual es nuestro lado y cual es el suyo, nunca

dudamos, ante la duda, atacamos sin compasión, siempre fuimos y seremos antipolíticos nunca dudaremos al decir que somos nazis.../ Violencia : violencia por tus venas, desde que eras un niño, sabias desde entonces, que luchar es tu destino, jodiendo a todo aquel, que se ponía en tu camino, tu único objetivo matar al enemigo, violenciam 4, las calles defendiste, no te podían parar, siempre estabas alerta por si había que pelear , la esvástica guiaba tu forma de pensar y cueste lo que cueste la van a respetar...nos las tendréis que pagar, políticos farsanes, empezad a temblar, vuestra puta democracia, vamos a aplastar...disturbios en las calles ,contra los guarros y maderos, oi, probaran el odio, sangre, fuego y acero, contemplas ahí tirado, un bastardo en el suelo, hoy dormirás tranquilo, un puto cerdo menos/ Reconquista un canto olvidado, renace de nuevo, contra aquellos seres, que invaden nuestro suelo, un fuerte clamor, inunda nuestra patria, para echar por siempre a ese eterno invasor, España nación, madre de inmortales, de gloriosos guerreros, de noble corazón, malditos hijos de alá, es España no se os quiere y un pueblo en armas frente os hará, tanta sangre ya derramada, ocho siglos de cruentas batallas, solo con odio, solo con fuerza para expulsarnos de nuestra tierra...nuestra tierra jamás será profanada, hijos de España a la batalla, contra el Islam por nuestra patria..todos en guardia contra este cáncer, todos contra la estrella y la luna, sangre y fuego al moro invasor, una nueva reconquista por tu nación, banderas al viento para luchar, tambores de guerra que vuelven a sonar, pueblo de España , levántate ya, no parar hasta reconquistar/ Gloria y honor : ...soy un ss, marchó a combatir, mi espíritu es valiente, mi estandarte rompe el cielo gris y nada podrá hacerme detener, soy un ss, marchó a combatir y no temo a la muerte, con sangre y fuego le ahuyentaré mi patria voy a defender, sieg heil. ...la muerte me sonríe..no descansare hasta vencer, sieg heil, soy un ss, marchó a combatir.

El grupo Más que palabras ha editado dos CD,s : "Una vida diferente" en el año 2006 y "Nueva Era" en el año 2011. En el primero , en su carátula aparece un grupo de Skinheads provistos con bates de beisbol y navajas dando una paliza a dos personas de raza negra a las que cortan la zona abdominal y asfixian, mientras que en el segundo , se muestra un arma de fuego tipo revolver que está siendo cargada con un proyectil.

En la organización de los conciertos de los grupos Más que Palabras y Batallón de Castigo, así como en la creación de sus blogs y perfiles en Facebook y su presencia en You Tube no ha quedado acreditada la participación de las entidades SOPORTES SONOROS SL y DISTRIBUCIONES SERIGRAFICAS EL DSO SL ni la de sus administradores o empleados.

Sobre las entidades DISTRIBUCIONES SERIGRAFICAS DSO SL y SOPORTES SONOROS SL

DISTRIBUCIONES SERIGRAFICAS DSO, SL era una entidad en la que aparecía como administradores únicos los acusados Abel Y Carlos Miguel y en la que figuraban como trabajadores los también acusados Miguel Ángel Y Fermina, siendo propietaria de la página web, www.dso.com ; dicha entidad tenía su sede social en la tienda o establecimiento abierto al público sita en la calle Mayor nº 4, piso 2 de Madrid, lugar en que trabajaba realizando únicamente tareas de empaquetado y la de acudir a los apartados de correos la acusada Leocadia ; igualmente , no consta que el acusado Bruno tomara decisión alguna sobre la dirección y actividad de la empresa, limitándose su actuación en aportar capital en su

constitución y acudir a la sede social con periodicidad trimestral a recoger los dividendos que le correspondían.

SOPORTES SONOROS era una entidad cuyo administrador único era el acusado Miguel Ángel, teniendo su sede social en la CALLE000 nº NUM000 de Madrid que a su vez era el domicilio donde residía el matrimonio formado por los acusados Miguel Ángel Y Fermina . Dicha entidad era titular de las páginas web www.falangista.com , www.44x2.com y www.bicefala.com , así como propietaria de los sellos discográficos de grupos de música RAC/OI" RATA-TA-TA" y el " Guevo de la Selpiente"

Estas dos entidades, si bien formalmente eran independientes, lo cierto es que obraban de forma indistinta como si fuera una única empresa, dirigida por los acusados Abel Y Miguel Ángel que tomaban las decisiones sobre su actividad y gestión y que se realizaba de forma ordinaria en la sede social o tienda de la calle Mayor y , de forma esporádica u ocasional en la sede de social y domicilio del acusado Miguel Ángel sito en la CALLE000

Dichas entidades tenía por objeto la edición y distribución del material discográfico del grupo BATAILLON DE CASTIGO así como otros grupos musicales del mismo tipo de música RAC y OI. Igualmente se dedicaban a la venta de todo tipo de merchandising tales como camisetas, polos , sudaderas, parches, banderas, insignias, posters, bolsos, llaveros, pulseras, cateras, pins.....de contenido racista , xenófobo, antisemita y homófobo así como reproducción de simbología propia del régimen del III Reich de Alemania y de sus líderes, entre ellos Adolf Hitler. Se trata de materiales que tienen el mismo trasfondo común referidas a la supremacía de la raza blanca y consiguiente discriminación de personas que no pertenecen a dicha raza con la finalidad de extender el odio y la violencia como consecuencia de la homofobia, xenofobia y antisemitismo, provocando y propagando dichos sentimientos a los adquirentes de los mismos. Dicha adquisición se realizaba a través de la venta física de objetos en el establecimiento abierto al público en la calle Mayor 4, piso 2 de Madrid o bien a través de la venta a través de tres páginas web : www.falangista.com , www.44x2.com , y www.bicefala.com y www.dso.com logrando así una distribución masiva e indiscriminada de todo este tipo de material así como importantes ganancias para sus responsables; concretamente , entre los años 2007 y 2011 se han acreditado ventas que sumaron un total de 2.496.024, euros, entre la venta realizada en la tienda sita en la calle Mayor (494.191 euros), por correo postal (1.024.459 euros), venta realizada al extranjero (647.408 euros), venta realizada a través de tarjeta VISA (306.666 euros) y venta realizada al por mayor (23.300 euros).

Las citadas páginas ofrecían a sus usuarios y como método de pago para la venta de sus productos tanto a través de tarjeta de crédito , mediante la entidad Western Union así como contra reembolso. Las páginas web [bicefala.com](http://www.bicefala.com), [44x2.com](http://www.44x2.com) y [falangista.com](http://www.falangista.com) compartían con empresas SOPORTES SONOROS SL la misma dirección postal para el cobro de los envíos contra reembolso , gestionando las operaciones de venta a través de dos apartados de correos de Madrid, el 51107 y el 14259, figurando el primero a nombre de SOPORTES SONOROS y el segundo a nombre del sello discográfico RATA TA TA. Dichas páginas ofertaban los productos antedichos en forma de catálogo.

Entre los concretos productos y bienes que ofrecían estas páginas figuraban camisetas con los siguientes eslóganes: panchito invaders; los maricas no van a la guerra; marica que va, marica que muere; atención no eres panchito, habla correctamente; igualmente se ofertaba distintas insignias, banderas, chapitas, pegatinas y anillos propios del imaginario nacional socialista en los que aparecía la bandera esvástica; de la SS; de las 14 palabras (referente a la creación de David Lane, miembro del Ku Kuk Klan : "debemos asegurar la existencia de nuestra raza y un futuro para nuestros niños blancos); del nº 88 (referencia al número 8 que por orden de alfabeto se corresponde a la letra H y que los grupos neonazis utilizan a modo de saludo nazi y que al utilizarlo por dos veces se refiere a HH, esto es, Heil Hitler); banderas de la juventud hitleriana, de la Waffen SS, de la de guerra III Reich, del partido nacional socialista; chapitas bandera hitleriana, de antipanchitos, de rojos no, gracias; pegatinas de Ein Volk ein Reich y ein furher, pegatina en la que aparece Hitler con la inscripción : con Hitler, el tenía razón, pegatina en la que aparece Hitler con la inscripción Hitler es la victoria; pegatina en la que aparece la inscripción : rojos sí, pero fritos.

Igualmente, se ofrecía música , entre otra, con las siguientes canciones y letras : Fuerza Nueva : yo entonces quería una España cristiana, libre de rojos, masones y judíos, por el imperio hacia Dios, siempre luchando bajo el signo divino, fuerza nueva, recuerda aquellos años, cuanta sangre joven se ha derramado, cuantos camaradas quedaron atrás , muertos, heridos y olvidados, cálzame las alpargatas, llenas de sangre por peleas en las calles, nosotros luchando y ellos comiendo, peleas por todas partes, yo aun no me arrepiento, servir a España no es nunca en vano, no me arrepiento de decir Arriba España, brazo en alto/ Quieren joder a mi país : Ya se que la Patria hoy no está de moda, querer a España es criminal, ser insumiso es un orgullo para un padre, y que el futuro es multirracial, quieren joder a mi país, no quiero ver más pateras en las costas, tras tantos siglos de gloria imperial, quieren joder a mi país, os aseguro que la lucha continua , no pararemos hasta el fin, España entera gritará toda una, iros fuera de aquí/ Legión negra : 1945 nuestra Europa aplastada, nuestros valores derrotados, medio siglo esclavizados por los hijos del dinero, pero el resurgir del sentimiento de una juventud combativa trae de nuevo el momento de luchar, legión negra, no daremos el perdón para todo aquel traidor, no daremos la nación a los hijos de Sión, no queremos más violencia, de izquierdas de derechas, no queremos la destrucción, para nuestra gran nación, legión negra, vamos a luchar, legión negra, acción radical, legión negra, muerte al traidor, legión negra, Europa nación, pronto , muy pronto , el pueblo gritará, sangre, honor, fidelidad, pronto , muy pronto, el pueblo luchará, el pueblo europeo libre será, hoy es el día, no hay marcha atrás, Europa jamás se rendirá, hoy es el día de la revolución, Europa, Europa, Europa nación/ Muerte al Z.O.G. Queréis tener sometido a todo pueblo y nación, destruir cualquier cultura, cualquier pueblo o tradición, utilizando cualquier medio pagaréis vuestra traición, maldito gobierno sionista de ocupación, ..destruir vuestro sistema es nuestra salvación, revolución del pueblo ario nuestra única salvación, destruir el capitalismo que impera en toda nación, revolución del pueblo ario nuestra única solución/ El honor de la venganza : Ey rojo de mierda, soy yo , fui a tí, hoy acabarás bañado en tu propia sangre, aunque berrees y pidas clemencia, no hay piedad para los traidores como tu, me acuerdo de tu cara, de la manifestación, tú estabas de pie y sosteniendo una pistola con las manos, había mucha gente entonces, fuiste un héroe , quien eres ahora ?, cuando nos encontramos cara a cara, la hora de la venganza, la respuesta a la traición , no hay perdón sin derechos, no sabrás el día, no sabrás la hora, quieres luchar, en pie y lucharemos hijo de puta, por la bandera roja vendiste tu alma al diablo, traicionaste a tu tierra por las mentiras marxistas, en nombre de nuestros

antepasados, luchamos contra el comunismo, hoy yo soy tu verdugo, soy tu peor pesadilla, el día de pagar tus deudas al diablo ha llegado, no es el momento para clemencia ni disculpas lacrimógenas, querías jugar fino, arriba hijo de puta, que la hoz y el martillo de tu bandera te protejan ahora. / Lucha : ..la basura roja está volviendo, para llevarse nuestra libertad./ Skinhead : Antes luchábamos juntos, juntos contra enemigo, cuando se escuchaban nuestra canción, nadie se puso en nuestro camino, me acuerdo de aquellos días, las calles manchadas con sangre, ruidos de las peleas nocturnas, ruido de las botas de los skinhead, hoy falta de la unificación, todos en uno, la reunión para ser fiel, a nuestras ideas, pero volverá el momento, de la gloria y fraternidad, por la lucha de nuestra existencia, por nuestra raza y fraternidad.

En la página www.bicéfala.com aparecía como imagen central , una vez se accedía a la misma, una águila bicéfala sobre la Cruz de Borgoña, iconos que se utilizan por los grupos de ultraderecha y skinheads neonazis. A través de esta página los usuarios podían ser redireccionados a la página www.44x2.com y en la que también aparece la imagen del águila bicéfala sobre la cruz de borgoña. En el margen inferior derecho de la pagina central de 44x2.com existía un contador con el número de peticiones que hacían los usuarios de los distintos productos que se ofrecían en venta y que desde el 24 de septiembre de 2004 aparecían hasta 27.982.908 peticiones,

Sobre el resultado de las diligencias de entrada y registro

Por el titular del Juzgado de Instrucción 2 de Sabadell se dictó auto en fecha 8 de mayo de 2012 por el que se acordaron diligencias de entrada y registro en los siguientes domicilios y establecimientos mercantiles con los siguientes resultados:

- CALLE000 NUM000 de Madrid, sede social de SOPORTES SONOROS y domicilio particular de los acusados Miguel Ángel Y Fermina.

En este domicilio se encontraron, entre otros documentos y efectos, anotaciones manuscritas y en formato informático con instrucciones y programas informáticos con las claves de acceso a las páginas eldso.com, 44x2.com y estirpeimperial.com; reseñas de envíos postales en el que figuraba como usuario de los envíos DISTRIBUCIONES SERIGRAFICAS EL DSO SL; solicitudes de patente de marca RESPUESTA SONORA números 2134434 y 2134433 a favor de la acusada Fermina , concediendo derechos de explotación para merchandising, artículos de papelería y confección textil así como comunicación de la oficina de patentes comunicando la caducidad de la concesión; una torre de ordenador marca ACER con número de serie NUM001 y un ordenador portátil con su correspondiente maletín y cables con número de serie NUM002.

PASEO [...] de Madrid, domicilio del acusado Abel : distinta documentación bancaria en la que aparece como beneficiario la entidad DISTRIBUCIONES SERIGRAFICAS SL ; solicitud a la Oficina Española de Patentes y Marcas para la búsqueda de antecedentes registrales y de signos distintivos en relación al nombre "Estirpe Imperial" y en la que figura como peticionario el acusado Carlos Miguel ; documentación relativa a la ventas realizadas por DISTRIBUCIONES SERIGRAFICAS SL así como Libro de facturaciones de la misma correspondiente al año 2007 y hasta diciembre de 2007, y que suma un total de 2.496.024,00 euros; nóminas de la misma mercantil y en la que figuran como trabajadores Miguel Ángel

Y Fermina ; diverso material como pegatinas, revista y periódico relativos a la extrema derecha y nacional socialismo así como ejemplares de la revista SONORA (nº 1 y2) y un ejemplar del libro MI LUCHA de Adolf Hitler; un microordenador portátil marca ASUS con número de serie [...] ; una torre de ordenador marca IBM modelo 6862 con número de serie [...].

Igualmente en una estantería , entre carpetas y libros apareció un puño americano -Calle Mayor, 4, piso 2 de Madrid, sede social de DISTRIBUCIONES SERIGRAFICAS EL DSO SL, y tienda abierta al público : documentación relativa a envíos postales realizados; sellos correspondientes a la entidad SOPORTES SONOROS SL, sello de la discográfica RATA-TA-TA; carpeta de documentación de SOPORTES SONOROS como libro inventario y ventas anuales del año 2008; contrato de servicios de correos conforme se contrata el apartado de correos núm.14259 a nombre de RATA-TA-TA; contrato de servicios de correos conforme se contrata el apartado de correos número 51107 a nombre de SOPORTES SONOROS SL; renovación del contrato de servicio de las páginas web antes citadas en las que figura como titular SOPORTES SONOROS; facturas de la empresa TECNODISCO (empresa dedicada a la fabricación de CD de música) a nombre de SOPORTES SONOROS SL y de RATA-TA-TA; torre de ordenador marca COMPAQ modelo DESC-PRO referencia PD 1005. Igualmente se hallaron distintos bienes y productos propios de la actividad de venta que se realizaba en la misma relacionada con simbología nacional socialista y de extrema derecha reseñados anteriormente así como réplicas de los cascos o gorras que utilizaba el ejército durante el III Reich de Adolf Hitler, chapas y pines con el dibujo de la calavera Totenkopf; pulseras con la esvástica; música RAC/OI tanto expuesta en el mostrador de la tienda como en el almacén de la tienda , figurando entre otras canciones y letras las siguientes : Cabezas rapadas : ...Sagrados juramentos de honor y fidelidad, escrito en tu bomber, la cruz del nuevo Klan, mil y una provocaciones sufrimos los skinheads, no saben con quién están jugando, ahora verán lo que está pasando, ya se oye por las calles, a punto de estallar, el ruido del acero y de voces gritar, cabezas rapadas entrando en acción, cabezas rapadas luchad sin compasión , cabezas rapadas OI, OI, OI, frente un crudo destino de Europa en destrucción.../ Degüello Sol brilla tenue al amanecer , dos pueblos se enfrentan de nuevo, tambores resuenan en el erial, caballos relinchan nerviosos, el tercio de Italia espera embestir, contra el enemigo extranjero, la muerte planea de nuevo otra vez, olores a pólvora y fuego, a degüello en silencio una vez más, a por ellos, a degüello como en Flandes sin piedad, tú o ellos, a degüello por España una vez más, a por ellos, a degüello esta noche sin piedad, tu o ellos, herejes avanzan sin ningún temor, mi vista se tiñe de rojo, pendones al viento con gran esplendor, no habrá tregua ni rendición , la espada dispuesta contra el invasor, es hora de patria y de muerte, la sangre recorre mi cuerpo en tensión, es hora de entrar en acción, a degüello en silencio una vez más, a por ellos, a degüello por España una vez más, a por ellos, a degüello esta noche sin piedad, tu o ellos, la noche se cierra en esta ciudad, dispuesto a actuar de nuevo, un grito se escucha en el callejón , sirenas suenan sin cesar, guerreros de España esperan asaltar, contra la serpiente anarquista, tentando la suerte una vez más, conscientes de que hay que ganar, reprimidos cada día en nombre de su libertad, te han prendido como siempre pateando la ciudad, policías y sionistas nos intentan destruir, su alma mira de reojo, por eso vn a por ti, oi, oi, oi españoles en las venas, oi, oi, oi, sangre celta por mis venas, oi, oi, oi, fascistas por siempre, vista, suerte y al rojo, políticos e inmigrantes nos intentan engañar".

SEGUNDO

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a los acusados Alejo, Abel, Miguel Ángel y Amadeo como criminalmente responsables en concepto de autor cada uno de ellos de un delito cometido con ocasión del ejercicio de los Derechos fundamentales y de las Libertades públicas garantizados por la Constitución, precedentemente definido, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas a la pena de UN AÑO DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena, y MULTA DE SEIS MESES, con una cuota diaria de diez euros y la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la multa de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas.

Se condena a cada uno de los acusados al pago de las 4/25 partes de las costas causadas.

Se decreta el decomiso y destino -legal de las páginas web.falangista.com; www.bicefala.com y www.44x2.com ; así como el decomiso y destino legal de los efectos interveñidos en las entradas y registros que se han hecho constar en los hechos probados (banderas, escudos, brazaletes, gorras, camisetas, insignias, pegatinas).

Que debemos absolver y absolvemos a los acusados Alfonso, Adolfo, Pedro Enrique. Carlos Miguel y a Fermina de los delitos por los que venían siendo acusados.

Que debemos absolver y absolvemos a los acusados Abel, Miguel Ángel, Alejo del delito de asociación ilícita de los artículos 515.5 y 517.1 CP así como de las calificaciones alternativas de organización y/o grupo -criminal, absolviendo igualmente a los citados acusados del delito continuado de difusión de ideas que pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras del genocidio del art.-607. 2 CP por el que también venían siendo acusados.

Que debemos absolver y absolvemos a Abel del delito de tenencia de armas del art. 563 CP.

Se declaran de oficio las 19/25 partes de las costas causadas".

Por auto de fecha 7 de diciembre de 2018 se aclara la sentencia de 8 de noviembre 2018, PA 3/2018 haciendo constar en el fallo del mismo: "Debemos absolver -y absolvemos al acusado Juan de los delitos por los que venía siendo acusado, manteniéndose el resto de los pronunciamientos contenidos en la misma sin que proceda la rectificación interesada por el Procurador de los Tribunales Sr. XAVIER COTS OLONDRIZ".

TERCERO

Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por las representaciones procesales de Miguel Ángel, Abel, Alejo, Amadeo, y por el Ministerio Fiscal que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO

Presentado escrito del Ministerio Fiscal del recurso de casación interpuesto, por Decreto de la Letrada de la Administración de Justicia, de 15 de marzo de 2019, se acordó tener por desistido el recurso anunciado por el Ministerio Fiscal

QUINTO

Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal de los recurrentes formalizaron el recurso alegando los siguientes motivos de casación:

1. - Motivos aducidos por Alejo Y Amadeo:

PRIMERO.- "Por infracción de precepto constitucional, al amparo del punto 4º del art. 5 LOPJ 6/1985, al considerarse infringido el art. 24.1 CE, al vulnerarse el derecho a la tutela judicial efectiva, causando indefensión a mis representados, al no expresarse los razonamientos jurídicos que llevarían a encajar los hechos en el art. 510.1CP".

SEGUNDO.- "Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ, al considerarse infringido el art. 24.2, al vulnerarse el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (al aplicarse como simples las dilaciones concurrentes, siendo muy cualificadas) y el derecho a la presunción de inocencia de mis representados".

TERCERO.- "Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la Ley Procesal, al entender que se ha infringido un precepto penal de carácter sustantivo (errónea e indebida aplicación del art. 510.1 CP)".

CUARTO.- "Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2 LECr, al existir error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del Juzgador, dicho sea con el debido respeto y en términos de estricta defensa, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios".

2. - Motivos aducidos por Miguel Ángel y Abel:

"1. Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la L.O.P.J., al haberse vulnerado el derecho a la Tutela Judicial Efectiva de los recurrentes, amparada en el artículo 24.1, en relación al artículo 25.1 de la Constitución Española y 7 del Código Penal, Principio de irretroactividad de la Ley penal, en relación al 510.1 Código Penal.

2. Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la L.O.P.J., al haberse vulnerado el derecho a la Presunción de Inocencia de los recurrentes, amparada en el artículo 24.1, en relación al 510.1 Código penal.

3. Por infracción de Ley, con amparo en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación a la aplicación indebida del artículo 510.1 del Código Penal.
4. Por Infracción de Ley, con amparo en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación a inaplicación del artículo 30 del Código Penal y su régimen específico de responsabilidad penal en cascada, en materia de responsabilidad penal en relación a los delitos cometidos mediante la utilización de medios y soportes de difusión mecánicos.
5. Por infracción de Ley, con amparo en el artículo 849.1 de la ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación a la inaplicación por el tribunal del artículo 14.3 del C.P., error de prohibición, en el ejercicio de Derechos y Libertades Fundamentales consagradas en la constitución, artículos 16 y 20 de dicho cuerpo legal fundamental.
6. Por Infracción de Ley, con amparo en el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, error en la apreciación de la prueba, en relación a la inaplicación del citado artículo 14.3 del Código Penal, en base a los folios 1679 a 1803 de las actuaciones.
7. Con carácter subsidiario a todos los anteriores, Por vulneración de precepto constitucional al amparo de lo dispuesto en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación al artículo 5.4 de la L.O.,P.J., al haberse vulnerado el Derecho Fundamental a un proceso público sin dilaciones indebidas del artículo 24.2 de la Constitución y, no obstante ello, no haberse apreciado por el Tribunal sentenciador dicha atenuante como muy cualificada, aplicándolo solo de forma simple".

SEXTO

Conferido traslado para instrucción, la representación de Miguel Ángel Y Abel, se dan por instruidos de los recursos de casación interpuestos, suplicaron a la Sala los tenga por adheridos a los mismos y se declare haber lugar, interesando la absolución de sus representados.

El Ministerio Fiscal interesó a la Sala la inadmisión de los recursos interpuestos o, subsidiariamente su desestimación, de conformidad con lo expresado en su informe de fecha 10 de abril de 2019; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO

Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 10 de diciembre de 2020.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Sobre el delito de discriminación del artículo 510.1 CP.

1. Examen conjunto de los motivos de casación de los dos recursos que entienden que ha habido una indebida aplicación del art. 510.1 CP.

Bien sea invocando infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ, o infracción de ley, al amparo del art 849.1 LECrim, como hace en el primero y tercero de sus motivos de recurso la representación procesal de los condenados Alejo y Amadeo, bien sea con igual invocación de precepto constitucional e igual infracción de ley, como hace en sus motivos primero a tercero la representación procesal de Miguel Ángel y Abel, lo que, en realidad, están cuestionando es la indebida aplicación del referido art. 510.1 CP en su redacción originaria, por ello que los abordemos de manera conjunta en este primer bloque, dando una respuesta que valga y sea suficiente para todos ellos.

En ambos recursos se invoca indebida aplicación del referido artículo, que se pone en relación con el derecho a la libertad de expresión; incluso se invoca vulneración del principio de irretroactividad de la ley penal, por cuanto que se considera que la condena ha sido en atención a la redacción que le fue dada a ese art. 510 por la reforma operada en el CP por L.O. 1/2015, de 30 de marzo, cuando los hechos se sitúan en 2010, en que estaba vigente la redacción originaria, según L.O. 10/1995, de 30 de noviembre, y, en relación con ello, se invoca, también, vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Comenzaremos por hacer referencia al PREÁMBULO de la de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, que, en su apartado I, entre otras cuestiones, avanza que "se introducen nuevas figuras delictivas o se adecuan los tipos penales ya existentes, con el fin de ofrecer una respuesta más adecuada a las nuevas formas de delincuencia", y, en línea con esa adecuación, en su apartado XXVI, en relación con el delito que nos ocupa, dice lo que sigue: "Se modifica la regulación de las conductas de incitación al odio y a la violencia por un doble motivo: de una parte, la sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de noviembre, impone una interpretación del delito de negación del genocidio que limite su aplicación a los supuestos en los que esta conducta constituya una incitación al odio u hostilidad contra minorías; y de otra, se trata de conductas que deben ser objeto de una nueva regulación ajustada a la Decisión Marco 2008/913/JAI, que debe ser traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico.

Se regulan conjuntamente, y de un modo ajustado a la exigencia de la Decisión Marco 2008/913/JAI, más amplio que el actual, los antiguos artículos 510 y 607 del Código Penal. El cambio de ubicación del artículo 607 viene justificado por el propio texto de la Decisión Marco y por el hecho de que el Tribunal Constitucional haya impuesto que la negación del genocidio solamente puede ser delictiva como forma de incitación al odio o a la hostilidad. De igual forma, la Decisión Marco impone la tipificación de la negación del genocidio en la medida en que se trate de una forma de incitación al odio contra minorías.

La nueva regulación tipifica dos grupos de conductas: de una parte, y con una penalidad mayor, las acciones de incitación al odio o la violencia contra grupos o individuos por motivos racistas, antisemitas u otros relativos a su ideología, religión, etnia o pertenencia a otros grupos minoritarios, así como los actos de negación o enaltecimiento de los delitos de genocidio, lesa humanidad o contra las personas o bienes protegidos en caso de conflicto armado que hubieran sido cometidos contra esos grupos, cuando ello promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad u odio contra los mismos; y de otra parte, los actos de humillación o menosprecio contra ellos y el enaltecimiento o justificación de los delitos cometidos contra los mismos o sus integrantes con una motivación discriminatoria, sin perjuicio de su castigo más grave cuando se trate de acciones de incitación al odio o a la hostilidad contra los mismos, o de conductas idóneas para favorecer un clima de violencia".

La referida Decisión marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones del racismo y la xenofobia mediante el Derecho penal, entre sus considerandos, en el 9, dice: "el concepto de "odio" se refiere al odio basado en la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico", y, en relación al odio, y relativo a los delitos de carácter racista y xenófobo, recoge qué acciones han de ser considerados delitos penales, en su artículo 1, en el que se indica que "cada Estado miembro ha de adoptar las medidas necesarias para garantizar que se castiguen determinadas conductas intencionadas, entre ellas: "a) la incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico; b) la comisión de uno de los actos que se refiere la letra a) mediante la difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales"; añadiendo en su art. 3, que cada Estado miembro ha de adoptar las medidas necesarias para garantizar que las anteriores conductas se castiguen con sanciones penales.

Con anterioridad a esta Decisión marco ya contábamos con la Acción común 96/443/JAI, de 15 de julio de 1996 adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la acción contra el racismo y la xenofobia, que, si bien fue derogada por aquella, no es menos cierto que en ella se recordaba: "que el derecho a la libertad de expresión entraña deberes y responsabilidades, en particular el de respetar los derechos de los demás, como lo establece el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas de 19 de diciembre de 1966"; y entre los comportamientos que indicaba en su Título I A), que habían de ser objeto de sanciones penales mencionaba: "a) la incitación pública a la discriminación, a la violencia o al odio racial respecto de un grupo de personas o de un miembro de dicho grupo definido mediante una referencia al color, la raza, la religión o el origen nacional o étnico; b) la apología pública con finalidad racista o xenófoba de crímenes contra la humanidad y de las violaciones de los derechos humanos".

Hemos hecho referencia a los anteriores antecedentes legislativos, para poner de relieve que, sin desconocer que, cuando se cometen los hechos que aquí nos ocupan, no estaba en vigor la modificación que tiene lugar en el art. 510 tras la reforma por

L.O 1/2015, esta no supone una modificación tan relevante como para entender que con su nueva redacción las conductas que se enjuician han perdido relevancia penal; y así lo entendemos, si acudimos al anterior pasaje que hemos transcrito del apartado I del Preámbulo, cuando habla de la adecuación de tipos penales ya existentes, como era este del art. 510, porque adecuación es adaptación, no derogación, y lo que ha sucedido con tal adaptación es que el legislador de 2015 ha detallado expresamente un mayor número de acciones a las que antes no alcanzaba fácilmente esa redacción originaria, pero sin suprimir las que en esta tenían cabida, y no hemos de olvidar que la voluntad del legislador es criterio fundamental en la interpretación de la norma, así como que contábamos con una normativa europea, indicativa de la línea de interpretación que debía darse al anterior artículo 510, que luego ha consolidado nuestra jurisprudencia constitucional y de este Tribunal Supremo.

Establecía el art. 510.1 CP, en su redacción originaria, lo siguiente: "Los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses".

No negamos, como se apunta en los recursos, que fue fundamental la interpretación que se dio al término "provocación", que se vinculó con la del art. 18 CP, llegando a entenderse que deberían concurrir los requisitos de este artículo para apreciar el delito, en particular, que mediara una incitación directa a la perpetración de un delito, que es la tesis que se mantiene en los recursos, y que, al considerar que no hubo tal incitación directa, no habría delito.

Para la valoración de la conducta que estamos enjuiciando es fundamental la STC 235/2007, de 7 de noviembre de 2007, en la que se hace un repaso por el derecho a la libertad de expresión, que, para lo que aquí nos ocupa, podemos resumir diciendo que no ampara mensajes racistas o xenófobos, porque no es un derecho absoluto, y, en este sentido, en su F.J. 5º, se puede leer lo siguiente: "De manera genérica, se sitúa fuera del ámbito de protección de dicho derecho la difusión de las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se quieran exponer, y por tanto, innecesarias a este propósito (SSTC 204/1997, de 25 de noviembre; 11/2000, de 17 de enero, FJ 7; 49/2001, de 26 de febrero, FJ 5; 160/2003, de 15 de septiembre, FJ 4). Y continúa, con evocación de doctrina del TEDH, que este "en concreto, viene considerando (por todas, Sentencia Ergogdu e Ince c. Turquía, de 8 de julio de 1999) que la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado "discurso del odio", esto es, a aquél desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular".

Es cierto que la Sentencia trata sobre la inconstitucionalidad del art. 607.2 CP, pero de su doctrina cabe extraer consecuencias en la aplicación del art. 510.1 CP, por la cercanía de las conductas que persiguen, y cuando entra en comparación entre uno y otro dice: "La literalidad del ilícito previsto en el art. 607.2 CP no exige, a primera

vista, acciones positivas de proselitismo xenófobo o racista, ni menos aún la incitación, siquiera indirecta, a cometer genocidio, que sí están presentes, por lo que hace al odio racial o antisemita se refiere, en el delito previsto en el art. 510 CP, castigado con penas superiores"; desde la anterior diferenciación, y referido al art. 607.2 continúa: "la literalidad del precepto, en la medida en que castiga la transmisión de ideas en sí misma considerada, sin exigir adicionalmente la lesión de otros bienes constitucionalmente protegidos, viene aparentemente a perseguir una conducta que, en cuanto amparada por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE) e incluso eventualmente por las libertades científica [art. 20.1 b] y de conciencia (art. 16 CE) que se manifiestan a su través (STC 20/1990, de 15 de febrero, FJ 5), constituye un límite infranqueable para el legislador penal".

Y en lo que se refiere al inciso del art. 607.2, relativo a la difusión de ideas que justifiquen el genocidio, añade que: "la especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad, como el genocidio, permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión; esto es incriminándose (y ello es lo que ha de entenderse que realiza el art. 607.2 CP) conductas que aunque sea de forma indirecta supongan una provocación al genocidio. Por ello, el legislador puede, dentro de su libertad de configuración, perseguir tales conductas, incluso haciéndolas merecedoras de reproche penal siempre que no se entienda incluida en ellas la mera adhesión ideológica a posiciones políticas de cualquier tipo, que resultaría plenamente amparada por el art. 16 CE y, en conexión, por el art. 20 CE. Para ello será necesario que la difusión pública de las ideas justificadoras entre en conflicto con bienes constitucionalmente relevantes de especial trascendencia que hayan de protegerse penalmente. Así sucede, en primer lugar, cuando la justificación de tan abominable delito suponga un modo de incitación indirecta a su perpetración".

Pues bien, si contemplamos detenidamente la anterior doctrina, vemos que, de la misma manera que el TC dice que el art. 607.2 no exige siquiera la incitación indirecta a cometer genocidio, dice que sí está presente en el delito del art. 510, y cuando vuelve sobre el 607.2, salva la inconstitucionalidad del inciso relativo a la justificación "siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión; esto es incriminándose (y ello es lo que ha de entenderse que realiza el art. 607.2 CP) conductas que aunque sea de forma indirecta supongan una provocación al genocidio". En definitiva, mantuvo el TC la constitucionalidad del inciso relativo a la difusión de ideas que justificasen el genocidio, en la medida que se interpretase de manera que debiera concurrir ese elemento de incitación indirecta.

Y si repasamos otros textos internacionales, como Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, tenemos que, en su art. 5.1, relativo a la provocación pública para cometer delitos terroristas, dice lo siguiente: "A los efectos del presente Convenio, se entenderá por "provocación pública para cometer delitos terroristas" la difusión o cualquier otra forma de puesta a disposición del público de mensajes con la intención de incitar a cometer delitos

terroristas, cuando ese comportamiento, ya preconice directamente o no la comisión de delitos terroristas, cree peligro de que se puedan cometer uno o varios delitos".

En cualquier caso, es aceptado por la comunidad internacional que el delito que, aquí, nos ocupa, como indica la sentencia recurrida, "constituye uno de los instrumentos penales dirigidos a combatir lo que es conocido como "discurso del odio" cumpliendo así con las obligaciones internacionales y especialmente con la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo", de manera que, al ser esto así, esto es, vistos los antecedentes a que hemos acudido, no hay razón que lleve a una interpretación que quede condicionada por la definición de provocación para delinquir que da nuestro CP en su art. 18 CP, sino que estamos ante una idea de provocación propia, que, entendida en desde una concepción vulgar, como la que podemos encontrar en el Diccionario de RAE, el verbo provocar se identificaría como "incitar inducir a uno a que ejecute una cosa", con lo que la provocación, que podría ser llevada a cabo mediante cualquier forma de expresión que difunda, induzca, incite, favorezca, facilite o promueva la violencia, el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo o cualquier otro tipo de discriminación basada en la intolerancia, es indiferente que se la considere directa o indirecta.

En efecto, así lo consideramos, porque lo fundamental no es entrar en disquisiciones sobre si la provocación ha de ser directa o indirecta, adjetivos cuyos contornos no siempre no están claros, sino en precisar la eficacia de esa provocación, esto es, si es capaz de incitar al odio, la violencia o la discriminación, porque, si esto es así, el delito, como de riesgo abstracto que es, quedará consumado. Dicho de otro modo, se considere directa o indirecta la incitación, lo que se ha de valorar es si encierra alguna suerte de provocación al tipo de violencia que se define en el art. 510, en cuanto que con ello resulte afectada la esencia de la dignidad de la persona, fundamento del orden político y la paz social, según el art. 10.1 CE, porque, si esto es así, queda inserta y se ha de considerar como una manifestación del "discurso del odio"; por eso, recordando su propia jurisprudencia, en la misma STC que venimos citando de puede leer: "Por lo demás, el comportamiento despectivo o degradante respecto a un grupo de personas no puede encontrar amparo en el ejercicio de las libertades garantizadas en el art. 20.1 CE, que no protegen "las expresiones absolutamente vejatorias, es decir, las que, en las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas" (por todas SSTC 174/2006, de 5 de junio, FJ 4; 204/2001, de 15 de octubre, FJ 4; 110/2000, de 5 de mayo, FJ 8). De ese modo, resulta constitucionalmente legítimo castigar penalmente conductas que, aun cuando no resulten claramente idóneas para incitar directamente a la comisión de delitos contra el derecho de gentes como el genocidio, sí suponen una incitación indirecta a la misma o provocan de modo mediato a la discriminación, al odio o a la violencia, que es precisamente lo que permite en términos constitucionales el establecimiento del tipo de la justificación pública del genocidio (art. 607.2 CP)".

2. Sobre la naturaleza del delito del art. 510.1.

Dicho cuanto antecede, es preciso hacer alguna consideración en torno a la naturaleza del delito contemplado en el art. 510.1 CP, y, para ello, partimos de considerarlo como

un delito de riesgo abstracto puro, potencial o posible; es, por lo tanto, también, un delito de mera actividad, que se consuma por la sola incitación a las variables discriminatorias que en el mismo ha contemplado el legislador; en consecuencia, los únicos elementos que exige el tipo son la emisión del mensaje provocador o discriminatorio (elemento objetivo) y la voluntad de emitirlo, pese a ser conocedor de ese contenido (elemento subjetivo), al que, si se quiere, habrá que añadir ese riesgo, pero insistiendo que se trata de un riesgo abstracto, entendido en el sentido de que sea potencialmente idóneo a la incitación, aunque sin necesidad de que se consiga lo que con ella se persiga, pues, hay que insistir, el delito se consuma con la simple realización de esa conducta idónea generadora del riesgo; el delito aflora de su propia descripción típica, porque no precisa de ningún resultado.

La naturaleza propia del delito que nos ocupa, como delito de riesgo abstracto, que no de riesgo concreto, implica que en aquellos, a diferencia de estos, queda consumado, aun cuando no se produzca un resultado de peligro, porque lo que el legislador persigue es que se castigue una acción, que, por ser peligrosa en sí misma, pone en peligro el bien jurídico (generalmente colectivo, difuso, inmaterial) que protege el tipo, y esto es propio de esos delitos de riesgo abstracto, como delitos que, por su mera actividad, ponen en peligro el bien jurídico de que se trate, debido a que en ellos el legislador ha dado primacía al desvalor de la acción, por su propia peligrosidad, frente a su resultado. Podríamos decir que en los delitos de peligro concreto se exige la creación de una situación de peligro, mientras que en los de peligro abstracto no es preciso, porque es la peligrosidad inherente a la acción la que merece el correspondiente reproche penal, y habrá, por lo tanto, delito aunque no se haya llegado a producir un efectivo peligro concreto, porque la mera peligrosidad de la acción es motivo de su tipificación; la protección penal se ha adelantado a los resultados de la conducta, quedando consumado el delito con la ejecución de la acción, sin necesidad de añadir ningún resultado específico, y es por ello, por lo que relegábamos a un segundo lugar que, la de este art. 510.1, se trate de una provocación directa o indirecta, porque lo fundamental será precisar si el comportamiento desplegado por el acusado resultó idóneo para incitar a la actividad discriminatoria a que se refiere el tipo.

En este sentido, en nuestra Sentencia 72/2018, de 9 de febrero de 2018, con respecto al delito del art. 510, si bien tras la redacción dada por L.O. 1/2015, decíamos lo siguiente:

"Por su parte, el art. 510 Cp sanciona a quienes fomentan promueven la discriminación, el odio o la violencia contra grupos o asociaciones por distintos motivos que son recogidos, en el precepto. El elemento nuclear del hecho delictivo consiste en la expresión de epítetos, calificativos, o expresiones, que contienen un mensaje de odio que se transmite de forma genérica. Se trata de un tipo penal estructurado bajo la forma de delito de peligro, bastando para su realización, la generación de un peligro que se concreta en el mensaje con un contenido propio del "discurso del odio", que lleva implícito el peligro al que se refieren los Convenios Internacionales de los que surge la tipicidad. Estos refieren la antijuricidad del discurso del odio sin necesidad de una exigencia que vaya más allá del propio

discurso que contiene el mensaje de odio y que por sí mismo es contrario a la convivencia por eso considerado lesivo. El tipo penal requiere para su aplicación la constatación de la realización de unas ofensas incluidas en el discurso del odio pues esa inclusión ya supone la realización de una conducta que provoca, directa o indirectamente, sentimientos de odio, violencia, o de discriminación. De alguna manera son expresiones que por su gravedad, por herir los sentimientos comunes a la ciudadanía, se integran en la tipicidad".

Por su parte, en la STS 646/2018, de 14 de diciembre, que recordábamos la anterior, decíamos que en ella "se aborda las diferencias entre las distintas modalidades de discurso del odio, afirmando la no necesidad de la creación de un peligro contra los bienes jurídicos personales a consecuencia del discurso del odio cuando se trata de menosprecio a las víctimas. En consecuencia, la jurisprudencia de la Sala II puede ser resumida en los siguientes elementos. El delito de odio aparece definido en el art. 510 Cp., que no requiere, en su tipicidad, una generación de una situación concreta de peligro aunque sí una aptitud para la generación de una situación de peligro, que sea tenida por seria, a la dignidad de las personas a las que se refiere ". Y más adelante, como conclusión de una nuestra posición jurisprudencial, señalábamos "que desde el plano normativo y jurisprudencial, en el art. 510 Cp., enmarcado en la categoría de delito de odio, su tipicidad no requiere la generación de un riesgo, abstracto, concreto o hipotético, que sí es preciso en los delitos de provocación o de apología del terrorismo, previstos en el art. 579 Cp., que requieren la idoneidad para incitar a la comisión de un delito terrorista. La tipicidad del art. 578 Cp., aún requiriendo la generación de un riesgo, en esta tipicidad su exigencia tiene una menor intensidad, no es de incitación a la comisión, sino de aptitud del discurso para generar ese riesgo "aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el sistema de libertades" (STC 112/2016)".

Si, como hemos venido diciendo, la provocación del anterior art. 510.1 la hemos equiparado con difusión incitación, favorecimiento, facilitación o promoción, y hemos expuesto las razones por las que la mención directo/indirecto han de pasar a un segundo lugar, además de que no cabe hablar de irretroactividad de la ley penal, porque la condena es procedente en aplicación del art. 510.1, tanto según redacción anterior, como posterior a su reforma por L.O. 1/2015, la anterior doctrina es trasladable al caso que aquí nos ocupa.

3. El delito que nos ocupa y la libertad expresión.

Al abordar esta cuestión es preciso hacer referencia al enfoque que, sobre el tratamiento del derecho fundamental a la libertad expresión, encontramos en la STC 35/2020, de 25 de febrero de 2020, o en la STC 177/2015, de 22 de julio, porque, tratándose de delitos que pueden entrar en fricción con tal derecho, como se puede leer en esta última, "obliga entre otras consecuencias, "a modificar profundamente la forma de afrontar el enjuiciamiento de los delitos contra el honor en los que se halla implicado el ejercicio de la libertad de expresión", pues su posición preferente impone "la necesidad de dej[ar] un amplio espacio al disfrute de [dicha] libertad" (SSTC 39/2005 , de 28 de febrero, FJ 4, y 278/2005 , de 7 de noviembre; FJ 4)", que lo

resuelve el TC acudiendo a la fórmula de que, con carácter previo al análisis sobre la subsunción de la conducta en el tipo delictivo, se ha de pasar por realizar una ponderación de la eventual concurrencia del derecho a la libertad de expresión, y lo dice de la siguiente manera: "Así las cosas, el órgano judicial debe valorar, como cuestión previa a la aplicación del tipo penal y atendiendo siempre a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, si la conducta que enjuicia constituye un ejercicio lícito del derecho fundamental a la libertad de expresión y, en consecuencia, se justifica por el valor predominante de la libertad de expresión" (STC 177/2015).

Y en la STC 35/2020, en relación con la anterior doctrina, dice: "... unánime desde el comienzo de la actividad del Tribunal Constitucional, deja sentado con claridad: (i) que la falta del examen preliminar de la eventual concurrencia en el caso concreto del ejercicio legítimo de derechos o libertades constitucionalmente amparables han de ser consideradas de por sí lesivas del derecho fundamental y dar lugar a la estimación del recurso de amparo y a la anulación de la resolución judicial impugnada; (ii) que han de quedar equiparadas las consecuencias de esa omisión a los supuestos en que la ponderación resultara manifiestamente carente de fundamento; y (iii) que ese examen preliminar también corresponde hacerlo al juez penal en el caso de sanciones penales como cuestión previa a la aplicación del tipo penal".

Está diciendo el TC que, al margen las consideraciones que haga el órgano de enjuiciamiento atendiendo a las circunstancias del caso concreto sobre la eventual afectación del derecho fundamental, cuando examine el juicio de tipicidad, puede no ser suficiente por sí solo, sino que exige un examen preliminar "para entender completada en su integridad la ponderación constitucionalmente necesaria con carácter previo al examen de la tipicidad, en la medida en que no permite conocer cuáles han sido las bases sobre las que se puede concluir que la conducta del recurrente debía ser considerada como un ejercicio, sea o no extralimitado, del derecho a la libertad de expresión -con la consiguiente entrada en juego del principio de proporcionalidad en la restricción de un derecho fundamental- o debía ser excluida de este concepto".

La anterior doctrina constitucional, no exenta de críticas, por lo que de roce puede tener con la dogmática tradicional y consolidada sobre la teoría general del delito, ya que no deja de anteponer a la clásica definición de este, como acción típica, antijurídica, culpable y punible, un elemento más, como es la inconstitucionalidad de la acción, consideramos que la cumple adecuadamente la sentencia recurrida.

En efecto, estimamos que ha habido esa valoración previa por parte de tribunal a quo, desde el momento que considera que unas palabras y mensajes como los emitidos por los acusados, que directamente afectan a la dignidad de la persona, en modo alguno pueden verse amparados por el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, porque desborda sus límites, en la medida entran dentro de lo que se ha definido como el "discurso del odio". Existe, pues, un conflicto de inicio, en el que, como premisa, la libertad de expresión no debe primar a costa de quebrar la dignidad de la persona, reconocido como uno de los derechos "fundamento del orden político y la paz social" (art. 10.1 CE). No se puede decir, pues, que, por principio, no sean reprochables las

conductas que han sido objeto de enjuiciamiento por haberse emitido en ese legítimo ejercicio de la libertad de expresión, puesto que, aunque la Constitución garantice el derecho fundamental a expresar y difundir libremente ideas, pensamientos y opiniones, no es este un derecho ilimitado, por ello ha de ceder, por ejemplo, ante expresiones vejatorias, ultrajantes, intimidatorias o amenazantes, como las que se vierten en función de razones discriminatorias, como étnicas, religiosas, sexuales, ideológicas, etc., o que conlleven una exclusión política, social, cultural o racial, englobable todo ello dentro del "discurso del odio".

En apoyo de lo que decimos, por cuanto que lo que hemos expuesto supone una valoración previa a la aplicación del tipo penal, podemos traer a colación el párrafo que encontramos en el F.J. 4 a) ii) de la STC 35/2020, que dice como sigue:

"El carácter limitable del derecho a la libertad de expresión y, singularmente, el derivado de manifestaciones que alienten la violencia. La STC 112/2016, declara lo siguiente [FJ 2 ii)]: "La ya citada STC 177/2015 también sienta que el derecho a la libertad de expresión no es de carácter absoluto. Así, el Tribunal declara en este pronunciamiento que la libertad de expresión tiene, como todos los demás derechos, sus límites, de manera que cualquier ejercicio de ese derecho no merece, por el simple hecho de serlo, protección constitucional, y recuerda que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado que la tolerancia y el respeto de la igual dignidad de todos los seres humanos constituyen el fundamento de una sociedad democrática y pluralista, de lo que resulta que, en principio, se pudiera considerar necesario en las sociedades democráticas sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia y que, del mismo modo, la libre exposición de las ideas no autoriza el uso de la violencia para imponer criterios propios [FJ 2 c)]".

O reproducimos aquí los pasajes que más arriba hemos transcrito de la STC 235/2007, en que, en relación con el derecho a la libertad de expresión, decía que, "de manera genérica, se sitúa fuera del ámbito de protección de dicho derecho la difusión de las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se quieran exponer, y por tanto, innecesarias a este propósito", y, más adelante "que la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado "discurso del odio".

Hechas las anteriores consideraciones comunes a los dos recursos, pasamos al examen de los motivos de cada uno de ellos, en particular, que no quedan abarcados por lo que hemos dicho.

SEGUNDO.- Recurso formulado por la representación procesal de Alejo Y Amadeo.

2.1.- Sobre su responsabilidad por la comisión del delito del art. 510.1 CP.

Partimos de recordar que el referido delito es de peligro abstracto potencial, que queda consumado con la mera incitación eficaz a la discriminación que señala el tipo.

El Fundamento de Derecho noveno de la sentencia de instancia se dedica a la calificación jurídica de los hechos y a la valoración de la prueba, y a ellos nos

remitimos, si bien, coincidiendo con el M.F., diremos que los "aspectos netamente fácticos han sido admitidos por los recurrentes y no se cuestionan en el recurso". Sin perjuicio de acudir a los hechos que declara probados la sentencia recurrida, transcritos en los antecedentes de esta, ahora iremos deteniéndonos en aquellos datos o aspectos aportados por tales hechos y que consideramos más significativos en orden a determinar si la calificación jurídica que les ha sido dada, en lo que concierne a estos dos condenados, es ajustada a derecho.

2.1.1. Alejo, que era fundador y miembro permanente del grupo musical Batallón de Castigo, organizó el concierto que se celebró el 30 de octubre en la sala Kon-Fusion de Sabadell, en el que actuaron en primer lugar y como teloneros el grupo musical Más Que Palabras, y en segundo lugar y como grupo principal el propio Batallón de Castigo, y al que asistieron unas 200 personas, entre cuyo público las había con afinidad al régimen nacional socialista. El grupo, que estaba registrado a nombre de Alejo, lo formaban cuatro integrantes, si bien, como miembro fijo y permanente únicamente estaba este, quien, además, era autor de la mayoría de sus canciones e intérprete-vocalista en los distintos conciertos.

Dicho grupo, para la difusión de sus actividades y relacionarse con sus seguidores y con la finalidad de propagar los sentimientos de discriminación de personas por razón de raza y nacionalidad y así extender el odio y la violencia como consecuencia de la xenofobia y antisemitismo que sus canciones implicaban contaba con un perfil propio en la red social Facebook, de acceso libre e indiscriminado, y en el concierto que ofreció el grupo en la Sala Heineken de Madrid, del que se publicaron en internet 15 vídeos, se logró una difusión masiva de sus canciones, obteniendo un total de 395 suscriptores y 407.974 reproducciones en fecha 18 de abril de 2013.

En la intervención que tuvo el grupo en el concierto de Sabadell, "interpretó varias canciones con trasfondo común referidas a la supremacía de la raza y consiguiente discriminación de personas que no pertenecen a dicha raza con la finalidad de extender el odio y la violencia como consecuencia de la xenofobia y antisemitismo que dichas canciones implican, provocando y propagando dichos sentimientos entre los asistentes a los conciertos".

Por citar alguna, reiteramos en este momento alguna de las más significadas de las que hemos transcrito en los antecedentes:

" Ejecución : Ha llegado ya tu hora, y ahora vas a pillar, mucho tiempo esperando, te vamos a ejecutar, mucho crimen contra el pueblo, muchas peleas a evadir, muchos coches y despachos, pero ahora vas a morir.. un poste, doce fusiles, una venda te pondrán, será inútil que grites, porque nadie te oirá.

Bestias : Son esclavos de otras tierras, que surgen en la oscuridad, desembarcan en las playas, invadiendo nuestra sociedad, se deslizan como serpientes, ocupando tu espacio vital, venden veneno en las calles, lo tenemos que evitar, son los que ya sabemos, que se intentan camuflar, pero a nosotros nunca se nos pondrá engañar, son los que ya sabemos, que se intentan camuflar, pero a nosotros nunca nos podrán

engañar, dicen que somos hermanos, imploran tu caridad, hablan de derechos humanos y te apuñalan por detrás, no creas que me ablandan, yo no me trago su cuento , acabaré con toda la especie, allá en Ecuador, dicen que somos hermanos".

No olvidamos las demás letras, todas las cuales son una muestra de incitación al odio, la hostilidad, a la violencia, a la discriminación, etc., por razones de intolerancia con el otro, hasta tal punto incitadoras de lo que se persigue con ellas, como lo evidencian las frases con que concluyen los hechos probados: "el público durante las canciones y al finalizar las mismas, coreaban Seig Heil, Seig Heil, Seig Heil, Seig Heil; al finalizar el tema Al arma [otro de los interpretados], uno de los miembros del grupo dice "Arriba España, coño!" contestando el público "Arriba! Jon libertad, Jon Libertad!".

2.1.2. Por su parte, Amadeo, que era el líder y miembro permanente el grupo Más Que Palabras, tenía una participación activa en las letras de los CDs publicados por dicho grupo, colgaba sus contenidos en la página oficial de Facebook y se encargaba de administrar el blog del grupo, con consentimiento del administrador.

Este grupo disponía de una página oficial, en formato blog creado en el mes de enero de 2011 y que el número de visitas, a fecha 23 de abril de 2013 era de 12 .566.

El contenido de las publicaciones de la página web se nutría de imágenes, artículos de opinión, fotografías y vídeos relacionados con su música y de otros grupos musicales afines, material que tiene un trasfondo común referido a la supremacía de la raza blanca y consiguiente discriminación de personas que no pertenecen a dicha raza con la finalidad de extender el odio y la violencia como consecuencia de la xenofobia y antisemitismo que dicho material implica, provocando y propagando dichos sentimientos a los que tienen acceso a dicho material.

En su intervención en el concierto de Sabadell "interpretó varias canciones con trasfondo común referidas a la supremacía de la raza y consiguiente discriminación de personas que no pertenecen a dicha raza con la finalidad de extender el odio y la violencia como consecuencia de la xenofobia y antisemitismo que dichas canciones implican, provocando y propagando dichos sentimientos entre los asistentes a los conciertos".

Sin perjuicio de volvernos a remitir a la transcripción que de las letras de sus canciones hemos traído a los antecedentes de los hechos probados de la sentencia de instancia, volvemos a reproducir alguna:

" Gloria y honor . . .Con una sola mirada voy a pelear, mi honor se llama fidelidad, soy un NS, vas a combatir, tu espíritu es valiente, tu estandarte rompe el cielo gris, nada podrá hacerme detener, soy un NS y vas a combatir, Y no temo a la muerte, con sangre y fuego la ahuyentaré, mi patria voy a proteger, Sieg Heil !...Soy un NS hasta combatir, y no temo a la muerte, con sangre y fuego la ahuyentaré, mi patria te va a proteger, SIEG HEIL, SIEG HEIL, SIEG HEIL, soy un vasco NS SIEG HEIL, SIEG HEIL, Soy un vasco NS SIEG HEEEEIL/ Más que palabras : Contamos con la fuerza para seguir molestando, gritar por Jon que está encarcelado.

Camisas Pardas ... Con los rojos y judíos no habrá piedad, sus mentiras y conflictos iban a pagar, iiaa, cerdo comunista sabes cual es tu destino , lo jóvenes SA te han marcado como objetivo, corre, corre, corre !, intenta escapar, las camisas pardas te están a punto de alcanzar, corre escóndete o asume la realidad, o esta noche firmarás tu sentencia final, rebeldes con la esvástica lucían los muros, acabando con propaganda de marxistas y usureros, los años de injusticia los pagaréis muy caros, porque por la noche salen los gatos pardos, iiaaa, cerdo comunista sabes cual es tu destino , los jóvenes SA te han marcado como objetivo, corre corre corre, intenta escapar, los olas salvajes te están a punto de atrapar".

Y en lo que a este grupo se refiere, como en el caso del anterior, tampoco nos olvidamos de las demás letras, todas las cuales, también son una muestra de incitación al odio, la hostilidad, a la violencia, a la discriminación, etc., por razones de intolerancia con el otro, hasta tal punto incitadoras de lo que se persigue con ellas, como lo evidencian las frases con que concluyen los hechos probados: "durante la interpretación de las canciones y al finalizar cada una de ellas, el público coreaba Seig Heil, Seig Heil, Seig Heil, Seig Heil, profiriendo gritos como " Jon libertad" a quien también se refirió el grupo en la canción Más que palabras", [Jon fue condenado a 26 años de prisión por asesinato por motivos ideológicos].

2.1.3. La actividad de Alejo y de Amadeo es tan similar, que abordaremos conjuntamente su tratamiento penal.

La sentencia de instancia, que les condena como autores de un delito del art. 510.1 CP, ha de ser confirmada, y para mantener esto comenzaremos remitiéndonos a lo que decíamos en el anterior fundamento de derecho sobre la naturaleza de dicho delito, como delito de peligro abstracto, potencial, que los únicos elementos que precisa el tipo para su perpetración son, uno objetivo, como es la emisión o difusión del mensaje provocador, discriminatorio, de odio, violento a los efectos que el mismo contempla, y otro subjetivo, como es la voluntad de emitirlo, pese a ser conocedor de ese contenido, para cuya consumación si, por ser delito de peligro abstracto, basta simplemente el potencial peligro que conlleve el mensaje que se difunde, esto es, si basta que la conducta desplegada resulte idónea para incitar a la actividad discriminatoria que requiere el tipo, debido a que es el desvalor de la acción lo que ha querido sancionar el legislador, con más razón lo será si el mensaje ha reportado alguna consecuencia o tenido alguna eficacia; y vemos que tales presupuestos concurren en la actuación de los dos inculpados.

En efecto, en el caso de ambos, tenemos que son compositores de unas canciones cuyas letras están dirigidas en un sentido y que, objetivamente consideradas, son ofensivas, ultrajantes, violentas y de claro sesgo discriminatorio por razones raciales e ideológicas, cuyo contenido, en sí mismo, es provocador; pero que, en el caso de estos dos condenados, no solo es que su actividad sea potencialmente provocadora, sino que ha quedado evidenciado que esa provocación ha surtido efecto, como lo demuestran las frases que consiguen que emita el público que asiste a su concierto, como "Sieg Heil, Sieg Heil, Sieg Heil", o " Jon libertad", pidiendo la libertad de un

individuo condenado a 26 años de prisión por un asesinato cometido por motivos ideológicos.

Junto con lo anterior hay que tener en cuenta que la difusión de sus provocadoras ideas las llevan a cabo con la publicidad y mayor expansión que supone que se emitan en un concierto, y si a ello añadimos que ambos divulgan sus violentos y ultrajantes planteamientos discriminatorios por las redes sociales, ese potencial peligro que es inherente a su radicalidad se incrementa exponencialmente, con lo que, también desde este punto de vista, queda colmado el tipo, de ahí la corrección en la calificación que de su conducta se realiza en la sentencia recurrida, que, por lo tanto, en este particular ha de ser confirmada.

Por último, incidir en que la difusión de tal tipo de mensajes, dado su sentido discriminatorio, en modo alguno pueden quedar amparados en el derecho a la libertad ideológica o de expresión, por cuanto que llevan ínsitas expresiones supremacistas de desprecio y/o de hostilidad contra individuos de determinados grupos, por el mero de formar parte de una colectividad que no se tolera.

2.2.- Como un motivo más del recurso planteado por la representación de estos dos condenados, se invoca "infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ, al considerarse infringido el art. 24.2, al vulnerarse el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (al aplicarse como simples las dilaciones concurrentes, siendo muy cualificadas) y el derecho a la presunción de inocencia".

Plantea la defensa en el recurso la anterior pretensión, pero lo hace a costa de una mera medición del paso del tiempo, que calcula en 8 años entre que se formuló la denuncia origen de las actuaciones y la celebración del juicio oral, y la circunstancia de que solo son dos las resoluciones que afectan a sus patrocinados.

Sin embargo, para la apreciación de la referida circunstancia en los términos que se pretende, no es cuestión, exclusivamente, de que transcurra más o menos tiempo, sino que lo haga sin razón, o de manera injustificada, y que el retraso habido sea atribuible al órgano judicial.

Según la STS 759/2016, de 13 de septiembre, citada en la instancia: "El art 21 6 CP reformado por Ley Orgánica 5/20110, de 22 de junio, reconoce como circunstancia atenuante: "La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa". Su aplicación exige cuatro requisitos: 1) que la dilación sea injustificada; 2) que sea extraordinaria; 3) que no sea atribuible al propio inculpado; y 4) que no guarde proporción con la complejidad de la causa. Su apreciación como muy cualificada requerirá de una paralización superior a la extraordinaria, o bien que, dadas las concretas circunstancias de la acusada, de la causa y de la pena impuesta, pueda apreciarse que la dilación ha ocasionado un perjuicio superior al ordinariamente atribuible a la dilación constitutiva de la atenuante simple, de forma que la apreciación de la atenuación ordinaria carezca de efectividad suficiente para compensar el daño ocasionado por la demora".

Vemos, por lo tanto, que para la apreciación de la atenuante en la extensión que se pretende en el recurso, solo contaríamos con que no es atribuible a estos inculpados el retraso en la sustanciación de la causa; sin embargo, ateniéndonos a la dicción del propio art. 21.6, una dilación extraordinaria e indebida solo permite apreciar la circunstancia como simple; pero es que, además, en el caso que nos ocupa, no debemos olvidarnos de la complejidad de la presente causa, con una investigación sobre una importante cantidad de hechos, con diligencias que eran necesarias y de las que no se debía prescindir, y también con un importante número de acusados (hasta 10). Todo ello ha sido valorado, con acierto, en la sentencia recurrida, que solo ha estimado como tiempo de paralización injustificado un periodo de tres años, que, aun cuando se considere extraordinario, solo lleva a la atenuación simple respetando la literalidad del precepto mencionado.

2.3.- Se esgrime como otro motivo más, "infracción de ley, al amparo del art. 849.2 LECr. al existir error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del juzgador, dicho sea con el debido respeto y en términos de estricta defensa, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios".

Por vía de este motivo de casación se está permitiendo una revisión del hecho probado, en que la valoración de la prueba juega un papel fundamental, y en que, a tal efecto, rige el principio de libre inmediación conjunta de toda la practicada, entre ella la de carácter personal, que, por lo demás, no se lleva a cabo ante el tribunal de casación.

Por lo demás, el concepto de documento que permite fundamentar este motivo de casación tiene un alcance muy restringido, pues se limita al literosuficiente, que, por su propia literalidad, haga prueba por sí mismo del hecho que acredita sin necesidad de otros complementos más, producido fuera del proceso, y que se incorpora al mismo y evidencia el error en el juzgador, sin que dentro de cuyo concepto entren las pruebas de carácter personal, aunque estén documentadas por escrito.

En el caso que nos ocupa, la parte se limita señalar una serie de pasajes de determinadas declaraciones, o unos informes periciales, pero sin concretar documento alguno de las características indicadas que haga viable el motivo invocado, que, por lo tanto, ha de ser rechazado.

TERCERO.- Recurso formulado por la representación procesal de Miguel Ángel Y Abel.

3.1.- Sobre su responsabilidad por la comisión del delito del art. 510.1 CP.

Volvemos a recordar que el referido delito lo es de peligro abstracto potencial, y, sin perjuicio de remitirnos, una vez más, a los hechos que declara probados la sentencia de instancia, nos detendremos en aquellos particulares más significativos en orden a determinar si la subsunción de su conducta en el referido artículo, en lo que concierne a estos dos condenados, es ajustada a derecho.

Se les considera en esos hechos probados como las personas que llevaban el peso en la gestión de las entidades DISTRIBUCIONES SERIGRÁFICAS DSO y SOPORTES SONOROS SL, en concreto, se dice que Abel era administrador único de la primera, en la que figuraba como trabajador Miguel Ángel, que tenía una página web y su sede social en el establecimiento abierto al público en la calle Mayor nº 4, 2º de Madrid; y se dice, también, que el segundo era administrador único de SOPORTES SONOROS, cuya sede social estaba en la CALLE000 nº NUM000 de Madrid, donde también residía.

Se trataba de dos entidades que, "si bien formalmente eran independientes, lo cierto es que obraban de forma indistinta como si fuera una única empresa, dirigida por los acusados Abel y Miguel Ángel que tomaban las decisiones sobre su actividad y gestión". "Tenían por objeto la edición y distribución del material discográfico del grupo BATALLÓN DE CASTIGO, así como de otros grupos musicales del mismo tipo de música RAC y OI. Igualmente se dedicaban a la venta de todo tipo de merchandising tales como camisetas, polos, sudaderas, parches, banderas, insignias, posters, bolsos, llaveros, pulseras, carteras, pins.....de contenido racista, xenófobo, antisemita y homófobo así como reproducción de simbología propia del régimen del III Reich de Alemania y de sus líderes, entre ellos Adolf Hitler. Se trata de materiales que tienen el mismo trasfondo común referidas a la supremacía de la raza blanca y consiguiente discriminación de personas que no pertenecen a dicha raza con la finalidad de extender el odio y la violencia como consecuencia de la homofobia, xenofobia y antisemitismo, provocando y propagando dichos sentimientos a los adquirentes de los mismos" . Las ventas se realizaban en el establecimiento de la calle Mayor, o bien a través de sus páginas web, con lo que lograron una distribución masiva e indiscriminada de su material e importantes ganancias, que, entre los años 2007 y 2011 sumaron un total de 2.496.024 €.

Pues bien, en cuanto que se da por probado que estos acusados, a través de sus entidades, tenían por actividad la edición y distribución del referido material, tanto de manera presencial en su establecimiento, como por medio de redes sociales, no habrá dificultad para entender que están promoviendo, favoreciendo o facilitando su puesta a disposición pública, así como que la publicidad que de esta actividad realizan es una manera de incitar al consumo de dicho material, conscientes de que su contenido es potencialmente peligroso, que en esto cabe sintetizar la conducta punible, por más que ellos no fueran autores de ese material que difunden, pero que, porque lo difunden, les reportaba pingües beneficios.

En efecto, siendo el delito contemplado en el art. 510.1 CP un delito de riesgo abstracto y mera actividad, reiteramos, una vez más, que los únicos elementos que precisa para su apreciación son, uno objetivo, como es la emisión del mensaje provocador, discriminatorio, de odio, violento, a los efectos que el mismo contempla, y otro subjetivo, como es la voluntad de emitirlo, pese a ser conocedor de ese contenido, para cuya consumación, por ser delito de peligro abstracto, basta simplemente el potencial peligro que conlleve el mensaje emitido, esto es, basta que la conducta desplegada resulte idónea para incitar a la actividad discriminatoria que

requiere el tipo, debido a que es el desvalor de la acción lo que ha querido sancionar el legislador, presupuestos concurren en la actuación de los dos inculpados.

En efecto, en el caso de ambos, tenemos que son gestores de unas entidades que se dedican a la edición y distribución de un material, cuya significación y contenido vejatorio está en los propios términos ofensivos, ultrajantes y de inequívoca carga discriminatoria por razones raciales e ideológicas, que resulta, en sí mismo provocador, de su sola constatación, y que es lo que constituye esa actividad potencialmente provocadora, suficiente para llenar el tipo, por ser el peligro inherente a la radicalidad del mensaje que emiten con su actividad; de ahí que, como venimos insistiendo, el delito quede consumado con la sola difusión de esas ideas o mensajes provocadores de discriminación, odio o violencia, sin necesidad de que se produzca resultado alguno, y peligro que, exponencialmente, se dispara con su difusión, no ya mediante las ventas presenciales en su tienda de la calle Mayor abierta al público, sino de manera masiva e indiscriminada a través de sus páginas web, que, además, reportaron esos lucrativos beneficios, calculados en casi dos millones y medio de euros.

Pero es que, además, esa difusión no solo es de material ajeno, sino que se dedicaban a la venta de todo tipo de merchandising de contenido racista, xenófobo, antisemita y homófobo, así como reproducción de simbología propia del régimen del III Reich de Alemania y de sus líderes, entre ellos Adolf Hitler, material con igual trasfondo supremacista de la raza blanca, y que vendían en su establecimiento de la calle Mayor y en sus propias páginas web.

Y terminamos con la misma idea con la que terminábamos cuando hemos abordado el recurso de los otros dos inculpados, esto es, incidiendo que con la difusión de la actividad discriminatoria que difundían, en modo alguno pueden quedar amparados en el derecho a la libertad ideológica o de expresión, dado ese sentido supremacista de desprecio y/o de hostilidad contra individuos de determinados grupos, por el mero de formar parte de una colectividad que no se tolera.

En definitiva, siendo correcta la calificación jurídica que de la conducta de estos dos acusados se hace en la sentencia recurrida, habrá de ser confirmada.

3.2.- Se esgrime como motivo de recurso "infracción de ley, con amparo en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, en relación a la inaplicación del artículo 30 del Código Penal y, su régimen específico de responsabilidad en cascada, en materia de responsabilidad penal en relación a los delitos cometidos mediante la utilización de medios y soportes de difusión mecánicos".

Se considera en este motivo del recurso que debió haber sido aplicado el especial régimen de responsabilidad penal escalonada del art. 30 CP a Abel y a Miguel Ángel, en la medida que los delitos por los que resultaron condenados en la instancia, en lo que a ellos afecta, se llevó a cabo mediante soportes de difusión técnicos.

Como primera consideración frente al anterior planteamiento, reiterar la idea que se plasma en la sentencia recurrida, ante igual alegación hecha en la instancia, como es

que la actividad de estos dos condenados no se redujo a la distribución y difusión del material discográfico de los otros dos, sino que distribuían también todo un merchandising, entre cuyos objetos, al menos una parte fue diseñada por Miguel Ángel, cuya distribución fue consentida por Abel, en la medida que la venta de todo el material se llevaba a cabo desde la misma empresa común, y es la oferta de estos productos y su venta lo que posibilitaba la difusión de esa actividad discriminatoria por la que fueron condenados. Por lo tanto, al menos en parte, han producido alguno de los signos conflictivos, con lo que, pretender derivar el tratamiento de su responsabilidad al art. 30 CP, como se pretende en el recurso, aun así su conducta estaría en el primer escalón del apdo. 2 del art. 30 CP y tendrían la consideración de autores.

Sin embargo, como también se dice en la sentencia recurrida, estos acusados no vienen acusados "por sus funciones como editor o productor de discos, sino como distribuidor y vendedor de los mismos sabiendo de su contenido", por lo que su responsabilidad no ha de ser enfocada como se pretende en este motivo de recurso.

En todo caso, al margen de lo anterior, ni siquiera centrándonos en la distribución de la música compuesta por los otros acusados, compartimos el planteamiento del recurrente, y es que no debemos llegar al especial régimen de responsabilidad penal escalonada del art. 30 CP, sin pasar por el régimen común del art. 28.

Así lo consideramos, porque donde ha de ponerse el acento de cara a dilucidar la responsabilidad penal de Abel y de Miguel Ángel es en papel fundamental que tuvieron en la difusión de un determinado material con cuya distribución no solo es que estuvieran de acuerdo, sino que se implicaron en ella, como resulta de la manifestación vertida en el Plenario por parte de Miguel Ángel, a que hace mención la sentencia de instancia, de que conocía la letra de las canciones y que hacía funciones de censura, función que es fundamental en el reparto de papeles que cada cual había asumido para la difusión de ese discurso delictivo.

Lo que queremos decir es que la difusión de ese material que se ponía en circulación era una labor de todos, en la que cada cual asume un papel, pero en la que todos estaban de acuerdo, siendo por eso por lo que decimos que no se ha de llegar al art. 30 sin pasar por el art. 28, como aquí sucede, en que los cuatro condenados tienen un dominio funcional sobre la actividad que, conjuntamente, desarrollan, tendente a la difusión de un material nocivo, en lo que hay acuerdo de todos. Todos son, pues, coautores, porque en esa difusión ha habido un reparto de papeles a un objetivo común, en el que cada uno ha cumplido el cometido que se atribuyó para dar publicidad a lo que todos querían.

Consideramos, pues, que los cuatro acusados tuvieron una intervención directa en los hechos, por cuanto que la difusión del material delictivo fue un objetivo llevado a efecto "conjuntamente", como dice el art. 28 CP, por los cuatro, razón por la que habrá que hablar de coautoría propia, con exclusión, en consecuencia, del régimen del art. 30 CP, lo que, en último término nos lleva a la desestimación de este motivo de recurso.

3.3.- Se esgrime como motivo de recurso "por infracción de Ley, con amparo en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación a la inaplicación del artículo 14.3 del Código Penal y, error de prohibición, en el ejercicio de Derechos y Libertades Fundamentales consagrados en la Constitución, artículos 16 y 20 de dicho Cuerpo legal fundamental" .

En la medida que este motivo de recurso se articula sobre la base de una alegada quiebra de derechos fundamentales, como el relativo al ejercicio de las libertades de expresión o ideológica, cuestiones sobre las que hemos tratado más arriba, a lo entonces dicho nos remitimos, y aquí nos limitaremos a hacer las consideraciones oportunas por las que tales derechos no pueden servir de cobertura a ese error que se esgrime.

Partimos de que esos derechos fundamentales que se invocan en el motivo de recurso, no son derechos ilimitados, y también del reproche que, en el sentir generalizado de una sociedad democrática, generan conductas como las que se enjuician en la presente causa, del que los medios de comunicación se suelen hacer eco, lo que, en el peor de los casos, debería haber puesto sobre aviso a los acusados de la muy alta probabilidad de que no estaban siendo respetuosos con la norma, de manera que si resulta que el material con que comercian es representativo y evocador de un discurso que, incluso, ha sido objeto de persecución internacional, y sucede que, como recordábamos que se dice en los hechos probados, en relación con ese material, que "se trata de materiales que tienen el mismo trasfondo común referidas a la supremacía de la raza blanca y consiguiente discriminación de personas que no pertenecen a dicha raza con la finalidad de extender el odio y la violencia como consecuencia de la homofobia, xenofobia y antisemitismo, provocando y propagando dichos sentimientos a los adquirentes de los mismos", no solo no cabe, en modo alguno, asumir el error que se invoca en el recurso, sino que, desde el momento que se da por probada tal finalidad, solo se puede concluir que eran conscientes de que su actividad no estaba permitida por la ley.

Decir, por lo demás, que la duda es incompatible con el error de prohibición, y que resulta altamente difícil su apreciación cuando se trata de conductas cuya ilicitud es notoria, precisamente, por su notoriedad, como sucede con las que se enjuician en esta causa, y ello porque, constituyendo el reverso de la conciencia de antijuridicidad, es preciso que su autor ignore que su conducta es contraria de derecho, lo que no sucede cuando se habla de error. En último término, la prueba del error corresponde a quien lo invoca y no solo nada ha probado al respecto la defensa, sino que del relato que encontramos en los hechos probados no solo no cabe deducirlo, sino que, repetimos, nos lleva a la conclusión contraria.

Se rechaza, por tanto, el motivo de recurso.

3.4.- Motivo: "Por infracción de Ley, con amparo en el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Error en la valoración de la prueba, en relación con la inaplicación del citado artículo 14.3 del Código Penal, en base a la prueba documental obrante en los folios 1679 a 1803 de las actuaciones" .

En realidad, el breve espacio dedicado al desarrollo del motivo es una remisión al motivo anterior, por lo que nos remitimos a lo que se acaba de decir al tratar el mismo.

Añadir que, en todo caso, ni se especifica qué concreto documento de entre esos 127 que señala es el que evidenciaría ese error, ni se concreta de manera precisa en qué consiste el error, mientras que, por otra parte, tal como se plantea nos llevaría a entrar en un proceso valorativo de toda la prueba practicada, que no nos corresponde.

El motivo, por tanto, ha de ser rechazado.

3.5.- Con carácter subsidiario a todos los anteriores motivos, se articula uno último, "Por vulneración de precepto constitucional al amparo de lo dispuesto en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación al artículo 5.4 de la L.O.P.J., al haberse vulnerado el Derecho Fundamental a un proceso público sin dilaciones indebidas del artículo 24.2 de la Constitución y, no obstante ello, no haberse apreciado por el Tribunal sentenciador dicha atenuante como muy cualificada, aplicándolo solo de forma simple".

En resumen, se interesa en este motivo de recurso que la atenuante de dilaciones indebidas, que fue apreciada como simple en la instancia, se estime, ahora, como muy cualificada, coincidiendo con igual pretensión formulada en el anterior recurso, a la que hemos dado respuesta en el apdo. 2.2 del fundamento jurídico precedente.

Como en dicho apartado argumentábamos, si atendemos a la dicción del propio art. 21.6, una dilación extraordinaria e indebida solo permite apreciar la circunstancia como simple; pero es que, además, en el caso que nos ocupa, no debemos olvidarnos de la complejidad de la presente causa, con una investigación sobre una importante cantidad de hechos, con diligencias que eran necesarias y de las que no se debía prescindir, y también con un importante número de acusados (hasta 10). Todo ello ha sido valorado, con acierto, en la sentencia recurrida, que solo ha estimado como tiempo de paralización injustificado un periodo de tres años, que, aun cuando se considere extraordinario, respetando la literalidad del precepto mencionado, solo lleva a la atenuación simple.

CUARTO

Procede condenar a los recurrentes al pago de las respectivas costas (art. 901 LECrim), a la vista de la desestimación de sus recursos.

En atención a lo expuesto

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

DESESTIMAR los recursos de casación interpuestos por la representación procesal de Alejo y Amadeo, y de Abel y Miguel Ángel contra la Sentencia dictada con fecha 8 de noviembre de 2018 por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona en su P.A. 3/2018, que se confirma íntegramente, con imposición de las respectivas costas causadas en sus recursos.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Andrés Martínez Arrieta D. Antonio del Moral García

D^a. Carmen Lamela Díaz D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Ángel Luis Hurtado Adrián.