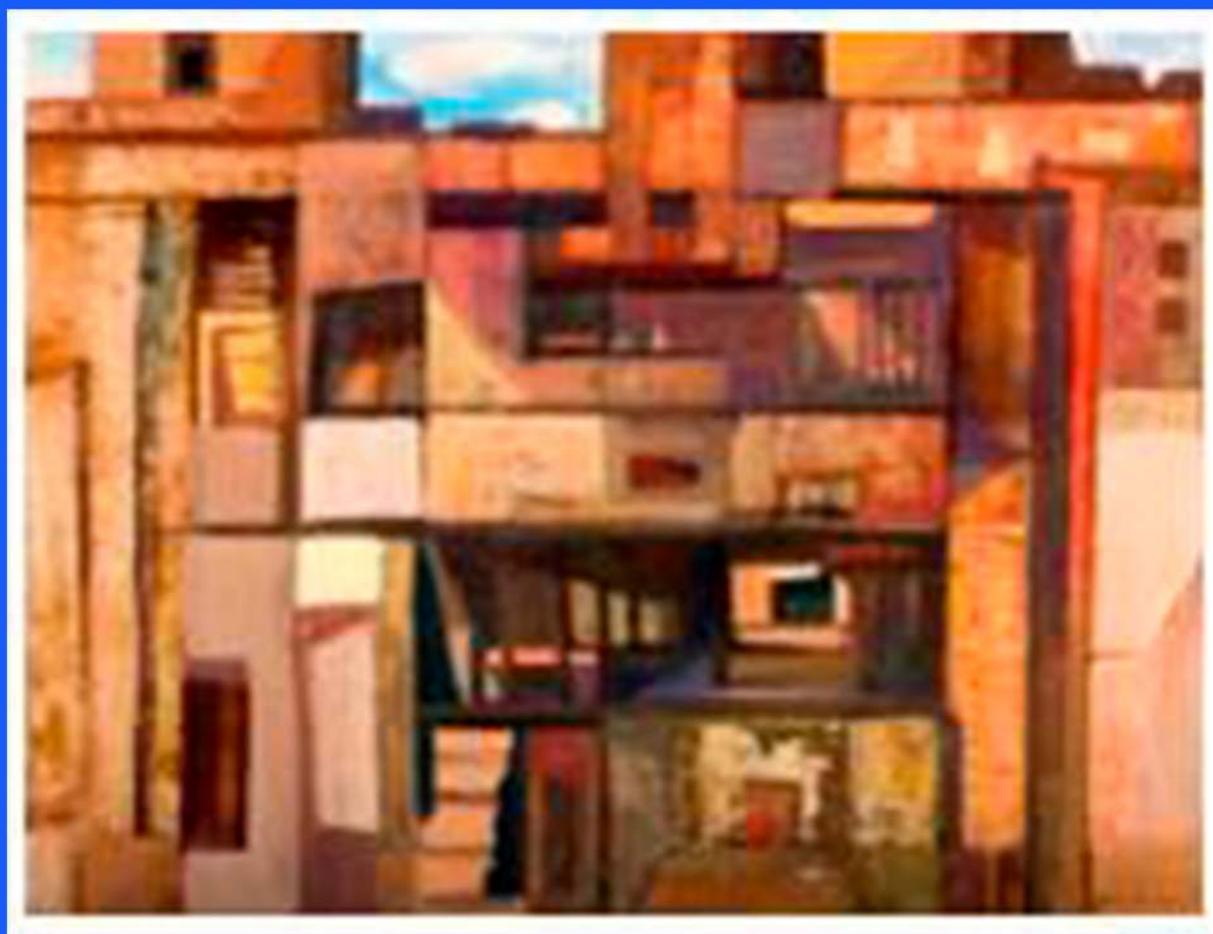




MONOGRÁFICO

DEBATES SOBRE EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL Y PENITENCIARIO



ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL "DR. ARTURO ZELEDÓN CASTRILLO"
CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA

EL SALVADOR, CENTROAMÉRICA



CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA

MONOGRÁFICO
DEBATES SOBRE EL SISTEMA
DE JUSTICIA PENAL Y
PENITENCIARIO

Escuela de Capacitación Judicial
"Dr. Arturo Zeledón Castrillo"
San Salvador, El Salvador

345.057284

d286 Debates sobre el sistema de justicia penal y penitenciario/ Alberto Binder, Alberto Manuel, Poletti Adorno, Alma Mirella Vega Guzmán, Carlos Ernesto Sánchez Escobar.-1ª. ed.-- San Salvador, El Salv.: Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial "Dr. Arturo Zeledón Castrillo", 2016.
452 p.: 24 x 17 cm.

ISBN 978-99961-902-8-5

1.Administración de Justicia Penal-El Salvador. 2. Prisioneros. 3. Derecho Penal- El Salvador. I. Binder, Alberto, coaut. II. Título

Portada

Raúl Elas Reyes

Apartamentos

1979

43 x 54.05 cm

Óleo sobre tela

Colección Nacional de Artes Visuales

La Colección Nacional de Artes Visuales (CNAV) es el acervo de artes visuales declarado patrimonio nacional, en régimen de propiedad estatal, conformada y administrada por la Dirección Nacional de Artes de la Secretaría de Cultura de la Presidencia, para el beneficio público en el ejercicio del derecho a la cultura. La CNAV es un bien cultural mueble que representa valores artísticos, históricos, arqueológicos, antropológicos, técnicos y científicos nacionales y universales. Está formada en la actualidad por 201 obras, cuya función comunicativa artística y cultural es su principal objetivo. Aparece por primera vez declarada como Colección Nacional de Pintura en el Diario Oficial del año 2003, al mismo tiempo que era declarada patrimonio nacional. En 2013 el Diario Oficial publicó el cambio de nombre a Colección Nacional de Artes Visuales.

Elaboración y coordinación de la publicación.

Licda. Dinorah Paola Salazar Molina (Coordinadora).

Lic. Francisco Guillermo Zura Peraza (Profesional Especializado)

Área Penal y Penitenciario, Escuela de Capacitación Judicial, Consejo Nacional de la Judicatura.

Diseño de Portada

Ana Leticia Cárcamo Martínez, Escuela de Capacitación Judicial.

Diseño y diagramación

Federico Vargas Chávez

CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA

Final Calle Los Abetos No. 8, Colonia San Francisco, San Salvador, El Salvador.

Tels. (503) 2250-0538, 2523-3000

www.cnj.gob.sv

Los puntos de vista y opiniones vertidas en el material publicado, son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan la posición de las autoridades del Consejo Nacional de la Judicatura.

Pleno del Consejo Nacional de la Judicatura

Presidenta

Licda. María Antonieta Josa de Parada

Consejales Propietarios

Lic. Alcides Salvador Funes Teos

Licda. Doris Deysi Castillo de Escobar

Licda. María Petrona Chávez Soto

Lic. Santos Cecilio Treminio Salmerón

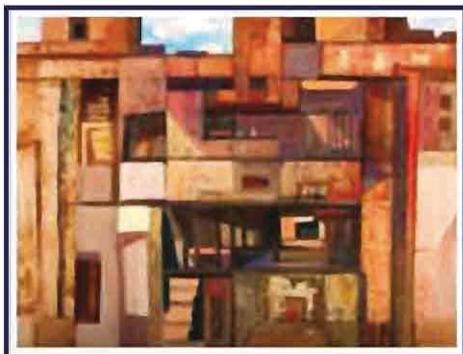
Licda. Gloria Elizabeth Álvarez Álvarez

Lic. Carlos Wilfredo García Amaya

Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo”

Lic. José Hugo Granadino Mejía

Subdirector



NUESTRA PORTADA

RAÚL ELAS REYES

Egresado de la academia de Valero Lecha, beneficiario de la beca gubernamental a París, pintor serio y educado, Raúl Elías Reyes ensaya los lenguajes de las vanguardias europeas sobre los motivos de su nación.

Estudioso del pasado prehispánico y de la teoría del arte, trabajó el paisajismo reestructurándolo, según aprendía y experimentaba, con el geometrismo, el abstracto y el constructivismo, en un fuerte sistema lineal en que yuxtapone líneas y colores.

La casa desde donde Raúl Elías Reyes observaba su entorno, en los Planes de Renderos, le permitía contemplar extensiones naturales de bosques y, a sus pies, el caos citadino.

La temática de Apartamentos es urbana, pero no de grandes mansiones sino del hacinamiento que es característico de gran parte de las ciudades latinoamericanas en esa mezcla de la racionalidad moderna con sus materiales, y el desbordamiento poblacional que improvisa su propia manera de sobrevivir.

• ÍNDICE

Presentación	1	
Autores en esta publicación	3	
SECCIÓN I		
DESDE EL CONSEJO		7
Jueces y periodistas en búsqueda de la justicia (medios de comunicación, tratamiento de la información y sistema penal). Miguel González Pino	9	
Ciberdelitos: los delitos cometidos a través de nuevas tecnologías en la nueva ley especial contra los delitos informáticos y conexos. Javier Gustavo Fernández Teruelo	31	
Informe sobre problemas contemporáneos de la Jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena en El Salvador. Herbert Walter Aquino Silva	61	
SECCIÓN II		
ANÁLISIS DEL DERECHO PENAL		67
Conceptualización del Derecho Penal Económico. Delmer Edmundo Rodríguez Cruz	69	
Pasado y presente de los actos preparatorios punibles: Especial atención a la normatividad penal vigente y a la sociedad de riesgos. René Arnoldo Castellón	87	
Corrupción y Derecho Penal. Condicionantes internacionales y reformas del Código Penal. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre	109	
Los delitos de corrupción como Delitos contra la administración: el objeto de tutela penal frente a ellos. Norberto Javier de la Mata Barranco.	141	
Dolo, culpa y omisión en el lavado de dinero y activos: Un enfoque desde la Teoría del Delito y el Derecho Penal Económico. Carlos Ernesto Sánchez Escobar.	163	
Comentarios generales sobre la delincuencia informática y la Ley Especial contra la Delincuencia Informática y Delitos Conexos. Oswaldo Ernesto Feusier Ayala	213	
APPLE v. FBI/ FBI v. APPLE: Notas de urgencia sobre el papel de los jueces en la sociedad de la vigilancia. Javier Hernández García.	227	
Tensiones político-criminales en el Proceso Penal. Alberto Binder	235	

• ÍNDICE

Confesión del Imputado. Wilson Edgardo Sagastume Galán	253
El Ergástulo Justiciero (Alegoría empírica al testigo delator). Godofredo Salazar Torres	273
La regla de exclusión en el sistema estadounidense (Crónica de una muerte anunciada). Manuel Miranda Estrampes.	291
SECCIÓN III	
ANÁLISIS DEL DERECHO PENITENCIARIO	315
Breves notas sobre la Teoría de la Pena y su ejecución. José Antonio Vega Bravo	317
Principios inspiradores de la potestad disciplinaria penitenciaria desde la legalidad y la jurisprudencia española y su repercusión sobre el sistema penitenciario. Julio Fernández García	323
Mediación y ejecución penal: rompiendo paradigmas. Alberto Manuel Poletti Adorno	345
Régimen diferenciado de ejecución penal según el tipo delictivo en el Código Penal Español. Javier Nistal Burón.	355
Libertad condicional anticipada y restricciones a su concesión en el contexto jurídico salvadoreño actual. Alma Mirella Vega Guzmán	371
Las nuevas tecnologías en los centros Penitenciarios y sus implicaciones jurídicas. Florencio de Marcos Madruga	389
Jaque mate a la Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria Española. María Acale Sánchez	409
¿Cómo presentar artículos para las publicaciones de la Escuela de Capacitación Judicial?.....	441

• PRESENTACIÓN

Dos grandes ámbitos del Sistema de Justicia –Penal y Penitenciario– son los ejes fundamentales de esta obra. Con ella se pretende promover, en el seno de la realidad jurídica salvadoreña, acuciosos y productivos debates, sobre la abundante variedad de problemas generados en la praxis administradora de justicia. Toda esta labor académica, debería dedicar especial atención a los fenómenos y aspectos que siempre han sido referentes, principalmente aquellos que siguen siendo consustanciales, determinados o implicados en la industria delictiva y en su consecuente dinámica de punición. Así, es imperioso considerar problemas altamente complejos, multifacéticos y –muchas veces– confusos, por las conexiones que les caracterizan y por las diferencias opináticas y analíticas en torno a tales problemáticas, entre quienes dedican esfuerzos, talentos y recursos, tanto para estudiarlas, como para intentar resolverlas o al menos redefinirlas.

A iniciativa de la Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo” del Consejo Nacional de la Judicatura, se ha reunido en este monográfico, una serie de artículos que abordan la diversidad de aspectos delictivos, punitivos, procesales, de vigilancia penitenciaria y ejecución de las penas en el sistema de justicia. Los trabajos son destinados a la comunidad jurídica en general, con especial dedicación a quienes desempeñan los roles: fiscal, judicial, defensor, querellante y otros.

El acelerado desarrollo de las tecnologías informáticas y comunicacionales, no sólo ha permitido cómodas facilidades en las dinámicas sociales y económicas, también ha demandado penalizar algunas conductas, realizadas en los ambientes, los escenarios y las dinámicas de la virtualidad electrónica. Una tendencia normativa que también acarrea dificultades para: determinar niveles de participación, coleccionar pruebas, establecer cuotas de responsabilidad, delimitar competencias territoriales y perseguir a las personas implicadas. Es decir, una serie de circunstancias previas, concomitantes y posteriores a los procesos penales, que deben resolverse con éxito, para garantizar el acceso a la justicia penal.

Diferentes son las formas, las situaciones y los ámbitos en que se desarrolla –o podría estarse potenciando aún más– la ‘delincuencia electrónica’, es por ello que con destacado estilo magistral, este tipo de fenómenos quedan ilustrativamente planteados en las siguientes páginas. Los aportes son de los autores: Fernández Teruelo, con su artículo titulado Ciberdelincuencia... (Sección I); Feusier Ayala, a través del tema Delincuencia Informática... (Sección II), y de Marcos Madruga, mediante el planteamiento sobre Las Nuevas Tecnologías en los Centros Penitenciarios... Definitivamente una discusión que va ganando espacio y desafiando respuestas en todo el escenario global, en el que todavía es reciente la integración de la sociedad salvadoreña.

Otra tendencia, con vergonzosa actualidad y determinantes efectos en los últimos lustros, ha sido la histórica y arraigada costumbre delictiva de la corrupción en el ámbito gubernamental que, por su magnitud e impacto en la conciencia de las personas, va generando episodios y rumbos inesperados. Las mismas afirmaciones aplican para el lavado de activos y el crimen organizado en general. Es en función de estos fenómenos delictivos que, la ECJ del CNJ, ha incluido en la Sección II de esta publicación, cuatro artículos que, desde sus mismas denominaciones, abundan sobre los referidos tópicos: Corrupción y Derecho Penal..., de Gómez de la Torre; Los delitos de corrupción como delitos contra la administración..., por de la Mata Barranco; Conceptualización del Derecho Penal Económico, de la autoría de Rodríguez Cruz; y Dolo, culpa y omisión en el lavado de dinero y activos..., de la pluma de Sánchez Escobar.

Con los aportes referidos, se busca resaltar las repercusiones y la trascendencia de la actividad delictiva propia de la corrupción, algunas veces también vinculada a redes de crimen organizado. Debido a que ambos tipos de fenómenos, se desarrollan en escenarios locales e internacionales, bien pueden contrarrestarse con medidas de prevención, para enfrentar el lavado de dinero y el financiamiento al terrorismo.

También se ha incluido una variedad de temas de mucha relevancia en el proceso penal, cuyos contenidos son muy prácticos y de sobrada utilidad. Así, los tópicos van desde temas como: Actos preparatorios punibles..., ...el papel de los jueces en la sociedad de la vigilancia y la Confesión del imputado, hasta cuestiones penitenciarias, de total actualidad, como: la Teoría de la Pena y su ejecución, los Principios inspiradores de la potestad disciplinaria penitenciaria; todo ello sin desatender cuestiones finales del proceso penal, como la Libertad condicional anticipada y restricciones...esta temática, con potencial incidencia en el fenómeno del hacinamiento carcelario.

Así mismo, mediante esta publicación, se quiere extender los beneficios académicos del servicio de capacitación presencial, a través de la difusión de temas conectados con la realidad penitenciaria, su normativa y tendencias probables. Es decir, que en las siguientes páginas se ofrece, a la totalidad de profesionales del sector justicia, un catálogo temático que favorece la réplica futura de conocimientos y experiencias analíticas, en un área que –por diversas razones– ha presentado baja cobertura de formación continua, si es comparada con otras especialidades.

En cada uno de los trabajos aquí contenidos, se evidencia el abordaje de asuntos de actualidad judicial, procurando enfatizar detalles ventajosos, tales como: uso de lenguaje accesible a todo tipo de público, garantizar la reflexión teórica y suministrar guías de trabajo. Todo ello para propiciar un máximo aprovechamiento de estos materiales distribuidos entre la población destinataria del servicio capacitativo.

El Consejo Nacional de la Judicatura, hace expresiva su sincera gratitud a las instituciones y personas participantes en este esfuerzo editorial. Una responsabilidad de permanente realización y renovación, a cargo de la Escuela de Capacitación Judicial. Una entidad académica estatal, comprometida con el análisis crítico y propositivo, orientado al fortalecimiento de las capacidades institucionales y humanas, ahora demandadas de manera más imperiosa por la coyuntura de violencia y criminalidad por la que atraviesa la sociedad salvadoreña y que debe ser superada o al menos controlada por el Estado de El Salvador por medio de todo su sistema de justicia.

*Consejo Nacional de la Judicatura
San Salvador, noviembre de 2016.*

• AUTORES EN ESTA PUBLICACIÓN

Alberto Binder

Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Abogado. Profesor de Derecho Procesal Penal de Posgrado. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal y del Instituto iberoamericano de Derecho Procesal. Es asesor técnico de los procesos de reforma judicial en países como: Argentina, Chile, Bolivia, Ecuador, Venezuela, Honduras, El Salvador, Paraguay, Guatemala, República Dominicana y otros países de América Latina. Director de revista Sistemas Judiciales del Centro de Estudios Judiciales de las Américas. Asesor de organismos de cooperación internacional en temas de reformas judiciales y autor de diversos libros, así como numerosos artículos en diferentes revistas nacionales e internacionales.

Alberto Manuel Poletti Adorno

Doctor en Derecho por la Universidad de Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Francia. Abogado. Profesor de la Universidad Columbia del Paraguay. Investigador sobre Derecho Constitucional, ejecución penal, derechos de los emigrantes, entre otros. Autor de artículos doctrinales publicados en revistas y libros colectivos.

Alma Mirella Vega Guzmán

Maestra en Derecho Penal Constitucional y Licenciada en Ciencias Jurídicas por la Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”. Colaboradora judicial de la Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro de San Salvador.

Carlos Ernesto Sánchez Escobar

Máster en Administración de Justicia Penal por la Universidad Nacional de Costa Rica. Magistrado de la Cámara Primero de lo Penal de San Salvador. Profesor de la Maestría en Derecho Bancario y de los Mercados e Instituciones Financieras. Especialista en Derecho del Mercado Financiero y Derecho Penal Económico. Consultor y conferencista Internacional de USAID, SICA, PNUD, UNICEF, BCIE, BID, SICAD, INTERVIDA, PNUFID, CCAD, entre otras instituciones. Integrante del Consejo Consultivo Internacional de la revista electrónica de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica. Capacitador de la Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo”, de El Salvador.

Delmer Edmundo Rodríguez Cruz

Máster en Ciencias Jurídicas por la Universidad Autónoma de Barcelona y la Universidad “Dr. José Matías Delgado”. Abogado en el libre ejercicio. Catedrático en Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología en universidades privadas. Consultor de ACEID, PNUD, UTE, USAID, CASALCO, entre otras instituciones. Ha participado en la publicación de varios manuales de derecho penal y artículos científicos en un sin número de revistas. Capacitador de la Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo”, de El Salvador.

Florencio de Marcos Madruga

Licenciado en Derecho por la Universidad de Salamanca. Magistrado del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria Número Uno de Castilla y León, Valladolid. Profesor Asociado de la Universidad de Valladolid, Área de Derecho Penal.

• AUTORES EN ESTA PUBLICACIÓN

Godofredo Salazar Torres

Máster en Derecho Público por la Universidad Autónoma de Barcelona y la Universidad de El Salvador. Máster en Justicia Penal por la Universidad Tecnológica de El Salvador. Juez Especializado de Sentencia. Profesor en Derecho Procesal Penal en universidades privadas de prestigio. Autor de artículos vinculados al área penal y procesal penal publicados en diversas revistas jurídicas. Capacitador de la Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo”, de El Salvador.

Herbert Walter Aquino Silva

Profesor de Derecho Penitenciario y Criminología del área penal de la Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo”. Graduado de la Universidad de El Salvador y del profesorado en Filosofía de la Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”. Ha realizado estudios de especialización en Derecho Penal en la Universidad de Salamanca y de Criminología. Actualmente se desempeña como colaborador jurídico de la Gerencia Jurídica de la Corte Suprema de Justicia.

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

Doctor por la Universidad Complutense de Madrid. Becario de la Fundación Alexander von Humboldt en la Universidad de Colonia (Alemania). Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca. Fue miembro de la Comisión Redactora del Proyecto de Código penal español de 1992. Ha sido Profesor Invitado en diversas universidades latinoamericanas. Cooperador internacional en tareas de reforma penal en El Salvador y en Costa Rica, también ha sido Colaborador del ILANUD y de diversas organizaciones no gubernamentales en Chile, Perú y Costa Rica. Es autor de varias monografías y de decenas de artículos sobre diversas materias relacionadas con el Derecho Penal.

Javier Gustavo Fernández Teruelo

Doctor en Derecho por la Universidad de Oviedo. Catedrático acreditado de Derecho Penal en la Universidad de Oviedo. Investigador principal y asociado en varias investigaciones sobre derecho. Autor de artículos doctrinales publicados en revistas y libros colectivos. Formador Internacional de fiscales y jueces de distintos países, como Madrid, El Salvador, Bolivia, entre otros. Autor responsable de múltiples iniciativas en materia de innovación e innovación docente. Ha recibido varios premios en materia de investigación jurídica penal.

Javier Hernández García

Presidente de la Audiencia Provincial de Tarragona y de su Sección 4ª (Penal y de Violencia contra la mujer). Profesor de Derecho en universidades de prestigio en España. Ponente en cursos y actividades organizadas por el servicio de Formación Continua del Consejo General del Poder Judicial. Docente internacional en distintos países, como El Salvador, Honduras, República Dominicana, Guatemala, entre otros. Consultor nacional e internacional, ha trabajado con la Unión Europea, AECID, entre otros. Autor de un sinfín de artículos atinentes al Derecho Penal y Procesal Penal, publicados en diversas revistas. Ha sido condecorado con varios reconocimientos por su labor académica y jurisdiccional.

Javier Nistal Burón

Jurista del Cuerpo Superior de Instituciones Penitenciarias de España. Actualmente, es Subdirector General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria en la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias de España.

• AUTORES EN ESTA PUBLICACIÓN

José Antonio Vega Bravo

Licenciado en Derecho por la Universidad de Salamanca. Magistrado de la Audiencia Provincial de Salamanca. Profesor de la Universidad de Salamanca, España. Ha impartido cursos de capacitación a nivel nacional e internacional, dirigido a funcionarios judiciales y operadores del sistema.

Julio Fernández García

Doctor en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca en la especialidad de Derecho Penitenciario. Profesor asociado de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca. Profesional penitenciario y profesor en la Escuela de Estudios Penitenciarios (Madrid). Ha sido asesor del gabinete de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Ha coordinado reformas del sistema penitenciario en Albania. Ha coordinado la formación de profesionales penitenciarios de Irak en el programa Eujust Lex de la Unión Europea durante los años 2006-2011 y ha dirigido seminarios de formación a profesionales penitenciarios de Argentina, El Salvador, Nicaragua, Honduras, Chile y Guatemala financiados por la AECID. Autor de varios libros, artículos de revistas y colaboración en obras colectivas en el área penal y ejecución penitenciaria. Actualmente es miembro de la asistencia técnica internacional en el Programa de la Seguridad y Justicia en Guatemala de la Unión Europea (SEJUST), como experto del sistema penitenciario.

María Acale Sánchez

Profesora de Derecho Penal en la Universidad de Cádiz, España. Es Doctora en Derecho Penal por la Universidad de Cádiz. Realizó el primer Programa de Doctorado organizado por el Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología sobre “Derecho Penal y Criminología”, durante el bienio 91-93 y se doctoró en 1997 con el trabajo “Protección penal de suelos y lugares frente a las agresiones urbanísticas” por la que obtuvo la máxima calificación de apto cum laude por unanimidad.

Manuel Miranda Estrampes

Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona. Actualmente fiscal del Tribunal Constitucional de España. Profesor de Derecho Penal y Procesal de la Escuela Judicial de Barcelona. Autor de libros, así como de artículos doctrinales publicados tanto en España como en otros países. Consultor internacional en varios proyectos de cooperación internacional relacionados con la formación judicial y el proceso penal en México, El Salvador, República Dominicana, Bulgaria, Ucrania, Bosnia; entre otros.

Miguel González Pino

Abogado y periodista por la Universidad Católica de Chile. Posee estudios de post título para el Doctorado en Ética y Derecho de la Información, por la Universidad Complutense de Madrid, dictados en la Universidad Diego Portales de Santiago. Ex Director de Comunicaciones del Poder Judicial de Chile; Ex Fiscal del Consejo de Ética de los Medios de Comunicación; profesor de Derecho y Ética de la Información, y de Justicia y Medios de Comunicación Social. Ha sido relator en seminarios sobre Justicia y Comunicación, dirigidos a jueces, en países como México y El Salvador. Ha publicado un sin fin de artículos en cuanto al tema de acceso a la información judicial y su relación con los medios de comunicación.

• AUTORES EN ESTA PUBLICACIÓN

Norberto Javier de la Mata Barranco

Doctor en Derecho por la Universidad del País Vasco. Catedrático de Derecho Penal de la Universidad del País Vasco (Bilbao). Profesor invitado en las universidades de Freiburg, Frankfurt y München (Alemania), Firenze y Roma (Italia), Paris (Francia), New York, Berkeley e Internacional de Florida (E.E.U.U.), Mar de Plata y Buenos Aires (Argentina), UCA (El Salvador), entre otras. Director y colaborador en numerosos proyectos de investigación del Ministerio español de Ciencia y Tecnología, el Ministerio español de Educación y Ciencia, las Consejerías de Industria y Educación del Gobierno Vasco y la Universidad del País Vasco en materia de delincuencia económica, delincuencia organizada, delitos contra la administración pública, tutela penal del ambiente, delincuencia y nuevas tecnologías y criminalidad informática. Evaluador externo como experto de la ANECA y de la ANEP. Consultor internacional de la AECID y de la USAID. Coordinador de numerosos seminarios y jornadas y conferenciante en más de ciento cuarenta ocasiones. Autor de dieciséis libros y cerca de cien artículos científicos especializados en Derecho Penal.

Oswaldo Ernesto Feusier Ayala

Maestro en Derecho Penal Constitucional y Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”. Profesor de Derecho Penal de la Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”.

René Arnoldo Castellón Mejía

Máster en Derecho Penal Constitucional por la Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”, (UCA), Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad de El Salvador, abogado y notario, especializado en Derecho Penal y Derecho Penitenciario por la Universidad de Salamanca, España. Ex Becario del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, de Costa Rica y Ex Consultor Nacional del PNUD, Proyecto LS-06. Actualmente capacitador del área penal de la Escuela de Capacitación Judicial, del Consejo Nacional de la Judicatura y Profesor de Derecho Penal de la Universidad “Dr. José Matías Delgado”, dedicado al libre ejercicio de la profesión.

Wilson Edgardo Sagastume Galán

Máster en Administración de Justicia. Enfoque socio jurídico. Énfasis Penal, por la Universidad Nacional (UNA) de Costa Rica. Diplomado en diferentes cursos de post grado de especialización penal, procesal penal y formación pedagógica. Graduado de la Universidad de El Salvador y catedrático de esa misma y de varias universidades privadas, en procesos formativos de post grado en materias penal y procesal penal. Capacitador de la Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo” del Consejo Nacional de la Judicatura desde el año 2000. Autor de distintos materiales doctrinarios para revistas especializadas en Derecho Penal y Procesal Penal. Magistrado de la Cámara de la Tercera Sección de Occidente con sede en Ahuachapán.

«—————»
SECCIÓN I

DESDE EL CONSEJO

«—————»

● JUECES Y PERIODISTAS EN BÚSQUEDA DE LA JUSTICIA (MEDIOS DE COMUNICACIÓN, TRATAMIENTO DE LA INFORMACIÓN Y SISTEMA PENAL)

Miguel González Pino

Sumario

1. Introducción. 2. Transparencia informativa y labor judicial. 3. Niveles de comunicación. 4. Tribunales y prensa: hacia una nueva relación. 4.1. Leyes de desacato. 4.2. Censura previa judicial. 4.3. Protección al honor. 4.4. Protección a la vida privada. 4.4.1. Cámara oculta y privacidad. 4.5. Inexactitud informativa. 4.6. Adecuación de los “tiempos de trabajo”. 4.7. Juicios paralelos y juicios mediáticos. 4.7.1. Los juicios paralelos. 4.7.2. Los juicios mediáticos. 4.8. Transparencia en el nuevo proceso penal. 4.8.1. Recomendaciones éticas para los medios de comunicación. 4.8.2. Audiencias “en vivo” y debido proceso. 4.9. La cultura del silencio. 4.10. Diferencias de Lenguaje. 4.11. Diferencias éticas. 4.12. Capacitación de Jueces y periodistas. 4.13. Políticas de comunicación judiciales. 4.14. Falta de diálogo institucional. 5. Epílogo: declaración de intenciones.

1. Introducción

Hace siete años tuve el honor de dictar la clase inaugural del Diplomado Internacional de Periodismo Judicial, organizado por el la Universidad de Panamá y el Órgano Judicial de dicho país. La ponencia la titulé “Prensa y Tribunales: ¿quién juzga a quién?”

En esta oportunidad, quiero hacer una actualización de algunos de los temas tratados en esa ponencia, enriquecidos con el diálogo a partir del curso “Los medios de comunicación, el tratamiento de la información y el sistema penal” dictado recientemente en San Miguel, República de El Salvador¹ y los desafíos emergentes en esta relación entre aquella rama, poder, función o institución o instituciones que en conjunto tienen la misión de administrar justicia, y “esa bestia imprevisible que son los medios de comunicación”, como señaló alguna vez el profesor Gary Hengstler.²

2. Transparencia informativa y labor judicial

Señalaba en la clase en referencia que sólo en los últimos años se ha puesto de relieve que el derecho a buscar o recibir información tiene como contrapartida necesaria la obligación de facilitar el acceso y más aún, de proporcionar la información, que fue denominada “transparencia informativa”, lo que se tradujo en una actividad generalizada en las naciones democráticas de América para promulgar leyes de acceso a la información.

.....
¹ Corresponde a un módulo del Programa de Especialización Continua para Jueces de Paz en materia Penal (PEC), de la Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo”, Consejo Nacional de la Judicatura 2015.

² GARY HENGSTLER, profesor del Centro Nacional de Tribunales y Medios de Comunicación de la Escuela Judicial Nacional de Estados Unidos, en “*Justicia y Libertad de Prensa*”. Ensayos de la Cumbre Hemisférica, Colección Chapultepec, Sociedad Interamericana de Prensa 2002, Miami USA. Texto completo del libro en <http://www.sipiapa.org/portfolio/justicia-y-libertad-de-prensa/>

Hoy agrego que solo en el 2005 se introdujo el derecho de acceso a la información pública en la Constitución Chilena, y que la ley de acceso a la información, N° 20.285 es del año 2008.³ En El Salvador, la Ley de Acceso a la Información Pública es de 2011.⁴

Para los poderes judiciales de América Latina (y probablemente para muchos otros), hasta hace muy poco tiempo no era evidente que la labor judicial debía ser pública, y mucho menos que debiera estar expuesta al escrutinio de los medios de comunicación. De ahí que plantear la existencia de una “política de comunicaciones” para el Poder Judicial resultaba poco menos que un desperdicio o una pretensión ajena a sus labores.

¿Cuánto ha cambiado esta situación en la percepción de los jueces hoy?

El documento de sustentación sobre “Gobierno de la Justicia y Medios de Comunicación Social”, aprobado en la Octava Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia celebrada en San Salvador dice que:

“La certeza de impartir justicia y la apariencia reflejada a la sociedad en general, de que ésta se realiza dentro del marco legal, en forma pronta, imparcial y expedita, privilegian la supremacía del orden jurídico y la certeza de que mediante las sentencias así dictadas se fortalece el Estado republicano y democrático.”⁵

La percepción social de que la justicia es un bien común, cuyo acceso es posible para todos los ciudadanos, sin distinciones de ninguna clase y sin obstáculos, no sólo debe preocupar a las instancias administrativas o legislativas, sino también a los órganos que son llamados a ejercer la jurisdicción.”⁶

Lo anterior significa reconocer que el acceso a la información judicial no es un “mal necesario”, producto de una moda comunicacional, al que hay que hacer frente procurando sufrir el menos daño posible, sino un componente esencial de la función judicial en una sociedad democrática.

3. Niveles de comunicación

Pero el acceso a esta información puede darse en distintos aspectos, con distintos contenidos y destinatarios. Traducido al lenguaje comunicacional, existen distintos niveles de comunicación, cada uno con sus características particulares: comunicación interpersonal, grupal, social, cultural, etc.

Esto significa que no basta, para satisfacer esta necesidad de acceso, con poner a disposición del público datos o documentos, sin considerar que la comunicación es una función compleja, y que las acciones comunicacionales tienen múltiples repercusiones.

³ <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=276363>

⁴ http://www.redipd.org/legislacion/common/legislacion/elsalvador/Decreto_N534.pdf

⁵ GONZÁLEZ ALCÁNTARA, Juan Luis, “Transparencia y Acceso a la Información Judicial”, en “Reforma Judicial, Revista Mexicana de Justicia”, julio-diciembre 2003.

⁶ OROZCO FLORES, Jorge, magistrado del Supremo Tribunal de Justicia de Michoacán, México. “Tribunales y Medios de Comunicación”, en “Justicia y Libertad de Prensa”, ver cita 1.

Especialmente es necesario considerar como actores relevantes de este sistema a los medios de comunicación social.

Respecto de este tema, la declaración antes citada advierte que:

“Buena parte de los ingentes esfuerzos que los jueces despliegan en la aplicación del Derecho y la búsqueda de la justicia al conocer y resolver los casos concretos, se desvanecen en la vorágine de una opinión pública que, carente de una correcta orientación, desvirtúa la labor de las instancias judiciales.

Cierto, vivimos en una sociedad de la información que ofrece una oportunidad extraordinaria pero también un desafío mayor ante el que se debe reaccionar activamente. En la perspectiva de los tribunales, dicha reacción debe darse en el reposicionamiento de la actividad judicial y su adecuada valoración en el seno de las sociedades a las que sirve. Para ello es imprescindible un ejercicio conjunto entre los órganos judiciales y la opinión pública”, cuya expresión “institucionalizada” corresponde a los medios de comunicación social.

Bajo esta perspectiva, la relación entre los tribunales y la opinión pública “institucionalizada” es necesaria, e incluso, imprescindible. La adecuada difusión de las actividades emprendidas por la Judicatura, así como la información oportuna y certera de la naturaleza, alcance, dimensión y efectos de las resoluciones emanadas por los organismos judiciales es un mecanismo sin el cual no se puede consolidar el Estado democrático de Derecho”.

*“Lo anteriormente esbozado nos conduce a una impostergable reestructuración del encuentro entre Poder Judicial y opinión pública. Si bien los desencuentros no han sido escasos ni de pequeña magnitud, el inicio de un nuevo tiempo se presta para impulsar una nueva relación”.*⁷

Concluye este análisis diciendo:

*“Prensa y sistema judicial se necesitan mutuamente. La libertad de prensa la garantizan los jueces en cada caso concreto en la que se plantea su violación. La credibilidad del sistema judicial, depende en gran medida de la prensa, quienes al informar sus decisiones y, cuando corresponde, hacerlas respetables, conducen al cumplimiento de ellas por parte de la ciudadanía.”*⁸

No sólo los tribunales perciben como conflictiva la relación entre prensa y justicia. El Arzobispo de Santiago de Chile, en septiembre del 2004, durante la ceremonia religiosa ecuménica que se celebra cada año con motivo de las Fiestas Patrias, señaló que:

“El conocimiento de eventuales delitos, las filtraciones –verdaderas o ficticias– de las investigaciones serias que hacen los Tribunales de Justicia, y el trabajo inquisitivo y apresurado de varios medios de comunicación nos han sorprendido con polifacéticos escándalos: verdaderos, aparentes o del todo inexistentes.

7 OROZCO FLORES, Jorge, Op. Cit.

8 Discurso del Dr. Eduardo Bertoni, Relator de la OEA para la Libertad de Expresión, 9 de junio de 2003.

De hecho, de tiempo en tiempo algunos medios de comunicación no nos transmiten adecuadamente la realidad de ese Chile que respetan y admiran los pueblos hermanos.”⁹

4. Tribunales y prensa: hacia una nueva relación

La nueva relación que se debe construir entre los medios de comunicación social y los tribunales de justicia no está exenta de desafíos y dificultades, teniendo presente que el encuentro –o desencuentro– entre los medios y los tribunales, se produce en dos niveles o momentos diferentes, como se indicó en la introducción: los jueces como fuentes o sujetos informativos frente a los periodistas, y los periodistas como justiciables frente a los jueces.

En otras palabras, el juez puede ser fuente noticiosa del periodista, o aparecer como su juzgador, figurando el periodista como sujeto juzgado, o como víctima que solicita la protección de sus derechos. En esta segunda relación, el juez puede ser visto como un perseguidor, o como protector de la libertad de expresión, según las resoluciones que adopte.

Los temas que normalmente provocan conflicto entre jueces y periodistas son de distinta naturaleza: jurídicos, culturales, éticos, comunicacionales o simplemente prácticos. Trataremos de enunciar algunos de estos temas, ilustrados con ejemplos tomados principalmente de la realidad chilena.

4.1. Leyes de desacato

La existencia y aplicación en muchos países de las llamadas “leyes de desacato”, que sancionan en forma más drástica los atentados contra la honra de las personas públicas (incluidos los jueces) que respecto de las personas privadas, legislación que los tribunales están llamados a aplicar y que genera reacciones corporativas en los medios de comunicación y los periodistas.¹⁰

El caso de Chile ilustra cómo se ha desarrollado este tema en los últimos años en América Latina. A requerimiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se suprimió de la legislación chilena el delito de ofensa a las autoridades, dentro de aquellos considerados como atentados contra la Seguridad Interior del Estado. Sin embargo, subsistieron casos de responsabilidad agravada por injurias en el Código Penal y en el de Justicia Militar.

En agosto de 2005, se eliminó el delito de injuria agravada al Presidente de la República, legisladores y jueces, contenido en el Código Penal, sancionando sólo la amenaza (seria y verosímil) de causar un mal que constituya delito.

Sin embargo, se dejó subsistente un casos de responsabilidad agravada por injurias: el artículo 284 del Código de Justicia Militar que sanciona las injurias “a las Fuerzas Armadas, sus unidades, reparticiones, armas, clases o cuerpos determinados, o a uno de sus integrantes con conocimiento de su calidad de miembro de esas instituciones”, y se derogó el artículo 417 que sanciona las injurias “a Carabineros, a uno de sus integrantes con conocimiento de su calidad de miembro de esa Institución, unidades o reparticiones”, sancionando sólo las amenazas.

.....
⁹ Informe 2004. *Asociación Iberoamericana de Derecho de la Información y de la Comunicación*. AIDIC y Fundación Konrad Adenauer. Lima, Perú, 2005. p. 115.

¹⁰ Un completo panorama sobre las leyes de desacato en América se puede encontrar en el informe anual del año 2004 de la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en www.cidh.oas.org/relatoria.

El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Palamara contra Chile”, de noviembre de 2005, se refiere en parte a la sanción que se le aplicó a un ex marino chileno por el delito de desacato.

En dicha sentencia se considera que el control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual se debe tener una mayor tolerancia y apertura a la crítica frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas por las personas en ejercicio de dicho control democrático. Ello se aplica a los funcionarios y miembros de la Armada, incluyendo aquellos que integran los tribunales.

Junto con valorar la reforma señalada más arriba, insiste en que, con respecto al ordenamiento interno que continúa regulando dicho delito, *“el Estado debe adoptar, en un plazo razonable, todas las medidas necesarias para derogar y modificar cualesquiera normas internas que sean incompatibles con los estándares internacionales en materia de libertad de pensamiento y de expresión, de manera tal que se permita que las personas puedan ejercer el control democrático de todas las instituciones estatales y de sus funcionarios, a través de la libre expresión de sus ideas y opiniones sobre las gestiones que ellas realicen, sin temor a su represión posterior.”*

Esta sentencia es aplicable a todos los estados signatarios del Pacto de San José de Costa Rica, y se verá con más detalle en el número siguiente.

También Argentina fue denunciada por la aplicación del delito de desacato. En el caso “Horacio Verbitsky contra Argentina”. El señor Verbitsky, de profesión periodista, reclamó porque fue condenado por el delito de desacato, al supuestamente injuriar al señor Augusto César Belluscio, Ministro de la Corte Suprema. Se acordó una solución amistosa con la República Argentina, por la cual el gobierno se comprometió a impulsar la derogación del delito de desacato.¹¹

4.2. Censura previa judicial

Desde el punto de vista comunicacional, es censura previa cualquier medida que interrumpa el proceso de comunicación antes de que el mensaje llegue al receptor.

Así entonces, la censura previa puede afectar:

- A la fuente (prohibición de informar)
- Al periodista (prohibición de acceso a la información)
- Al medio (prohibición de funcionamiento)
- Al mensaje (eliminación o alteración substancial de su contenido)
- Al soporte (prohibición de circular o de emitir)
- Al receptor (prohibición de acceder al mensaje)

¹¹ En los Informes Anuales de la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos puede encontrarse un seguimiento de éste y otros temas relacionados con las limitaciones a la libertad de expresión en América. Por ejemplo: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/2014_04_22_IA_2013_ESP_FINAL_WEB.pdf

Aparte de las prohibiciones, que son impedimentos jurídicos, hay que tomar en cuenta que también puede haber impedimentos físicos, coacciones, amenazas u otras formas de censura no establecidas por normas explícitas.

Este tema hace referencia a la censura previa ejercida por los tribunales en forma indirecta, a través de medidas cautelares, que impiden en forma preventiva la difusión de informaciones, comentarios e incluso libros mientras se analizan posibles atentados a la honra o vida privada de las personas.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha incluido expresamente entre las autoridades que pueden ser consideradas como censores a los tribunales de justicia, a raíz justamente de un caso en que se alegó que no se había violado la prohibición de censura previa, puesto que ésta era una actividad prohibida a los funcionarios administrativos, y no se refería a las actuaciones de los tribunales.

Un ejemplo de la relevancia que puede tener el análisis anterior lo constituye el caso “Martorell contra Chile”.

En 1993, la Comisión recibió la denuncia en contra del Estado de Chile, por una decisión de los tribunales que prohibía la circulación en Chile del libro “Impunidad Diplomática”, editado en Argentina y escrito por el periodista chileno Francisco Martorell, por considerar que sus referencias a la estadía en Chile del embajador argentino Óscar Espinoza Melo y las referencias a diversas personas del ambiente político y empresarial dañaban gravemente su honra.

El Gobierno de Chile sostuvo que en caso de conflicto entre la honra y la dignidad y la libertad de expresión debían prevalecer las primeras.

En su informe de mayo de 1996, la Comisión consideró que se había violado el derecho a la libertad de expresión y recomendó a Chile levantar la censura previa impuesta y se permita la libre circulación del libro indicado.

Uno de los argumentos para defender la prohibición considera que no se trató de una censura previa, puesto que el libro ya había circulado libremente en Argentina, y la limitación ya no era “previa”.

Sin embargo, de acuerdo a lo señalado precedentemente, se trata de una prohibición que afecta al soporte y al receptor, y por tanto debe ser considerado como un caso de censura previa.

Y este es precisamente el punto donde la discusión se mantiene y las medidas de censura previa por los tribunales se continúan aplicando no sólo en Chile sino en otros países de América.

La Corte reiteró su interpretación del artículo 13 en el caso *Olmedo*, en contra de Chile. Este caso implica la censura judicial impuesta a la exhibición cinematográfica de la película *La Última Tentación de Cristo*. El fallo se extiende en explicar las dos dimensiones de la libertad de expresión: individual y colectiva.

Señala que la expresión y la difusión son indivisibles, de manera que al no poder difundir un mensaje se atenta contra la libre expresión:

“Sobre la primera dimensión del derecho consagrado en el artículo mencionado, la individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente.

66. Con respecto a la segunda dimensión del derecho consagrado en el artículo 13 de la Convención, la social, es menester señalar que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.

67. La Corte considera que ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en los términos previstos por el artículo 13 de la Convención.”

Los tribunales de los Estados Unidos han aplicado en forma reiterada la medida de restricción previa (*prior restraint*) a la difusión de libros o noticias.

La jurisprudencia más conocida en la materia se refiere a los “papeles del Pentágono” (*United States vs New York Times*). En ella no se establece de manera categórica que la censura previa está prohibida, sino más bien que existe una presunción de que la censura previa es inconstitucional, la cual sólo puede ser contrarrestada si el interesado en imponerla (en este caso el gobierno) ofrece una prueba contundente de la necesidad de hacerlo. Es decir, si bien en el caso concreto rechazó la petición de censura, no lo hizo porque categóricamente considerara la censura como prohibida, sino porque las argumentaciones del gobierno no eran suficientes.

En definitiva, los tribunales de justicia han aplicado medidas que pueden ser consideradas “censura previa”, a través de varias vías:

- Como medida cautelar, conociendo de un recurso de amparo o protección de garantías constitucionales, para impedir que se siga difundiendo una información que pudiera ser perjudicial para los derechos constitucionales de un tercero.

- Como medida cautelar, en un juicio penal, para impedir que se cometa o se siga cometiendo un delito, normalmente injuria, calumnia o desacato.

- En una sentencia definitiva en que se establezca la violación de un derecho constitucional o la comisión de un delito.¹²

12 Más detalles pueden verse en : “Prohibición de censura previa en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en el siguiente enlace: <http://www.ubp.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/2007-3-Gonzalez.pdf>

4.3. Protección al honor

La relación entre el derecho al honor de las personas y el derecho a la información es en general el que plantea situaciones más conflictivas entre jueces y prensa. Su adecuación no es solamente un problema de magistrados y comunicadores, sino que requiere un diálogo ciudadano que permita delimitar ambos derechos conforme a los requerimientos culturales y cívicos propios de cada comunidad, y los derechos universales consagrados por la legislación internacional.

Resulta indispensable una adecuación de la legislación de cada país a los tratados y a la jurisprudencia interamericana y europea sobre estas materias, junto con uniformar y en lo posible despenalizar los atentados contra el honor.

En Chile, el denominado “caso Spiniak”, sobre abusos sexuales contra menores, y que motivó un amplio debate sobre el uso de cámaras ocultas, trajo consigo nuevos hechos que motivaron cuestionamientos jurídicos y éticos relativos al derecho a la información y su ejercicio.

La detención del acusado Spiniak en el interior de su domicilio fue filmada por una cámara oculta que portaba uno de los policías, y luego exhibida a través de la televisión. La declaración de una víctima anónima, en noviembre del año 2003, ante las cámaras de Canal 13 de la Universidad Católica, involucró en los actos de abuso sexual a un senador, dirigente de un partido de derecha. A partir de esa declaración, los medios identificaron al senador y a la víctima, y dieron por establecido el delito, lo que no hizo el tribunal, que continuó investigando.

Casi diez meses después, y luego de sucesivas declaraciones contradictorias, la supuesta víctima declaró a otro medio de comunicación que todo lo dicho era falso, y que había sido inducida a mentir por otras personas, entre ellas un sacerdote.

A partir de estos el senador involucrado presentó una demanda de indemnización de perjuicios en contra de Canal 13. La respuesta a esa demanda señala, entre otros argumentos, que “no compete a un medio de comunicación social asegurarse que los hechos que se difundan sean verdaderos”, lo que provocó una gran polémica en relación con la responsabilidad jurídica y ética de los medios.

La polémica consiste básicamente en que, si bien todos reconocen que la prensa no está obligada a dar a conocer sólo hechos comprobados en forma judicial (“verdades jurídicas”), algunos como el profesor Carlos Peña sostienen que en caso de que la información sea falsa el daño que esto genera debe ser asumido como un costo de la libertad de expresión, salvo que haya habido malicia o dolo, otros como el profesor Abraham Santibáñez recalcan el compromiso ético de los periodistas con la búsqueda de la verdad.

El diario “La Segunda” editorializa que “Una mirada atenta a lo ocurrido en torno al caso Spiniak lleva a la conclusión de que aquellos errores y abusos no corresponden a una fatalidad propia del periodismo sino sólo a falta de rigor profesional, esto es, a un mal ejercicio de la labor informativa”.

En definitiva, como lo dijimos al principio de este tema, más allá de lo que puedan opinar los tribunales y los periodistas frente a casos aislados, el tema debe ser materia de un análisis más profundo en el ámbito legislativo.

4.4. Protección a la vida privada

Algo similar a lo expresado sobre el derecho al honor, y a veces superpuesto con éste, ocurre respecto de la relación entre el derecho a la vida privada y el derecho a la información, especialmente respecto de informaciones sobre procesos que afectan o incluyen situaciones relacionadas con la vida privada de las personas, o que se han obtenido mediante la intromisión ilegítima en dicha privacidad.

El ya mencionado “caso Spiniak”, sobre abusos sexuales contra menores, ha dado origen a diversos juicios relacionados con la vida privada y la información. La detención del acusado Claudio Spiniak en el interior de su domicilio fue filmada por una cámara oculta que portaba uno de los policías, y después exhibida por la televisión. La declaración de una víctima anónima, en noviembre del año 2003, ante las cámaras de Canal 13 de la Universidad Católica, involucró en los actos de abuso sexual a un senador, dirigente de un partido de derecha. A partir de esa declaración, los medios identificaron al senador y a la víctima, y dieron por establecido el delito, lo que no hizo el tribunal, que continuó investigando.

Tres periodistas fueron procesados por la información sobre la detención de Spiniak, acusados de obtención ilegal y exhibición de imágenes captadas en un lugar privado y sin autorización del afectado. Esta resolución fue revocada en agosto por la Corte de Apelaciones de Santiago, acogiendo un recurso de amparo (habeas corpus). La sentencia de la Corte expresa que dicho artículo sanciona la divulgación de imágenes mal habidas, pero que en este caso *“la publicación de imágenes de la aprehensión de Claudio Spiniak no es sino una información de un hecho de carácter oficial, que no es secreto ni reservado, como quiera que se trata de una actuación procesal regulada en la ley”*.

4.4.1. Cámara oculta y privacidad

Un tema específico que es materia de discusión en tribunales es el uso de cámaras ocultas para obtener informaciones que luego son difundidas en los medios. Los tribunales en principio han sancionado como atentatorio contra los derechos o garantías personales el uso de dichas cámaras aunque dando distintas razones para ello.

Sin embargo, por sentencia de agosto de 2013, la Corte Suprema de Chile revocó una resolución penal condenatoria en contra de periodistas que, usando cámaras ocultas entraron en la consulta o despacho de una profesional médico psiquiatra (conocida además como comentarista de televisión), a quien le solicitaron autorizara una licencia médica, a lo que ella accedió, sin que dicha licencia fuera justificada profesionalmente.

En primera instancia, el equipo de prensa fue condenado por grabación no autorizada de una conversación privada. La Corte Suprema estimó que no se había producido tal delito, porque el periodista concurrió a la consulta de la doctora como lo haría cualquier persona, y grabó la conversación de la que él era parte, por lo que no era una persona ajena que se entromete en un encuentro privado, y por otra parte, que la falta ética que estaba cometiendo la doctora al dar la licencia era un hecho que revestía interés público, con el mérito suficiente para ser publicitada, a fin de terminar con una conducta reprobable e inconveniente.

Por el contrario, el Tribunal Constitucional Español denegó los recursos de amparo solicitados por una empresa productora y un canal de televisión, en contra de una sentencia que los condenó a indemnizar a una persona que fue grabada con cámara oculta en su estudio de esteticista y naturista, grabación que luego se exhibió en un programa sobre la existencia de falsos profesionales que actúan en el mundo de la salud. La condena fue por intromisión ilegítima en la vida privada y el derecho a la propia imagen.

El Tribunal español señala que “La finalidad frecuente de las grabaciones de imágenes y sonido obtenidas mediante la utilización de cámaras ocultas es su difusión no consentida en el medio televisivo cuya capacidad de incidencia en la expansión de lo publicado es muy superior al de la prensa escrita (en este sentido, la STEDH de 23 de septiembre de 1994, Jersild c. Dinamarca, § 31). No hay duda de que ello hace necesario reforzar la vigilancia en la protección de la vida privada para luchar contra los peligros derivados de un uso invasivo de las nuevas tecnologías de la comunicación, las cuales, entre otras cosas, facilitan la toma sistemática de imágenes sin que la persona afectada pueda percatarse de ello, así como su difusión a amplios segmentos del público, como subrayaba el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación a un caso de captación fotográfica a cientos de metros de distancia (STEDH de 24 de junio de 2004, Von Hannover c. Alemania, § 70).”¹³

4.5. Inexactitud informativa

La inexactitud en las informaciones judiciales es una queja recurrente por parte de los magistrados. Esta se debe, principalmente a la falta de capacitación de los periodistas en las materias judiciales, aunque es necesario reconocer como causa secundaria la dificultad de acceso que muchas veces existe a la información de primera mano.

Esta capacitación es de interés de los propios tribunales, por lo que deben procurar su promoción e incluso tomar la iniciativa para realizarla. No menos importante es la capacitación de los jueces para comprender la labor de los comunicadores, y las políticas comunicacionales de la magistratura.

No vamos a detenernos en ejemplos sobre este tema, no porque sean escasos, sino por el contrario, porque son muchos.

El tema de la inexactitud está vinculado con el siguiente problema, el de los tiempos de trabajo.

.....
¹³ Tribunal Constitucional de España, Recurso de Amparo 4821-2009 y 4829-2009, sentencia 12/2012 de 30 de enero de 2012. Texto completo en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/List>

4.6. Adecuación de los “tiempos de trabajo”

El acceso oportuno de la prensa a las resoluciones judiciales requiere una adecuada comprensión por ambas partes de la existencia de distintos “tiempos” de trabajo entre los jueces y los periodistas. La innecesaria demora en la entrega de resoluciones, producto muchas veces de procedimientos anticuados, provoca muchas veces la filtración anticipada e incorrecta de las resoluciones judiciales.

El “tiempo” del juez es distinto del “tiempo” del periodista. Si para un juez una resolución puede ser rápida si se tarda tres días, el concepto de “oportuno” para el periodista significa para el noticiero del mediodía, o para el informe en directo de media mañana.

Aquí juegan un importante papel las oficinas de comunicaciones de los propios tribunales, que deben ser quienes, entendiendo la labor de periodistas y jueces, procuren compatibilizar los tiempos de información en la mejor forma posible.

4.7. Juicios paralelos y juicios mediáticos

Las condenas anticipadas o “juicios populares” y los “juicios paralelos” a través de los medios constituyen un problema que no sólo afecta a los inculcados en los procesos penales sino también a la imagen de la justicia, que no permite conocer los verdaderos fundamentos de las resoluciones adoptadas, que quedan opacados por los análisis efectuados por los propios medios o por los interesados en la causa, en forma superficial, de los antecedentes procesales.

4.7.1. Los juicios paralelos

La existencia de los “juicios paralelos” es una preocupación universal de los jueces. En los últimos años, se ha llegado a contratar empresas de asesoría en comunicaciones, que funcionan en forma paralela a las oficinas de abogados en la defensa pública de sus clientes a través de los medios.

Se presenta una colisión de derechos, en que comprometen:

- El derecho de acceso a la información pública.
- El derecho al debido proceso.
- El derecho a la presunción de inocencia.
- El derecho a la libertad de opinión.

Los resultados son:

- Manipulación o influencia en el proceso.
- Condena o absolución pública y previa a la sentencia que marca al imputado.
- Descrédito de los jueces si no fallan en el mismo sentido.¹⁴

.....
¹⁴ Al respecto, me refiero a una propuesta que expuse en el Foro: “Prensa y Justicia una relación necesaria”, realizado en Panamá, y que está basada en dictámenes del Consejo de Ética de los Medios de Comunicaciones de Chile.

Hay que distinguir diversos niveles:

1. El periodista informa sobre un hecho: el juicio como actividad en desarrollo. Debe hacerlo en la forma y condiciones propias de su profesión.
2. El periodista opina sobre el desarrollo del proceso: Para ello requiere tener conocimiento de los hechos y del procedimiento, o el apoyo en personas especializadas. Su opinión está espaldada en su credibilidad.
3. El periodista informa sobre un hecho, que tiene relevancia social, económica, política, de espectáculos, etc., que además es objeto de un proceso judicial. Requiere respeto de las reglas básicas del periodismo de investigación, en la búsqueda de datos y en la difusión, separando claramente los aspectos jurídicos de los otros factores relevantes.
4. El periodista opina sobre ese hecho, desde el punto de vista del otro factor de relevancia (político, social, etc.), o lo hace desde el punto de vista judicial.

Aquí se encuentra el límite:

En una sociedad democrática, la única opinión válida y definitiva (una vez ejecutoriada) sobre la inocencia o culpabilidad jurídica de una persona es el juez, que actúa a nombre del Estado.

El periodista tiene la obligación moral y jurídica de respetar este principio, salvo que tenga razones graves y precisas para no hacerlo, lo que no significa estar de acuerdo sino darle la relevancia que le corresponde, frente a sus opiniones propias o de los interesados en el proceso, y si tiene objeciones o dudas debe justificarlas claramente.

Significa que no debe adelantar juicios de culpabilidad mientras el juez no se haya pronunciado al respecto, y su sentencia esté ejecutoriada.

Significa que la información sobre el desarrollo del juicio no debe llevar al receptor a considerar como juicios de culpabilidad a etapas previas a la dictación de la sentencia (formulación de cargos, medidas cautelares, etc.)

Una precisión sobre la presunción de inocencia: estrictamente hablando, es una protección contra la arbitrariedad del Estado, y consiste en que una persona debe, en teoría y en la práctica, ser considerado inocente (por un tribunal) mientras no se pruebe su culpabilidad en forma legal.

En consecuencia, esta norma jurídica es aplicable sólo a los participantes en el proceso, y no debe confundirse con la protección del derecho al honor de las personas, que sí es universal, pero que tiene sus propias reglas, jurídicas y éticas.

La presunción de inocencia no significa anonimato: el hecho de que una persona esté siendo formalmente investigada, sea acusada y condenada por la justicia es esencialmente público, pero requiere un tratamiento adecuado.

4.7.2. Los juicios mediáticos

Nuevos géneros programáticos han surgido especialmente en la televisión, que son verdaderos juicios, efectuados al margen de los órganos judiciales, y que actúan sustituyendo sus funciones. Entre éstos destacan:

Realities policiales: Programas televisivos efectuados en asociación entre la policía y la televisión: se siguen con la cámara las investigaciones que van realizando los policías, cómo reúnen los datos y finalmente cómo irrumpen en las casas, vehículos y otros lugares para capturar a quienes, en ese momento y ante los telespectadores, aparecen como culpables. El televidente queda convencido de que el delito está resuelto, y el posterior paso por los tribunales de justicia pasa a ser un mero trámite.

Televisión de emboscada: Programas que, luego de una investigación periodística o de recibir una denuncia del público sobre la comisión de un delito, crean una situación ficticia para dejar en evidencia al culpable, aplicándole el castigo de la exposición pública. En estos momentos en Chile existe una polémica respecto del programa denominado “En su propia trampa”, en el cual se investigó y siguió a un menor de 16 años, conocido por su actividad delictiva, y luego con actores (en este caso por un grupo teatral formado por verdaderos ex delincuentes) se le hizo creer que eran una banda delictual que lo invitaba a trabajar con ellos, lo hicieron subir a un camión y lo llevaron hasta un lugar en donde finalmente dejaron en evidencia su carácter de delincuente y su interés en seguir cometiendo delitos. Lo que no previó el conductor del programa es que el menor denunció esta situación a la fiscalía, la cual hoy está investigando la comisión de un delito de secuestro de menor de edad y maltrato.

Reportaje y condena: Otros programas, como “en la mira” o “esto no tiene nombre”, investigan, resuelven y condenan ante las cámaras, entendiendo que con ello están ejerciendo una verdadera “justicia popular” que prescinde de las trabas burocráticas de los tribunales.

Aquí no hay ninguna de las garantías constitucionales que en conjunto constituyen el llamado derecho al “debido proceso”, o en los términos de la Constitución Chilena, a un procedimiento racional y justo.

En estos programas abunda el uso de la “cámara oculta” como decisivo medio de prueba.

Juicios televisivos civiles: Programas como “la jueza” o “caso cerrado” son otras formas de juicios mediáticos, aunque esta vez en el ámbito del Derecho Civil o de Familia. Aquí son los propios interesados los que –en lugar de acudir a los tribunales de justicia– acuden a un tribunal televisivo, que escucha a las partes en un juicio público y luego dicta sentencia. Cabe hacer presente sí que en algunos de estos programas, quien ejerce de juez es un verdadero abogado, e incluso puede tener la calidad de mediador o árbitro judicial. No obstante esta aparente legalidad, en estos casos se prescinde de un elemento muy importante para la existencia de un debido proceso legal o un juicio racional y justo como establecen las cartas de derechos humanos, que es el derecho a la defensa letrada.

Sin embargo, el ex Fiscal Nacional de Chile don Guillermo Piedrabuena, en realizado en Santiago en noviembre de 2013, destacó que investigaciones periodísticas serias han contribuido a impulsar e incluso a reabrir investigaciones judiciales, citando dos casos: la investigación periodística acerca de una ciudadana francesa que ofrecía a campesinos fabricar quesos que luego ella vendería a un altísimo precio en Francia, lo que resultó ser una estafa ya que cobraba por proporcionar los elementos para la fabricación pero luego la venta no existía (caso de los quesitos mágicos, programa “Contacto”).

En otro caso, la investigación de prensa logró determinar que una corporación para ayudar a niños agredidos, en realidad recolectaba fondos y se apoderaba de ellos, sin realizar las acciones anunciadas.

4.8. Transparencia en el nuevo proceso penal

En el procedimiento penal oral, que se ha estado introduciendo en los últimos años en los tribunales de América Latina en reemplazo del proceso escrito y reservado, la publicidad pasa a ser un elemento constitutivo del sistema. El carácter público de sus actuaciones implica que los periodistas y los medios de comunicación social, ejerciendo la función que les es propia como mediadores de la información hacia la sociedad, puedan asistir al desarrollo de estos procesos, especialmente en la etapa del juicio oral propiamente tal, y recopilar directamente los antecedentes para elaborar sus informaciones.

Los intervinientes en el proceso, en especial las víctimas y los imputados, tienen una serie de derechos que deben ser respetados por los demás participantes y por toda la sociedad. La víctima tiene derecho a ser protegida no sólo de posibles nuevas agresiones por parte del imputado, sino de la posibilidad de ahondar el daño producido con acciones desarrolladas en el mismo juicio, como por ejemplo: la exposición pública de situaciones íntimas. Por su parte el imputado tiene derecho a ser considerado inocente mientras no sea condenado por el tribunal.

De acuerdo a lo expuesto, hoy los problemas y desafíos que presenta la publicidad de los procesos penales son principalmente:

La adecuada protección de la honra de las personas imputadas en la información acerca de los juicios, informando con exactitud y prudencia sobre el desarrollo del procedimiento en sus distintas etapas.

Los límites que legítimamente pueden imponer los tribunales a la información periodística sobre los juicios.

En Chile actualmente no pueden decretarse prohibiciones generales de informar sobre algún juicio en desarrollo. El juez puede, y sólo a petición de alguna de las partes y por motivos calificados, dictar alguna de estas medidas:

- Impedir el acceso a, u ordenar la salida de, la sala de audiencias, al público en general o a determinadas personas.
- Prohibir al fiscal, a los demás intervinientes y sus abogados, que entreguen información o formulen declaraciones a los medios de comunicación social durante el desarrollo del juicio.

- El juez debe impedir que los medios fotografien, filmen o transmitan alguna parte de la audiencia, sólo si ambas partes se oponen a ello. Si sólo una parte se opone, queda a criterio del tribunal.

Los policías no pueden informar sobre la identidad de personas que son detenidas o están siendo investigadas, ya que esa información debe darla el fiscal del caso.

Existe la prohibición legal de revelar la identidad de menores involucrados en delitos, y de víctimas de delitos sexuales graves.

4.8.1. Recomendaciones éticas para los medios de comunicación

Ha sido destacada, especialmente por la Defensoría Penal Pública de Chile, la labor orientadora que ha ejercido el Consejo de Ética de los Medios de Comunicación Social, organismo creado por la Federación de Medios de Comunicación de Chile, que ha publicado una serie de recomendaciones para el tratamiento, éticamente adecuado, de la información judicial penal.

Las principales recomendaciones del Consejo de Ética de Chile, sobre este tema, son las siguientes:¹⁵

- Es recomendable informar con la máxima prudencia, evitando el morbo y la truculencia, atendidas las graves consecuencias individuales y sociales que conlleva la exposición a este procedimiento, tanto para las víctimas como para los imputados y familiares de unos y otros.
- El uso de fuentes anónimas para informar sobre el juicio debe ser un recurso de excepcional ocurrencia.
- Al citar lo dicho o acontecido en una audiencia, es necesario dejar en claro que se trata de un proceso en curso, y que corresponde a versiones o pruebas presentadas por las partes.
- Respecto de entrevistas que se realicen a los intervinientes en el proceso, deberá dejarse bien en claro ante la audiencia que se trata de opiniones de una de las partes involucradas en el caso. En general, debe permitirse al público valorar adecuadamente las opiniones vertidas por fuentes interesadas, y si éstas se recogen, dar a la otra parte la oportunidad de formular aclaraciones.
- Es una práctica recomendable que siempre que se aluda a una persona que es objeto de una querrela o denuncia ante los tribunales de justicia se tenga el máximo cuidado para no prejuzgar sobre su eventual culpabilidad antes de que se pronuncie la sentencia judicial, y en todo caso, facilitar el uso de su derecho a rectificación o aclaración cuando lo estime pertinente.
- Los titulares, informaciones y lecturas que acompañan a fotografías, deben ser coherentes entre sí y, especialmente, con los hechos a los cuales se refieren como noticias, evitando inducir a juicios de valor que no corresponden a la etapa del proceso en desarrollo. Lo anterior es especialmente exigible respecto de la calidad o estado procesal en relación con la persona que es sujeto de investigación penal, respetando la presunción de inocencia mientras no sea condenado.
- Es conveniente que los medios, que habitualmente informan del comienzo de una investigación penal, efectúen un seguimiento informativo de las causas, especialmente para señalar cuando los inculpados en definitiva no han sido condenados.

.....
¹⁵ Consejo de Ética de los Medios de Comunicación Social de Chile, Dictamen N° 122, del 20 de septiembre de 2004. Texto en: http://www.consejodeetica.cl/medios_austriales/fallos/122.pdf.pdf

- Es recomendable que, al recoger opiniones del público sobre el desarrollo de un proceso, sean contrastadas con opiniones de personas que conozcan efectivamente el tema o ilustradas con explicaciones que permitan su adecuada evaluación.

Se recuerda además, evitar el uso de la palabra “encuesta” para referirse a la simple recolección de opiniones al pasar o por consultas telefónicas.

Más allá de lo estrictamente penal, los medios pueden efectuar sus propias investigaciones y llegar a sus propias conclusiones, respecto de los alcances y consecuencias que tenga el hecho noticioso.

Al desarrollar una investigación periodística propiamente tal, sobre hechos que al mismo tiempo son investigados en los tribunales de justicia, deberán observarse las normas éticas y recomendaciones correspondientes a este género periodístico.

Desde otro punto de vista, la difusión de las resoluciones penales ha traído consigo un aumento de la apreciación crítica respecto de los contenidos de dichas resoluciones.

El punto de vista “garantista” de la nueva Justicia Penal, que implica resguardar al máximo los derechos de los imputados, ha llevado a los medios a acuñar el término “puerta giratoria”, aludiendo a que un gran número de personas que, de acuerdo a la prensa y la opinión pública debieran quedar de inmediato en prisión al ser detenidos, quedan sin embargo en libertad a la espera del juicio.

4.8.2. Audiencias “en vivo” y debido proceso

Sobre la transmisión de audiencias judiciales, el Colegio de Abogados de Chile emitió una declaración pública en que previene los posibles efectos negativos de la grabación y transmisión de audiencias en tribunales penales, en el resguardo del debido proceso.

Señala que:

“Ante la transmisión por televisión de audiencias judiciales que suscitan interés público, el Consejo General del Colegio de Abogados ha adoptado el siguiente acuerdo en cumplimiento de su deber de resguardo y promoción de los derechos de defensa y de libre ejercicio profesional:

1. En caso de videograbación y transmisión de audiencias, permitidas en los términos previstos en nuestro ordenamiento jurídico, nos parece que ello debe hacerse de un modo que resguarde el legítimo ejercicio de los derechos de defensa y debido proceso, los que pueden verse seriamente constreñidos o perturbados si las medidas de grabación acceden a las notas personales de las partes, los abogados intervinientes o del propio juez que debe resolver el asunto. Lo mismo ocurre si ellas interfieren de cualquier forma en las comunicaciones que puedan producirse en la audiencia entre el abogado y su cliente o entre abogados.

2. En consecuencia, los sistemas de grabación y transmisión de imágenes o sonidos permitidos deben asegurar que no se pueda interferir el debido derecho a la defensa, que exige la reserva en las comunicaciones entre el abogado y su cliente, de los abogados entre sí y el respeto al secreto profesional, de manera de garantizar la confidencialidad de notas que pueda tomar el juez o cualquiera de los partícipes en la audiencia.

3. *Atendido que ciertas audiencias pueden congregar la asistencia de un mayor número de personas y manifestantes en los tribunales y sus inmediaciones, como de la fiscalía y recintos penitenciarios, se deben tomar las medidas pertinentes con el fin de permitir el adecuado desarrollo de las audiencias y diligencias, así como el libre y seguro acceso de los jueces, fiscales, imputados, testigos y abogados, resguardando siempre la integridad física y psíquica de esas personas y evitando la realización de cualquier acto que atente en su contra.*

(Consejo General del Colegio de Abogados, Santiago, Chile, abril de 2005)”

4.9. La cultura del silencio

Los jueces han cultivado durante mucho tiempo una “*cultura del silencio*”, que se opone a la “cultura de la transparencia”, que es el presupuesto cultural del derecho de acceso a la información.

Se hace necesaria una comprensión recíproca más profunda respecto del papel que periodistas y jueces desempeñan en una sociedad democrática, el valor de su independencia, y el rol que juegan como garantes de los derechos humanos.

Los periodistas deben entender las distintas estructuras¹⁵ judiciales, sus relaciones jerárquicas, los distintos niveles de decisión; así como los jueces deben tener un adecuado conocimiento del sistema de medios de comunicación y sus distintos niveles de organización.

Este tema adquiere especial relevancia con la incorporación de los procesos penales orales en los tribunales de tradición escrita, que se ven bruscamente expuestos en una vitrina permanente al escrutinio de la prensa.

El avance en materia de publicidad judicial ha sido reconocido lentamente por los medios de comunicación. La Asociación Nacional de la Prensa de Chile publica un informe anual denominado “Barómetro de Acceso a la Información”. La muestra de esta encuesta la constituyen periodistas de medios de comunicación de todo Chile, y analiza el comportamiento informativo del gobierno, instituciones públicas y privadas, desde el punto de vista de la disposición a entregar información, la confiabilidad y precisión de dicha información y su entrega oportuna.

En el informe anual de 2013, la Corte Suprema de Chile ocupa el lugar número 11 entre las mejor evaluadas (52% evaluación positiva), superando a la Presidencia de la República (37%), al Senado (43%) y la Cámara de Diputados (38%). El Ministerio Público (los fiscales) ocupa el lugar 29. Cabe destacar que hace seis años. La Corte Suprema ocupaba el lugar 33. En cuanto a la confiabilidad y precisión de la información entregada, un 66 por ciento le otorga las notas máximas, calificación que disminuye al 43 por ciento respecto de la entrega oportuna de la información. La confiabilidad de la información entregada por los fiscales, tiene un 54% de notas positivas y la oportunidad, 35 por ciento.¹⁶

.....
¹⁶ Texto en : <http://www.anp.cl/images/docs/Resultados%20Barometro%202012.pdf>

Álvaro Fernández, Subdirector del diario “El Mercurio” de Santiago, considera que aún faltan más periodistas especializados en el ámbito judicial, y un mayor esfuerzo de difusión hacia el público, especialmente respecto de la Reforma Procesal Penal, aunque reconoce un gran salto en la transparencia del Poder Judicial. Como tareas pendientes señala: el que todas las sentencias se publiquen en el portal web, con un sistema de búsqueda rápida; que es necesario unificar criterios respecto de los límites impuestos a policías, fiscales y jueces para informar, y también criterios más precisos para limitar el acceso de la prensa a los juicios penales.

4.10. Diferencias de Lenguaje

La redacción judicial, que se traduce en la sentencia, es de tipo argumental, consecucional; mientras que la redacción periodística se desarrolla precisamente en sentido contrario (primero el resultado y luego la explicación).

El mensaje comunicacional del juez (la sentencia), es esencialmente un mensaje de opinión, la opinión del juez que condena o absuelve; el mensaje periodístico, respecto al mismo tema, normalmente es informativo.

Cada medio tiene su lenguaje: el medio escrito requiere explicaciones o documentos (por ejemplo, copia de la sentencia); la radio requiere un resumen con ideas fundamentales, ojalá entregado verbalmente; la televisión necesita una imagen relativa a la información, a modo ilustrativo, aun cuando el contenido se haya entregado por escrito.

Esto significa que el mensaje que los tribunales entregan, al poner a disposición del público una sentencia, debe ser necesariamente adaptado por los medios a su lenguaje, lo que abre una gran posibilidad de distorsiones. Una buena manera de evitarlas es entregar, junto con la sentencia, una información redactada periodísticamente, y capacitar a voceros de los tribunales que puedan entregar oralmente una información breve y precisa.

Existe actualmente una iniciativa, a nivel internacional, que promueve el uso del lenguaje simple y directo en las leyes y las sentencias judiciales.¹⁷

4.11. Diferencias éticas

Al margen de lo que digan las leyes, a menudo jueces y periodistas tienen distinta percepción, en el plano ético, respecto del equilibrio entre derecho a la honra de las personas (ya sea de los mismos jueces o de los intervinientes en los procesos) y derecho a la información, y el límite que impone el derecho a la vida privada y a la intimidad a la actividad periodística.

Las diferencias éticas se reducen si se ejerce un periodismo responsable y autorregulado, que recurriendo a criterios propios de la función informativa se comprometa públicamente a respetar los compromisos éticos libremente adquiridos. El público, incluyendo a los jueces, puede representarles sus fallas o inconsecuencias, tal como los periodistas lo hacen públicamente respecto de los magistrados.

¹⁷ Véase por ejemplo el proyecto presentado en la Cumbre Judicial Iberoamericana de 2014 en Chile:
http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?p_l_id=904076&folderId=1004599&name=DLFE-6552.pdf

Los periodistas han desarrollado Códigos y Tribunales de Ética. Los medios de comunicación han creado instancias de autocontrol ético, como el Ombudsman o Defensor del lector o los Consejos de Ética de la Prensa, tales como los de Chile y Perú.

El Consejo de Ética de los Medios de Comunicación de Chile, cuenta entre sus miembros con un integrante del Poder Judicial, invitado a participar en él a título personal; y ha recibido en más de una ocasión requerimientos para que se pronuncie, emanados de la Corte Suprema de Chile. Esto lo convierte en un importante nexo entre estos dos sectores, pero de ningún modo significa confundir los ámbitos de acción de la justicia penal y del organismo de juzgamiento ético.

¿Qué conceptos mínimos deben entender los jueces respecto de la ética periodística?

- Que dentro de ética periodística los dos valores más respetados son la verdad y la lealtad con la fuente informativa, especialmente en cuanto al “secreto profesional”. Sin embargo, es muy poco prudente que los jueces recurran a la entrega de información bajo esta modalidad.
- Que el punto de vista que debe regir la actuación del periodista es el “interés público”, noción que está íntimamente relacionada con el aporte que la noticia puede hacer al bien común de la sociedad en un momento determinado, y que su logro puede significar sobrepasar los límites normales de la privacidad o del honor de las personas.
- Que en el plano ético no se puede generalizar: hay periodistas y medios éticamente correctos y los hay también incorrectos, y es necesario relacionarse con ellos en el trabajo diario para saber quiénes son unos y otros y actuar en consecuencia, puesto que se trata de una relación de confianza.

4.12. Capacitación de jueces y periodistas

Dentro de las actividades de capacitación de jueces y magistrados, debe considerarse el análisis teórico y el entrenamiento en materias de comunicación, y en especial, respecto del trato con periodistas y la exposición a los medios de comunicación social. Los mismos poderes judiciales deben desarrollar actividades de capacitación para los periodistas en materias judiciales.¹⁸

En el largo plazo, la capacitación del público para entender el sistema judicial comienza en el ámbito educacional, mediante una instrucción cívica adecuada, a la cual el poder judicial puede aportar directamente elementos que estime importantes.

4.13. Políticas de comunicación judiciales

Los poderes judiciales deben contar con estructuras comunicacionales adecuadas, con personal especializado tanto en el ámbito de la información como en el funcionamiento judicial, que sean capaces de proponer y luego ejecutar políticas de comunicación, que permitan afrontar gran parte de los problemas enunciados precedentemente.

.....
¹⁸ Se han publicado libros o folletos destinados a los periodistas, en que se explican diversos aspectos del funcionamiento judicial, para facilitar su comprensión. Por ejemplo: GONZÁLEZ JIMÉNEZ, María Victoria, “Manual Periodístico para la Cobertura Judicial”, Secretaría de Comunicación, Panamá, abril de 2006; Tribunal Regional Federal 3ª Región, “Nociones de Derecho para Periodistas”, Sao Paulo, Brasil, 2003. Su texto se puede encontrar en la red (en portugués) en: <http://es.slideshare.net/samucajor/noes-de-direito-para-jornalistas-guia-prtico>

En general los tribunales se encuentran en desventaja frente a los demás poderes e instituciones del Estado y del área privada que inciden en los temas de justicia, precisamente por no tener claros los aspectos comunicacionales de su actuar, o bien limitarse a mantener una estructura tradicional de difusión y comunicaciones.

Un tema común de análisis al interior de los poderes judiciales es el de la “mala imagen” que en general tiene la ciudadanía sobre su actuación, pero son pocos los que trabajan en forma profesional para afrontar este problema.¹⁹

4.14. Falta de diálogo institucional

Una de las características propias de la convivencia democrática es el diálogo institucional. Debe existir un diálogo fluido entre el Poder Judicial y los Poderes Ejecutivo y Legislativo, pero aunque son entidades de distinta naturaleza, también debe promoverse un diálogo permanente entre los jueces y los integrantes del sistema de medios, al menos en tres niveles: con editores o propietarios, con directores o jefes de información y con periodistas del sector justicia.

Foros públicos y encuentros universitarios, en que magistrados y periodistas tienen la oportunidad de intercambiar opiniones en un plano académico, contribuyen a un mejor entendimiento entre dos instituciones que, cada una en su lugar y de acuerdo a su naturaleza, desempeñan un papel insustituible en la construcción de un Estado de Derecho conforme a las concepciones democráticas del siglo veintiuno.

5. Epílogo: declaración de intenciones

A modo de resumen, quisiera terminar citando el acuerdo sobre comunicaciones de la Octava Cumbre Iberoamericana de Cortes Supremas que refleja la preocupación de los jueces por los temas que hemos conversado, y el propósito de avanzar en su solución.²⁰ Queda pendiente conocer los propósitos de la prensa para aportar a este debate:

Conscientes de la importancia de los sistemas judiciales y de los medios de comunicación para la consolidación de la democracia en la región;

Reconociendo que la relación entre la prensa y el sistema judicial se manifiesta, casi universalmente, con niveles de tensión permanente, y que esta tensión, en la mayoría de los casos, no contribuye ni al afianzamiento del ejercicio de la libertad de prensa ni al fortalecimiento de los sistemas judiciales;

Constatando que un sistema judicial y una prensa que sean independientes e imparciales, y rijan su actuación con niveles de profesionalidad y ética aceptables son imprescindibles para el fortalecimiento de una sociedad democrática;

.....
¹⁹ En la Cumbre Judicial Iberoamericana de 2014 se reafirman los propósitos de contar con adecuados mecanismos de transparencia y relación con los medios. Véase anexo en http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?p_l_id=777898&folderId=904111&name=DLFE-6353.pdf

²⁰ Encuentro efectuado el 21 y 22 de junio de 2004 en Copán Ruinas, República de Honduras y 23, 24 de junio 2004, en San Salvador, República de El Salvador. El texto puede encontrarse en: http://www.cejamerica.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_view/5009-viii-spanishamerican-summit-of-supreme-court-presidents-declaration-of-copan-document-in-spanish.html

Ciertos que vivimos en una sociedad de la información que ofrece una oportunidad extraordinaria de reposicionamiento de la actividad judicial y su adecuada valoración en el seno de las sociedades a las que sirve.

Subrayando que mientras más diáfana sea la actividad de los tribunales, más clara será la comprensión ciudadana de la importancia que tiene la Judicatura para la consecución de los grandes valores sociales.

Reiterando que los sistemas de justicia deben tutelar los derechos fundamentales de los ciudadanos en el proceso y que sus informaciones deben estar orientadas a garantizarlos.

Ratificamos nuestra voluntad conjunta de llevar a cabo las siguientes ACCIONES:

Primera.- *Reafirmamos la vigencia de las acciones propuestas en la VII Cumbre, en relación a la cultura jurídica judicial, difusión de las resoluciones judiciales, acceso a la información pública y medios de comunicación.*

Segunda.- *Crear en los órganos de Gobierno de la Justicia oficinas que se encarguen de divulgar el robustecimiento de la imagen institucional del Poder Judicial como una entidad autónoma e independiente, cuya misión es garantizar la impartición de justicia, que es un servicio público, y la difusión de las actividades de los órganos jurisdiccionales.*

Tercera.- *Establecer y delimitar normas básicas que definan el tipo de información al que pueden tener acceso los profesionales de la información durante el desarrollo del proceso.*

Cuarta.- *Incrementar los medios utilizados para la divulgación de las actividades del Poder Judicial, como la realización de campañas de contenido jurídico y de las actividades propias del sistema judicial, la creación de páginas web en Internet conteniendo informaciones sobre las competencias de los órganos de la justicia, datos estadísticos y, en su caso, noticias en tiempo real de los juzgamientos en las Cortes de Justicia.*

Quinta.- *Aumentar las relaciones entre los medios de comunicación y la administración de justicia a través de la instalación de oficinas de información judicial, instaladas en las propias sedes de los tribunales, para informar a los ciudadanos que así lo reclamen.*

Sexta.- *Crear mecanismos que estimulen encuentros entre jueces y periodistas de modo que se puedan generar oportunidades de debatir conjuntamente sobre las dificultades existentes en la relación del Poder Judicial y los medios de comunicación, descubriendo maneras eficaces de enfrentarlas y eventualmente culminar en protocolos de buenas prácticas.*

Sólo quiero terminar estas breves reflexiones señalando que tanto los tribunales de justicia como la prensa, desempeñan un papel fundamental en todo estado democrático y protector de los derechos fundamentales de las personas.

La justicia, como un valor superior que garantiza la paz, es una virtud, es decir, no debe alcanzarse, debe practicarse cada día.

El resolver los conflictos, el sancionar los delitos, el restablecer el orden quebrantado, son actos de justicia; el informar en forma veraz y oportuna también es un acto de justicia. Periodistas, abogados y jueces pueden en conjunto, contribuir a una sociedad más justa.

Bibliografía

- 📖 ALCÁNTARA, J. (2003). Transparencia y Acceso a la Información Judicial, en Reforma Judicial, Revista Mexicana de Justicia. Julio-Diciembre.
- 📖 Asociación Iberoamericana de Derecho de la Información y de la Comunicación (2004), Informe AIDIC y Fundación Konrad Adenauer, Lima, Perú.
- 📖 BERTONI, E. (2003), Discurso para la Libertad de Expresión, Organización de Estados Americanos.
- 📖 GONZÁLEZ PINO, M. (2003). “Prohibición de censura previa en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Reflexiones en torno a la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derecho Humanos”, en versión digital.
- 📖 HENGSTLER, G. (2002). Justicia y Libertad de Prensa, en Ensayos de la Cumbre Hemisférica, Colección Chapultepec, Sociedad Interamericana de Prensa, Miami, USA.
- 📖 OROZCO FLORES, J. (2002). Tribunales y Medios de Comunicación, en Justicia y Libertad de Prensa.

● CIBERCRIMEN: LOS DELITOS COMETIDOS A TRAVÉS DE NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LA NUEVA LEY ESPECIAL CONTRA LOS DELITOS INFORMÁTICOS Y CONEXOS

Javier Gustavo Fernández Teruelo

Sumario

1. Disposiciones generales de la ley (art. 2). El principio de territorialidad: Los delitos cometidos a través de internet como “delitos a distancia”. 2. Cuestiones conceptuales: las definiciones contenidas en los artículos. 3. Protección de la seguridad informática. 3.1. Acceso indebido a sistemas informáticos (art. 4). 3.2. Acceso indebido a programas o datos informáticos (art. 5). 3.3. Interferencia del sistema informático (art. 6). 3.4. Posesión de equipos o prestación de servicios para la vulneración de la seguridad (art. 8). 3.5. Violación de la seguridad del sistema (art. 9). 3.6. Interceptación de transmisiones entre sistemas de las tecnologías de la información y comunicación (art. 21). 4. Sabotaje informático (delitos patrimoniales con ánimo de perjuicio). 4.1. Daños a sistemas informáticos (art. 7). 4.2. Técnicas de denegación de servicio (art. 14). 4.3. Manipulación de registros (art. 15). 4.4. Manipulación fraudulenta de tarjetas inteligentes o instrumentos similares (art. 16). 4.5. Alteración, daño a la integridad y disponibilidad de los datos (art. 19). 4.6. Interferencia de datos (art. 20). 5. Fraudes informáticos (delitos patrimoniales con ánimo de lucro). 5.1. Estafa informática (art. 10). 5.2. Fraude informático (art. 11). 5.3. Hurto por medios informáticos (art. 13). 5.4. Manipulación fraudulenta de tarjetas inteligentes o instrumentos similares (art. 16). 5.5. Obtención indebida de bienes o servicios por medio de tarjetas inteligentes o medios similares (art. 17). 5.6. Provisión indebida de bienes y servicios (art. 18). 5.7. Divulgación no autorizada (art. 23). 5.8. Suplantación en actos de comercialización (art. 34). 5.9. Fórmulas específicas de fraude: 5.9.1. Obtención subrepticia de las claves de acceso a determinados servicios y uso indebido de ellas: a) sustracción sin el conocimiento de la víctima: archivos espía (spyware) y asimilados b) obtención fraudulenta: la propia víctima hace llegar al defraudador los datos necesarios para realizar las transacciones (phishing y sus variantes). 5.9.2. Transacciones de comercio electrónico fraudulentas. 5.9.3. Envío de mensajes electrónicos con contenidos fraudulentos. 6. Protección de la intimidad y del secreto. 6.1. Espionaje informático (art. 12). 6.2. Utilización de datos personales (art. 24). 6.3. Obtención y transferencia de información de carácter confidencial (art. 25). 6.4. Revelación indebida de datos de carácter personal (art. 26). 7. Delitos informáticos contra niñas, niños y adolescentes o personas con discapacidad (delitos relativos a la pornografía infantil) (Capítulo IV: arts. 28, 29, 30, 31, 32 y 33) y art. 27 (acoso a través de las tecnologías de la información y comunicación).

1. Disposiciones generales de la ley (art. 2.). El principio de territorialidad: Los delitos cometidos a través de internet como “delitos a distancia”

Dificultades significativas se presentan, como consecuencia de la peculiaridad inherente al medio internet, que posibilita la ejecución de las conductas criminales a distancia. La conducta delictiva puede tener su origen en uno o varios países y los resultados producirse, sin embargo, en otro u otros. Incluso, puede resultar difícil afirmar dónde tiene lugar dicha acción, pues tal y como se ha apuntado, la conducta delictiva navega por la red. Esto plantea muy serios problemas para determinar la competencia jurisdiccional para su enjuiciamiento, ya que la regla general tradicional del lugar de comisión del delito (principio de territorialidad), como determinante de la competencia jurisdiccional sobre él, resulta difícilmente compatible con el mundo de Internet.

Según el principio de territorialidad, la ley penal se aplica a cualquier persona que se encuentre en territorio salvadoreño, con independencia de su nacionalidad. Existen algunas excepciones al referido principio y lo son en atención a los principios personal, real (o de protección) y universal (o de justicia mundial).

La determinación del lugar o territorio en que se ha realizado el delito (*locus commisi delicti*) resulta esencial para poder concretar la ley aplicable conforme al principio de territorialidad (delitos cometidos dentro del territorio nacional). Esta regla es aplicable sin problema con relación a aquellos delitos en que, tanto la acción como el resultado, se producen en territorio salvadoreño.

Los problemas surgen con los llamados delitos a distancia, característicos del ámbito internet, que son aquellos que tienen su momento consumativo en lugar diferente a aquel en que se inició o se llevó a cabo la acción. Para resolver esta cuestión se han formulado tres teorías: a) Teoría de la actividad, según la cual el delito se entiende cometido donde el sujeto lleva a cabo externamente la conducta delictiva. b) La teoría del resultado; según ésta el delito se comete donde tiene lugar el resultado externo. c) La teoría de la ubicuidad; de acuerdo con ella, el delito se entiende cometido donde se ejecuta la actividad o se manifiesta el resultado. En general, la doctrina se ha manifestado favorable a la apreciación de la teoría del resultado (incorporado en el párrafo segundo del presente artículo 2). Sin embargo, esa solución no siempre será válida para los delitos cometidos a distancia y, en concreto, para los ejecutados a través de internet, para cuyo enjuiciamiento por parte de las autoridades judiciales salvadoreñas sería preciso acudir a la teoría de la ubicuidad.

El Tribunal Supremo español en Auto de 20 de mayo de 1992 afirma que tanto la acción como el resultado son elementos del tipo. Por lo tanto, el lugar de comisión del delito será, en principio, aquel en el que ambos elementos hayan tenido lugar: *«Sin embargo, cuando la acción y el resultado no tengan lugar dentro de una misma jurisdicción, es de aplicación el principio de la ubicuidad, según el cual tanto el lugar de la acción como el lugar del resultado deben ser relevantes».*

Auto del Juzgado de lo Penal de Barcelona (España) de 5 de mayo de 2003: *«(...) cabe concluir que tanto la página vesatec.com como la página web "elvinoyeljamon.com", han sido creadas inicialmente en España, por ciudadanos españoles y la posterior introducción, gestión y administración de los contenidos ilícitos se realizaba por los propios integrantes de la compañía Vesatec desde España, y no es sino con posterioridad cuando los imputados deciden "desplazarse" fuera del territorio nacional para continuar con el desarrollo de las conductas imputadas, concretamente por medio de un servidor gratuito de nombre Isla Tortuga con sede en los Estados Unidos. (...) Debe entenderse en conclusión por todo lo dicho, que bien sea por aplicación de la teoría del resultado, bien por aplicación de la teoría de la ubicuidad, bien por aplicación de la teoría de la actividad, este Juzgado de Instancia estima competentes los Tribunales españoles, desde el punto de vista de manifestación de la potestad jurisdiccional, para el conocimiento, enjuiciamiento y fallo de los delitos por los que se declaró abierto el acto de Juicio Oral contra los encausados, siendo igualmente competente este Tribunal para dicho enjuiciamiento desde el punto de vista de su competencia territorial, pues en territorio nacional, y en concreto en el ámbito de este Partido Judicial de Barcelona, donde los delitos imputados producen, no sólo sus efectos y resultados, en el bien entendido de manifestación social y perjuicios a terceros (como exige el tipo penal previsto en el art. 270 del CP), sino que también en dicho territorio donde los encausados desarrollan y despliegan su conducta a la mayor parte de las actividades objeto de enjuiciamiento, con independencia de la relevancia o irrelevancia penal de las mismas. Por todo ello como decimos, deben ser objeto de oportuna desestimación las cuestiones previas planteadas a la falta de jurisdicción de los Tribunales españoles y subsidiaria falta de competencia territorial de los Juzgados Penales de Barcelona, para el conocimiento, enjuiciamiento, y fallo de los delitos objeto de la presente causa».*

Otro problema lo plantean los delitos de simple actividad que, como tales, no requieren resultado material alguno (v. gr. difusión de pornografía infantil), lo que impediría acudir a la teoría basada en el resultado, salvo que se proceda a una reinterpretación de dicho concepto en el ámbito internet.

Aún mayores problemas se plantean en el supuesto inverso; esto es, cuando la actividad delictiva tiene efectos en El Salvador, y, sin embargo, ésta se desarrolla desde terceros estados, debido al clásico celo que la mayoría de los países tienen antes de autorizar que un tercer país juzgue a un ciudadano propio. La pretensión de las autoridades judiciales salvadoreñas de entender cometidos en El Salvador este tipo de delitos, y reclamar su correspondiente enjuiciamiento, colisionará con la frecuente aplicación de la teoría de la acción o la de la ubicuidad por parte de terceros países.

Además, en muchas ocasiones, las más importantes conductas delictivas se realizan desde países con legislaciones porosas o flexibles respecto a determinadas actividades altamente nocivas, que poseen medios de detección y persecución limitados, o que no han ratificado ningún tratado de extradición.

2. Cuestiones conceptuales: las definiciones contenidas en los artículos

Art. 3.- Para los efectos de la presente Ley, se entenderá por:

- a) Delito Informático: se considerará la comisión de este delito, cuando se haga uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación, teniendo por objeto la realización de la conducta típica y antijurídica para la obtención, manipulación o perjuicio de la información;
- b) Bien Jurídico Protegido: es la información que garantice y proteja el ejercicio de derechos fundamentales como la intimidad, honor, integridad sexual, propiedad, propiedad intelectual, seguridad pública, entre otros;
- c) Datos Informáticos: es cualquier representación de hechos, información o conceptos en un formato digital o análogo, que puedan ser almacenados, procesados o transmitidos en un sistema informático, cualquiera que sea su publicación, así como las características y especificaciones que permiten describir, identificar, descubrir, valorar y administrar los datos; (aparece en los artículos 5 y ss., 11, 16 y 30)
- d) Medio de Almacenamiento de datos Informáticos: es cualquier dispositivo a partir del cual la información es capaz de ser leída, grabada, reproducida o transmitida con o sin la ayuda de cualquier otro medio idóneo; (aparece en los arts. 19 y 30)
- e) Sistema Informático: es un elemento o grupo de elementos interconectados o relacionados, pudiendo ser electrónicos, programas informáticos, enlaces de comunicación o la tecnología que en el futuro los reemplace, orientados al tratamiento y administración de datos e información;
- f) Comunicación Electrónica: es toda transmisión de datos informáticos, cuyo contenido puede consistir en audio, texto, imágenes, videos, caracteres alfanuméricos, signos gráficos de diversa índole o cualquier otra forma de expresión equivalente, entre un remitente y un destinatario a través de un sistema informático y las demás relacionadas con las Tecnologías de la Información y la Comunicación;

- g) Dispositivo: es cualquier mecanismo, instrumento, aparato, medio que se utiliza o puede ser utilizado para ejecutar cualquier función de la Tecnología de la Información y la Comunicación;
- h) Interceptar: es la acción de apropiarse, interrumpir, escuchar o grabar datos informáticos contenidos o transmitidos en cualquier medio informático antes de llegar a su destino;
- Programa Informático: es la rutina o secuencia de instrucciones en un lenguaje informático determinado que se ejecuta en un sistema informático, pudiendo ser este un ordenador, servidor o cualquier dispositivo, con el propósito que realice el procesamiento y comunicación de los datos informáticos;
- i) Proveedor de Servicios: es la persona natural o jurídica que ofrece uno o más servicios de información o comunicación por medio de sistemas informáticos, procesamiento o almacenamiento de datos;
- j) Tráfico de Datos Informáticos: son aquellos que se transmiten por cualquier medio tecnológico, pudiendo mostrar el origen, destino, ruta, hora, fecha, tamaño, duración de la comunicación, entre otros;
- k) Tecnologías de la Información y la Comunicación: es el conjunto de tecnologías que permiten el tratamiento, la comunicación de los datos, el registro, presentación, creación, administración, modificación, manejo, movimiento, control, visualización, distribución, intercambio, transmisión o recepción de información en forma automática, de voz, imágenes y datos contenidos en señales de naturaleza acústica, óptica o electromagnética, entre otros;
- m) Datos Personales: es la información privada concerniente a una persona, identificada o identificable, relativa a su nacionalidad, domicilio, patrimonio, dirección electrónica, número telefónico u otra similar;
- n) Datos Personales Sensibles: son los que corresponden a una persona referente al credo, religión, origen étnico, filiación o ideologías políticas, afiliación sindical, preferencias sexuales, salud física y mental, situación moral, familiar y otras informaciones íntimas de similar naturaleza o que pudieran afectar el derecho al honor, a la propia imagen, a la intimidad personal y familiar;
- o) Material Pornográfico de Niñas, Niños y Adolescentes: es toda representación auditiva o visual, ya sea en imagen o en video, adoptando un comportamiento sexualmente explícito, real o simulado de una persona que aparente ser niña, niño o adolescente adoptando tal comportamiento. También se considerará material pornográfico, las imágenes realistas que representen a una niña, niño o adolescente adoptando un comportamiento sexualmente explícito o las imágenes reales o simuladas de las partes genitales o desnudos de una niña, niño o adolescente con fines sexuales;
- p) Tarjeta Inteligente: es el dispositivo que permite mediante la ejecución de un programa la obtención de bienes, servicios, propiedades o información; y,
- q) Redes Sociales: es la estructura o comunidad virtual que hace uso de medios tecnológicos y de la comunicación para acceder, establecer y mantener algún tipo de vínculo o relación, mediante el intercambio de información.

La crítica más relevante que puede hacerse al contenido de este precepto es que –sorprendentemente– se definen conceptos que después no son utilizados en el texto del artículo (por ejemplo “Redes Sociales”).

3. Protección de la seguridad informática

3.1. Acceso indebido a sistemas informáticos (art. 4)

3.2. Acceso indebido a programas o datos informáticos (art. 5)

3.3. Interferencia del sistema informático (art. 6)

3.4. Posesión de equipos o prestación de servicios para la vulneración de la seguridad (art. 8)

3.5. Violación de la seguridad del sistema (art. 9)

3.6. Interceptación de transmisiones entre sistemas de las tecnologías de la información y comunicación (art. 21)

Los tipos penales descritos castigan el acceso indebido a sistemas informáticos (art. 4); se penaliza no solo el acceso, sino también la interceptación o uso de sistema informático ajeno sin autorización. En el caso del art. 5 se castiga el acceso, no ya a sistemas, sino a programas o datos informáticos. En el art. 6 la interferencia o alteración de sistemas, agravando la pena si la conducta recae sobre sistemas sensibles. El art. 9 castiga la violación de la seguridad de sistemas informáticos restringidos (supone cierta reiteración de lo ya tipificado en los delitos anteriores); incluye además el castigo específico de conductas de inducción y añade una cláusula de exención de responsabilidad si la conducta se realiza con objetivos lícitos. Finalmente, en el art. 21 se castiga la interceptación de transmisiones dirigidas a un sistema informático.

Se castiga el acceso ilícito a sistemas o programas informáticos ajenos, también conocido como «intrusismo informático». Entre los argumentos referidos a la necesidad de protección de los dos ámbitos descritos destacamos los siguientes: (1) Se ha comprobado la existencia de ataques contra los sistemas de información, en particular como consecuencia de la amenaza de la delincuencia organizada, y crece la inquietud ante la posibilidad de ataques terroristas contra sistemas de información que forman parte de las infraestructuras vitales de los Estados. (2) Debe aproximarse la legislación penal en materia de ataques contra los sistemas de información, para conseguir la mayor cooperación policial y judicial posible, respecto de las infracciones penales vinculadas a ataques contra los sistemas de información y para contribuir a la lucha contra el terrorismo y la delincuencia organizada. (3) Es conveniente establecer sanciones más severas cuando un ataque contra un sistema de información se comete en el marco de una organización delictiva.

De este modo, se castiga, sin apenas ulteriores requisitos, del acceso no autorizado y doloso a sistemas informáticos ajenos. Éste es, en efecto, el modelo adoptado por determinados Estados, como, por ejemplo, Alemania, cuyo § 202a sanciona a quien sin autorización se procure para sí o para otro, datos que no estén destinados para él que estén especialmente asegurados contra su acceso no autorizado.

De acuerdo con lo anteriormente descrito, para responder con eficacia a estas amenazas es necesario un planteamiento global en materia de seguridad de las redes y de la información, tal y como se puso de manifiesto en el Plan de Acción e-Europe, en la comunicación de la Comisión titulada «Seguridad de las redes y de la información: Propuesta para una perspectiva política europea», y en la Resolución del Consejo de 28 de enero de 2002 relativa a un enfoque común y a acciones específicas en materia de seguridad de las redes y de la información. También debe tenerse en cuenta la Resolución del Parlamento Europeo de 5 de septiembre de 2001, en la que se

destaca la necesidad de sensibilizar más al público sobre los problemas relacionados con la seguridad de la información, así como de proporcionar asistencia práctica.

Si examinamos las propuestas, comprobamos que, efectivamente, se ha ido desarrollando un tipo modelo que castiga el acceso ilícito a sistemas informáticos ajenos sin que tengan que producirse ulteriores afectaciones a otros bienes jurídicos (intimidad, patrimonio, etc.), basándose dicha propuesta en las siguientes ideas: *«Cada Estado adoptará las medidas necesarias para que el acceso intencionado sin autorización al conjunto o a una parte de un sistema de información sea sancionable como infracción penal, al menos en los casos que no sean de menor gravedad. Cada Estado podrá decidir que las conductas mencionadas en el apartado 1 sean objeto de acciones judiciales únicamente cuando la infracción se cometa transgrediendo medidas de seguridad»*.

En la práctica, frecuentemente estos delitos se configuran como delitos «barrera» u «obstáculo», imposibilitando el acceso sin consentimiento a datos, programas o sistemas informáticos ajenos, en la medida en que el referido acceso es un instrumento previo necesario para la producción de lesiones en diferentes bienes jurídicos y específicamente en la intimidad y el patrimonio, entre otros; todo ello pone de manifiesto su indudable carácter expansivo.

Se generan ciertas dudas respecto al objeto de tutela pretendido y, así, se habla del domicilio informático (como espacio en que se encuentran los datos informáticos pertenecientes a una persona que se protegen frente a cualquier tipo de intromisión no autorizada), de la inviolabilidad informática, de la tranquilidad informática, o, en la opción que nos parece más correcta, de la seguridad informática, si bien no en sentido amplio, sino como manifestación concreta de la intimidad en un sentido genérico, entendida esta última como exclusión de los demás de determinada información o datos propios, al margen de su relevancia. La llamada seguridad informática afecta a la integridad, confidencialidad y disponibilidad del sistema informático y su tutela va orientada a la protección del núcleo periférico o blando de la intimidad (el mero secreto o deseo de exclusión de los demás del acceso a determinados contenidos ubicados en un ámbito informático propio, al margen de la relevancia o trascendencia de aquello excluido).

Caben, por lo tanto, todo tipo de fórmulas, tanto físicas como virtuales (directas o remotas); así, el acceso físico directo al sistema en la propia computadora de la víctima, o el control remoto de éste u obtención de los datos mediante aplicaciones que así lo permitan. Suele recurrirse a programas maliciosos destinados a perjudicar o a hacer un uso ilícito de los recursos del sistema. Son instalados en la computadora de destino abriendo una puerta para el acceso al sistema (puede ser un virus informático, un gusano informático, un troyano, una bomba lógica o un programa espía o *spyware*).

La seguridad informática se proyecta sobre software, bases de datos, archivos y todo lo que se pretende mantener al margen del conocimiento de otras personas. El intruso es la persona que consigue acceder a los datos o programas de los cuales no tiene acceso permitido (*cracker*, *defacer*, *script kiddie* o *Script boy*, *viruxer*, etc.). Los ataques producidos en la red son, sin duda, los más relevantes. Una peculiaridad de éstos es que en un porcentaje importante de los supuestos el atacante desconoce a quién pertenecen los servidores, cuál es su función o qué tipo

de información albergan (son «ataques a ciegas»). En este tipo de ataques, los servidores conectados a internet reciben multitud de intentos de acceso no autorizado, con el objetivo de utilizar los recursos de la máquina (*zombi*) u otro tipo de actividades ilícitas, sin importar quién sea el titular de dicho servidor o cuál sea la información que éste contiene.

Una vez que la vulnerabilidad es detectada se puede aprovechar de forma remota, mediante la ejecución de un troyano, formando lo que se denomina «redes de zombies», controladas por otro servidor *master boot* a través de canales IRC y que son empleadas e, incluso, ofrecidas a terceros con diferentes posteriores objetivos: realizar ataques DDoS, enviar SPAM, *phishing*, y realizar barridos de forma automática para detectar nuevos servidores vulnerables a los que añadir a la *botnet*. Las redes *botnet* hacen referencia a un grupo de equipos que funcionan de forma automática y remota y sin el control del usuario (zombies). La *botnet* se desarrolla, principalmente, mediante los llamados programas *partner*. Los desarrolladores del *malware*, normalmente, no expanden la red de computadoras infectadas personalmente, sino que pagan a terceros para que lo hagan.

Acceder sin autorización a datos o programas informáticos contenidos en un sistema informático o parte del mismo (arts. 4, 5 y 6) implica situarse en una posición que dé el dominio sobre los contenidos o el funcionamiento del propio sistema; la introducción lógica en el sistema otorga la posibilidad de controlar dichos datos. La exigencia de que se acceda a un sistema informático, convierte, aparentemente, en atípicos aquellos supuestos en los que se accede a dispositivos de almacenamiento de la información (memorias o discos duros externos o incluso interno), siempre que se acceda a ellos desde fuera del sistema operativo.

Los tipos penales también deben abarcar “mantenerse” dentro del sistema informático; el sujeto está obligado a abandonar el sistema en cuanto pierda la autorización para ello y, sin embargo, no lo hace; presupone, por lo tanto, dos circunstancias previas: a) la existencia de una autorización precedente de acceso y b) la pérdida de ésta (de forma expresa o tácita). Se trata de un supuesto que puede plantearse con frecuencia en el ámbito de la deslealtad de ex empleados (el llamado «fraude corporativo interno») o colaboradores, personas o entidades que han prestado servicios a otro (auditoría, reparación de sistemas, etc.), en definitiva, situaciones que requirieron que se le permitiera el acceso a los sistemas informáticos a determinados sujetos. En mi opinión, en el concepto «mantenerse» se subsumen también aquellos supuestos en que el sujeto mantiene el control de acceso [incluso sin tener que replicar la contraseña por recordarla el sistema de forma automática (*cookies*)] o mediante monitorización permanente.

Las conductas examinadas con los requisitos expuestos deben recaer sobre datos, programas o sistemas informáticos, etc. Nos remitimos en tal sentido a los conceptos definidos en el art. 3.

La exigencia de que los datos o programas se encuentren integrados en un sistema informático excluye del tipo, como antes se apuntó, el acceso a información contenida en dispositivos de almacenamiento de datos externos (memorias USB, memoria flash, DVD-ROM, DVD-RW, tarjetas de memoria, etc.), salvo que éstos se encuentren conectados al sistema informático, siendo típico, sin embargo, el almacenamiento on-line.

Desde un punto de vista subjetivo se trata de un delito doloso (intencionales, a sabiendas, etc.) sin finalidad subjetiva adicional distinta del mero acceso a los datos o programas. La exigencia de contacto con estos elementos supone, sin embargo, un paso más allá del mero acceso al sistema, que definiría al *hacking* puro, el cual no requiere más que el referido acceso.

La relación concursal con otros delitos puede resultar problemática, como ocurre en todos aquellos casos, como el presente, en los que la determinación del bien jurídico no resulta pacífica. La delimitación del interés de protección en la «seguridad informática», como elemento autónomo e independiente respecto a otros intereses, podría justificar que la solución del concurso de delitos en las situaciones de concurrencia con otros preceptos (por ejemplo, destrucción o aprovechamiento económico de los datos a los que se accede).

4. Sabotaje informático (delitos patrimoniales con ánimo de perjuicio)

4.1. Daños a sistemas informáticos (art. 7)

4.2. Técnicas de denegación de servicio (art. 14)

4.3. Manipulación de registros (art. 15)

4.4. Manipulación fraudulenta de tarjetas inteligentes o instrumentos similares (art. 16)

4.5. Alteración, daño a la integridad y disponibilidad de los datos (art. 19)

4.6. Interferencia de datos (art. 20)

El art. 7 contiene el tipo básico de sabotaje informático que regula conductas dañosas que pueden recaer tanto sobre un programa (y los datos que contiene) como sobre un sistema informático. Los arts. 14 y 15 se refieren a formas específicas de sabotaje, en concreto las llamadas técnicas de denegación de servicio. El art. 16 describe formas preparatorias tanto del fraude como del sabotaje informático. Finalmente, los arts. 19 y 20 se refieren a conductas dañinas para los datos informáticos que, en buena medida, entiendo podrían sancionarse a través de lo dispuesto en los otros preceptos.

Con la expresión «sabotaje informático» se suele aludir a una serie de conductas consistentes en la destrucción o menoscabo de sistemas, equipos, datos, programas o documentos informáticos. Las realizadas en el medio Internet, que ahora nos ocupan, están caracterizadas en su aspecto negativo por la ausencia de ánimo de lucro o enriquecimiento en el autor y con las cuales, sin embargo, se causan, de forma intencionada, importantes daños valubles económicamente al titular o titulares de la información o servicio afectado, todo ello mediante uno o varios ataques a los elementos lógicos del sistema.

En concreto, pueden distinguirse dos conductas esenciales, propias del medio, que reunirían las características descritas. En primer lugar, el bloqueo (inutilización) parcial o total temporal o definitivo de páginas web u otros servicios de internet. En segundo lugar, la destrucción o alteración total o parcial de contenidos, información o datos ajenos. La producción de tales resultados se puede conseguir mediante ataques o accesos no autorizados a espacios virtuales ajenos, utilizando principalmente dos vías: a) el mero aprovechamiento de la falta de cuidado del titular o encargado del control del servicio o página web; o b) el recurso a fórmulas técnicas específicas como la difusión de virus, troyanos, bombas lógicas o de tiempo, gusanos, *applets* hostiles, bacterias, denegación de servicio (DDOS), canales ocultos, puertas traseras (*backdoors*), *xploits*, prácticas de *sniffing* u otros de similar naturaleza.

Los instrumentos descritos permiten el acceso directo y/o a distancia al sistema; esto es, la introducción virtual del autor en la máquina donde se encuentran los datos o la difusión de algún elemento, que termina por dañar los elementos lógicos del sistema ajeno.

Un virus es una secuencia de código que se inserta en un fichero ejecutable denominado host, de forma que, al ejecutar el programa, también se ejecuta el virus; generalmente esta ejecución implica la copia del código viral o una modificación de éste en otros programas.

El troyano es un programa que simula ejecutar una función mientras que, realmente, ejecuta otra. Normalmente la tarea secundaria del troyano consiste en dar un control sobre la computadora de la víctima al atacante, bloquearle, etc.

Las bombas lógicas o de tiempo son programas que se activan al producirse un acontecimiento determinado. La condición suele ser una fecha (bombas de tiempo), una combinación de teclas, o ciertas condiciones técnicas (bombas lógicas). Si no se produce la condición permanece oculta al usuario.

Los gusanos son programas capaces de ejecutarse y propagarse por sí mismos a través de redes, en ocasiones portando virus o aprovechando *bugs* (fallos de seguridad) de los sistemas a los que se conecta para dañarlos.

Los denominados *applets* hostiles, al ser descargados, intentan explotar los recursos del sistema de una forma inapropiada; esto incluye desde ataques clásicos, como negaciones de servicio o ejecución remota de programas en la máquina cliente, hasta amenazas mucho más elaboradas, como difusión de virus, ruptura lógica de cortafuegos o utilización de recursos remotos para grandes cálculos científicos.

Los conejos o bacterias son programas que no dañan al sistema de forma directa, sino que se limitan a reproducirse, generalmente de forma exponencial, hasta que la cantidad de recursos consumidos termina por bloquearlo.

La llamada denegación de servicio (ddos) persigue hacer caer a la máquina, contra la que se realiza el ataque, mediante el envío de cantidades ingentes de información.

Un canal oculto es un cauce de comunicación que permite a un proceso receptor y a otro emisor intercambiar información, violando la política de seguridad del sistema; no es parte del diseño original del sistema, pero puede utilizarse para transferir información a un proceso o usuario que *a priori* no estaría autorizado a acceder a ella.

Las puertas traseras (*backdoors*) son códigos insertos en un programa que permiten, a quien conoce su funcionamiento, saltarse los métodos usuales de autenticación para realizar determinadas tareas. Habitualmente son introducidos por los programadores para agilizar las pruebas del código durante la fase de desarrollo de éste y se eliminan en el producto final, pero, en ciertas situaciones, el programador puede mantener estas puertas traseras en el programa funcional, ya sea deliberada o involuntariamente.

Los *xploits* son programas que se aprovechan de algún tipo de vulnerabilidad en el sistema donde se usan y, mayoritariamente, sirven para ganar privilegios en el equipo.

El *sniffing* consiste en filtrar todos los paquetes que pasan por una red, abriendo cada uno de ellos para examinar el interior, en busca de contraseñas o información útil.

Debe advertirse que los medios y fórmulas descritas, al permitir el acceso no autorizado a información protegida ajena, son también instrumentos o punto de partida para la eventual comisión de otros delitos, especialmente contra la intimidad. La privacidad y el valor económico de determinada información se sitúan, a grandes rasgos, en el mismo plano que las categorías del *hacking* (lesión de la privacidad), en el primer caso y *cracking* (causación de daños con medios informáticos), en el segundo.

En efecto, un *cracker* es alguien que viola la seguridad de un sistema informático para hacer daño de manera intencionada; elimina o borra ficheros, rompe los sistemas informáticos o introduce virus. En todo caso, dentro de los llamados *crackers* pueden distinguirse varias categorías: por ejemplo, los llamados *script kiddies*, esto es, bromistas de mal gusto; suele tratarse de personas normalmente muy jóvenes que penetran sin autorización en sistemas o crean y difunden virus informáticos para sentir su poder, para medirse con los otros y para desafiar al mundo de los adultos. Otros *crackers*, más sofisticados, penetran en sistemas informáticos para desafiar personalmente a los poderes establecidos, por ejemplo, a las grandes empresas y algunos utilizan su capacidad tecnológica como forma de protesta social o política frente al orden establecido. a los poderes establecidos, por ejemplo, a las grandes empresas y algunos utilizan su capacidad tecnológica como forma de protesta social o política frente al orden establecido.

En cambio, en la conducta del *hacker* están ausentes este tipo de objetivos. El llamado *hacker* realiza acciones no autorizadas, pero sin fines destructivos. Suelen ser accesos realizados sin autorización con el objetivo de conseguir determinada información; sin embargo, no la destruyen. Su conducta puede estar guiada, únicamente, por el deseo de vencer el reto intelectual que supone saltar las barreras del sistema, de descubrir, en suma, las lagunas de protección (*hacker blanco*).

La regulación penal europea tiene su origen en la Decisión Marco 2005/222/JAI, del Consejo de la Unión Europea de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información que, propone dos tipos penales dirigidos a sancionar las dos formas de acceso susceptibles de causar daño (no necesariamente patrimonial). De hecho, el patrimonio como objeto de protección, no aparece en todo el texto de la DM, ni tampoco en las propuestas de tipos que son las siguientes: Artículo 3. Intromisión ilegal en los sistemas de información. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para que el acto intencionado, cometido sin autorización, de obstaculizar o interrumpir de manera significativa el funcionamiento de un sistema de información, introduciendo, transmitiendo, dañando, borrando, deteriorando, alterando, suprimiendo o haciendo inaccesibles datos informáticos, sea sancionable como infracción penal, al menos en los casos que no sean de menor datos informáticos, sea sancionable como infracción penal, al menos en los casos que no sean de menor gravedad. Artículo 4. Intromisión ilegal en los datos. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para que el acto intencionado, cometido sin autorización, de borrar, dañar,

deteriorar, alterar, suprimir o hacer inaccesibles datos informáticos contenidos en un sistema de información, sea sancionable como infracción penal, al menos en los casos que no sean de menor gravedad.

Se castiga a quien destruya, dañe, modifique un programa o realice cualquier acto que altere el funcionamiento o inhabilite parcial o totalmente un sistema informático.

La acción típica se escinde, por lo tanto, en dos ámbitos claramente diferenciados: el de la información (programas y datos) y el de los sistemas (ambos informáticos). En cuanto a la información, se establece el castigo de todo acto de menoscabo o inaccesibilidad total o parcial de ésta. En lo que respecta a los sistemas, se pretende subsumir situaciones en las que la alteración no recae en la información, sino en el sistema que la soporta, como las que impiden de forma normal y/o temporal, su utilización (por ejemplo, bloqueo de servidores o páginas web), incluyendo en ese ámbito otras manifestaciones como el *mail bombing* (envío masivo de mensajes de correo electrónico con el objetivo de bloquear el sistema).

Son posibles manifestaciones típicas de omisión impropia, cuando el medio de ataque utilizado son las llamadas bombas lógicas, a las que antes nos referimos, en la medida en que desde su emisión se genera una situación de peligro que, como forma de injerencia, habrá de determinar la posición de garante y la inherente obligación de evitar el resultado lesivo antes de que ésta se active.

Tales conductas para ser típicas habrán de recaer sobre un objeto material ya definido en el art. 3 de la Ley.

En el caso de los daños informáticos, el daño no tiene por qué recaer sobre la sustancia o materia en la que se alojan los datos (soporte interno o externo: HD, CD, DVD, memoria USB, etc.), sino que basta con que se manifieste sobre su contenido. De este modo, será suficiente el borrado o alteración significativa de datos, aunque su soporte quede intacto (vgr. formatear el disco duro de un PC). Se produce, de este modo, una primera alteración del concepto tradicional de daño, basado en la destrucción o menoscabo de una cosa corporal que le quite o disminuya su valor.

El principal problema interpretativo que plantea esta modalidad delictiva, es la relativa a lo que ha de considerarse daño y su valoración. En cuanto a su valoración, entiendo que normalmente no va a ser posible acudir al llamado «valor de mercado», criterio de frecuente recurso respecto al tipo básico, basado en el valor de venta de la cosa menos la depreciación derivada del uso; o en valoraciones periciales, si no estuviera ya a la venta. Los datos afectados por los ataques que tienen lugar en el ámbito internet son, con frecuencia, elementos que no están en el mercado (v. gr. lista de clientes). Defendemos por ello el recurso en este ámbito al criterio del «coste de recuperación o restablecimiento de la información o del sistema». Parte de la doctrina que se ha ocupado de esta cuestión se ha decantado, sin embargo, por defender el criterio del «valor funcional», según el cual el valor de los datos, en el contexto analizado, vendrá determinado en función del provecho o utilidad que se puede obtener de ellos. Los datos valen según el servicio o utilidad que prestan. Entiendo, sin embargo, que este criterio aproxima demasiado el concepto de daño al de perjuicio, ya que la funcionalidad o utilidad que proporcionan los datos se basa en el beneficio (económico, en nuestro caso) que producen a quienes lícitamente los detentan. La ausencia o deterioro de éstos impide dicho beneficio o, incluso, genera perjuicios añadidos.

Por lo tanto, tal concepto funcional de daño formaría parte del perjuicio entendido en sentido amplio. Sin embargo, el perjuicio (al igual que en el tipo básico) debe quedar, por definición, excluido de la valoración del daño y sólo será relevante a efectos de determinación de la pena y de la responsabilidad civil.

Según opinión doctrinal mayoritaria, no subsiste el delito si los archivos dañados son susceptibles de recuperación a través de copias de seguridad, siendo necesaria su pérdida definitiva. Sin embargo, a mi juicio, surgen serias dudas sobre lo correcto de esta solución, pues entiendo que sí podría subsistir el delito si el coste económico de las horas de trabajo y demás medios necesarios para reactivar su funcionamiento supera dicha cuantía, pues forma parte del citado coste de recuperación.

Desde un punto de vista subjetivo, el perjuicio causado debe ser abarcado por el dolo (conocimiento y voluntad de que se afecta la información o el sistema); dicho aspecto puede ser más o menos determinable o alcanzar altos grados de concreción; pensemos, por ejemplo, en la creación y/o difusión de un virus nocivo, el cual puede pasar desapercibido, sin conseguir difundirse o, por el contrario, puede lograr una rápida difusión y llegar a causar pérdidas multimillonarias. En este último caso, normalmente, quedará amparado bajo el dolo eventual, pues no creo que existan razones para su expulsión del ámbito típico. Podrá, sin embargo, excluirse el delito, si el ataque se guía por otro tipo de motivaciones y el autor ni siquiera acepta como probable su causación.

El delito de daños informáticos concurrirá con frecuencia con el de acceso ilícito a sistemas informáticos ajenos (seguridad informática), dado que la causación del daño precisa, generalmente, el acceso no consentido al sistema y la consiguiente vulneración de medidas de seguridad preestablecidas para impedirlo. En tal ocasión, el concurso será de delitos, al protegerse bienes jurídicos diferenciados (el patrimonio en el caso de los daños y la seguridad vinculada a la intimidad y al secreto en el caso del segundo delito).

5. Fraudes informáticos (delitos patrimoniales con ánimo de lucro)

5.1. Estafa informática (art. 10)

5.2. Fraude informático (art. 11)

5.3. Hurto por medios informáticos (art. 13)

5.4. Manipulación fraudulenta de tarjetas inteligentes o instrumentos similares (art. 16)

5.5. Obtención indebida de bienes o servicios por medio de tarjetas inteligentes o medios similares (art. 17)

5.6. Provisión indebida de bienes y servicios (art. 18)

5.7. Divulgación no autorizada (art. 23)

5.8. Suplantación en actos de comercialización (art. 34)

5.9. Fórmulas específicas de fraude:

5.9.1. Obtención subrepticia de las claves de acceso a determinados servicios y uso indebido de ellas: a) sustracción sin el conocimiento de la víctima: archivos espía (spyware) y asimilados b) obtención fraudulenta de las claves: la propia víctima hace llegar al defraudador los datos necesarios para realizar las transacciones (phishing y sus variantes)

5.9.2. Transacciones de comercio electrónico fraudulentas

5.9.3. Envío de mensajes electrónicos con contenidos fraudulentos

El legislador salvadoreño ha recogido en numerosos preceptos lo que, por lo general, podría haberse englobado en muchos menos. Se recurre a un gran casuismo para sancionar lo que habitualmente se conoce como “fraudes informáticos”. Característica común de todos ellos es el fraude, el engaño y a la vez la búsqueda de un enriquecimiento patrimonial del autor.

Fraudes en internet

Una de las manifestaciones lesivas desarrolladas, con mayor frecuencia en la red, es precisamente aquella consistente en la producción fraudulenta de perjuicios patrimoniales a terceros. Esto es lo que, básicamente, podría englobarse bajo el concepto —no necesariamente jurídico— de estafa. La potencialidad de internet como instrumento comercial de intercambio (v. gr. comercio electrónico), junto al desarrollo en su ámbito de específicas actividades de carácter económico o financiero (v. gr. banca on-line) ha determinado, como consecuencia necesaria, el acceso al canal de quienes pretenden obtener un lucro ilícito. En efecto, el modelo clásico tradicional de fraude ha encontrado también acomodo en la red con infinidad de fórmulas más o menos ingeniosas. Así, en este medio se han desarrollado peculiares manifestaciones fraudulentas, algunas de las cuales coinciden, desde un punto de vista jurídico, con lo que, tradicionalmente, se viene entendiendo por estafa. El fenómeno se ha visto potenciado por el desconcierto inicial, la escasa adaptación al medio y la limitada percepción del riesgo de algunos usuarios, circunstancias aprovechadas por quienes pretenden desarrollar el fraude.

5.9. Fórmulas específicas de fraude

Exponemos a continuación cuáles son algunas de las principales fórmulas de fraude utilizadas en el medio internet, para más adelante ver si todas ellas son susceptibles de castigo penal a través de las diferentes formas de fraude, de acuerdo a la nueva regulación salvadoreña. Son muchas las posibles categorizaciones; sin embargo, con objeto de simplificar ese objetivo creo que es conveniente utilizar un criterio inicial basado en el método utilizado para cometer el fraude.

5.9.1 Obtención subrepticia de las claves de acceso a determinados servicios y uso indebido de ellas

a) Sustracción sin el conocimiento de la víctima: archivos espía (*spyware*) y asimilados

Entre las fórmulas significativas de fraude están aquellas mediante las cuales se logra la sustracción de datos que permiten la suplantación de personalidad de la víctima en el uso de un servicio de naturaleza económica; así, se obtienen, por ejemplo, las claves bancarias, datos de tarjetas de crédito o claves de acceso a determinadas páginas o servicios; dichos datos serán posteriormente utilizados para realizar disposiciones patrimoniales u obtener ventajas económicas en favor del autor o de otro. La fórmula a la que nos referimos implica, normalmente, el acceso al sistema operativo de la víctima a través de la red sin que ella sea consciente (sin olvidar tampoco una posible sustracción física de las claves de acceso).

El acceso a distancia a la computadora de la víctima puede tener lugar a través de múltiples vías. Sin embargo, en la actualidad suele producirse mediante el recurso a archivos espía (*spyware*)

—aplicaciones que se consiguen introducir en el PC de la víctima, y cuyo objetivo es el envío, a un lugar exterior (habitualmente a la computadora del defraudador), de datos del sistema donde están instalados (normalmente claves de acceso a determinados sistemas), sin el conocimiento del usuario—. En la práctica, las principales fórmulas empleadas por el software espía para propagarse son troyanos o bombas lógicas que se descargan desde internet y se ejecutan a través de controles ActiveX procedentes de fuentes poco fiables o inseguras, o mediante la instalación de programas *freeware* o *shareware* que los llevan ocultos.

Otra fórmula por la que los troyanos se consiguen descargar en la computadora del usuario, es a través del llamado *scareware*; se trata de la aparición en pantalla al acceder a determinadas webs de mensajes de advertencia (obtención de premios, detección de virus, etc.) que provocan que, debido al interés o a la preocupación del usuario por aquello que falsamente se le notifica, ejecute la descarga de una aplicación que contiene el *malware*.

Los más utilizados, lo que hacen es registrar todo lo que los usuarios teclean en su computadora (*keyloggers*), si bien, otros más complejos consiguen dicha información sin necesidad de que el usuario teclee nada, abriendo puertos y accediendo a la información cuando el usuario accede a un enlace determinado. De este modo, el defraudador se hace con información personal, como pueden ser los datos bancarios y las claves de acceso que serán posteriormente utilizados, en una segunda fase, para realizar transferencias a su favor o de un tercero.

Un troyano o caballo de Troya actual es un programa que, aparentemente, efectúa una función útil para quien lo ejecuta, pero que, en realidad, realiza una función que el usuario desconoce, generalmente dañina. Las bombas lógicas son similares a los troyanos, pero mientras que un troyano se activa cada vez que se ejecuta el programa que lo contiene, una bomba lógica sólo se activa bajo ciertas condiciones, como una determinada fecha, la existencia de un fichero con un nombre dado, o el alcance de cierto número de ejecuciones del programa que contiene la bomba; así, una bomba lógica puede permanecer inactiva en el sistema durante mucho tiempo sin activarse y, por tanto, sin que nadie note un funcionamiento anómalo.

b) Obtención fraudulenta de las claves: La propia víctima hace llegar al defraudador los datos necesarios para realizar las transacciones (phishing y sus variantes)

La obtención de datos de acceso necesarios para el fraude también puede conseguirse haciendo que sea la propia víctima la que los comunique directamente al defraudador, utilizando para ello específicas formas de engaño. En concreto, la más utilizada en la actualidad es la técnica del phishing (y sus variantes).

El conocido como phishing es una manifestación de la llamada ingeniería social y se activa, normalmente, con el envío masivo de correos electrónicos que, aparentando provenir de fuentes fiables —normalmente entidades bancarias—, adoptan su imagen corporativa: con logotipos, imágenes y textos que han sido recogidos del sitio real. Para ello suelen incluir un enlace que lleva a páginas web falsas con aspecto casi idéntico al de la entidad a la que suplantán, con el objeto de que el usuario no desconfíe de ella. Una vez allí se pide al cliente que introduzca, como ha hecho otras veces en la web auténtica, sus contraseñas o números de tarjeta de crédito, con lo que sus datos llegan a manos ajenas y listas para ser utilizados con fines delictivos (normalmente se le amenaza, además, con que, de no hacerlo, las cuentas serán canceladas o bloqueadas). En algunas ocasiones ni siquiera se redirige a la víctima a la web falsa,

sino que el mismo mail contiene un pequeño formulario en el que se pide al usuario que introduzca sus datos secretos de acceso y operaciones. El envío suele ser masivo e indiscriminado y, de este modo, algunos de los receptores resultan ser, efectivamente, clientes de la entidad suplantada. El grado de conocimiento actual de este tipo de fórmulas hace que el porcentaje de éxito en la realización del fraude sea ínfimo, lo cual, sin embargo, se ve compensado, precisamente, por el carácter masivo del envío (decenas o cientos de miles de receptores del mensaje fraudulento).

Desde el punto de vista de la responsabilidad civil, la entidad de crédito suele ser condenada a resarcir el daño causado al cliente, bajo la premisa de que debe ser ésta la obligada a probar la negligencia del cliente, respondiendo, en otro caso, de los daños. No debe desconocerse, en todo caso, que la cifra negra en este tipo de delitos es elevada, al preferir con frecuencia las entidades de crédito asumir los costes del fraude, evitando transmitir una imagen de vulnerabilidad.

Aunque en la mayoría de los casos analizados hasta la fecha, lo que se hace es suplantar la imagen corporativa y la web originaria de entidades bancarias; se han detectado otras fórmulas como las siguientes: encuestas falsas en nombre de organismos oficiales que tienen por objeto recoger datos personales de los usuarios que decidan participar en ella; páginas falsas de recargas de móviles con tarjeta de crédito o de venta de diversos productos (a precios sospechosamente baratos), en los que, una vez obtenidos los datos personales y de la tarjeta, la página enseña algún tipo de error o indica que la operación no se ha podido realizar; presuntos compradores que le piden al vendedor datos bancarios para pagarle el producto que tiene a la venta, los cuales serán utilizados para realizar transacciones ilícitas, etc.

Una variante del phishing es el pharming, que consiste en manipular las direcciones DNS (Domain Name Server) que utiliza el usuario. Los servidores DNS son los encargados de conducir a los usuarios a la página que desean ver. Pero, a través de esta acción, quien pretende defraudar consigue que las páginas visitadas no se correspondan con las auténticas, sino con otras creadas para recabar datos confidenciales, sobre todo relacionados con la banca on-line.

Tan sólo es necesario modificar un pequeño archivo llamado hosts, que puede encontrarse en cualquier máquina que funcione bajo Windows y que utilice Internet Explorer para navegar por internet. A través del pharming, cuando el usuario teclea en su navegador la dirección de la página a la que quiere acceder, es reenviado a otra creada por el hacker que tiene el mismo aspecto que la original. Así, el internauta introducirá sus datos confidenciales sin ningún temor, sin saber que los está remitiendo al defraudador.

En el caso de la banca on-line (tanto si los datos son sustraídos como si son enviados por la propia víctima) los autores de la sustracción, con las claves en su poder, suelen vender éstas o (mucho menos frecuente) proceder a su uso directo, para lo cual pueden abrir una cuenta bancaria a la que remiten el dinero mediante transferencia on-line. Estas cuentas se situarán, normalmente, en sucursales bancarias de terceros países a donde acuden de modo inmediato a retirar el dinero. Para ejecutar estafas de importantes partidas de dinero, los autores suelen fraccionar las transferencias a diferentes entidades bancarias, aunque muy próximas geográficamente, de manera que el cobro se podría materializar en un breve espacio de tiempo.

En la práctica, cada vez es más frecuente la intervención de terceros, éstos, conocidos con el nombre de «mulas» o «muleros», son quienes prestan sus cuentas bancarias personales para recibir el dinero y, tras quedarse con una comisión, lo remiten a donde les han indicado los autores del fraude (normalmente giros postales al extranjero que no identifican al receptor). Los muleros suelen ser captados a través de internet mediante todo tipo de fórmulas; por ejemplo, supuestas y engañosas ofertas de trabajo, para lo que tienen que rellenar un cuestionario que se ofrece en una página web de la supuesta empresa contratante y facilitar un número de cuenta en la que se van a ingresar transferencias de supuestos clientes ofreciendo, a cambio, una comisión o porcentaje del dinero recibido; se alega, en otras ocasiones, la imposibilidad de abrir una cuenta al no ser el sujeto residente; en otros casos la oferta se basa, únicamente, en la posibilidad de ganar dinero fácil.

Desde un punto de vista penal, el asunto desde hace tiempo viene planteando la interesante cuestión relativa a una posible responsabilidad penal de los intermediarios; en definitiva, si puede ser sancionada la conducta de quienes ponen sus cuentas al servicio de los defraudadores a cambio de dinero (como hemos dicho denominados «muleros»). La respuesta no es sencilla y la jurisprudencia, hasta la fecha, está ofreciendo respuestas no coincidentes. En primer lugar, habrá de distinguirse aquellas situaciones en las que éstos desconocen totalmente que están colaborando en la realización de un acto delictivo de las que lo conocen o, más frecuentemente, se lo imaginan (actuando, por tanto, con dolo eventual). En el primer caso debe descartarse cualquier tipo de responsabilidad. Más dudas se suscitan en el segundo (conocimiento de la posible actuación delictiva). En definitiva, en un primer momento la cuestión debe centrarse en el grado de conocimiento del sujeto respecto a su eventual participación en una actividad delictiva, valoración que no resulta sencilla.

En el caso de que se pueda llegar a la conclusión de que el sujeto, de algún modo, conocía o aceptaba estar participando en un hecho delictivo se plantea una segunda cuestión. Si tal hecho puede ser subsumido desde un punto de vista objetivo en alguno de los tipos penales. En concreto, puede plantearse una eventual subsunción en los tipos penales de estafa, blanqueo de capitales e incluso receptación.

Considero, sin embargo, que no es posible la subsunción en el tipo de receptación. Aparentemente, cuando el mulero actúa con ánimo de lucro y, con conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio, ayuda a los responsables a aprovecharse de los efectos de éste; sin embargo, el delito en cuestión no está aún consumado, sino que, precisamente, la recepción por parte del mulero es el último momento necesario para determinar la consumación (perjuicio o pérdida patrimonial que se deriva de la disposición patrimonial).

En cuanto a una posible participación delictiva en un delito de estafa común (en ningún caso informática), el acto a valorar radicaría en la entrega de un número de cuenta propio, sabiendo de forma cierta o admitiendo la posibilidad de que ésta sea utilizada para cometer el fraude. A mi juicio, si está presente el elemento subjetivo, se tratará, normalmente, de una aportación idónea esencial para fundamentar la imputación objetiva de una acción de cooperación necesaria, al haber removido obstáculos que hubieran impedido o dificultado la acción del autor. Sin embargo, no debe olvidarse que la posibilidad de admitir la participación con dolo eventual en el delito de estafa no es pacífica.

5.9.2. Transacciones de comercio electrónico fraudulentas

Muchas de las conductas fraudulentas se producen en operaciones de comercio electrónico; se trata, básicamente, de fraudes en la entrega de la cosa (por parte del vendedor) o en el pago del precio (por parte del comprador). Por lo tanto, de ellas pueden ser víctimas tanto los consumidores como las empresas que lícitamente se dedican a este comercio, e, incluso, las entidades bancarias que ponen a disposición del presunto vendedor los instrumentos de pago.

Las fórmulas habituales de fraude consisten en el envío o la entrega de un bien que no reúne las características con base en las cuales se realizó su oferta y adquisición (por ejemplo, venta de medicamentos falsos, que, además, puede afectar a la salud) o incluso en la falta de envío o entrega, utilizando como formas de pago el pago anticipado o contra reembolso. Desde el punto de vista del adquirente, la mayoría de los supuestos fraudulentos se basan en la ausencia de pago y suplantación de la personalidad del comprador real, haciendo soportar los cargos de éste a una tercera persona que desconoce la operación.

5.9.3. Envío de mensajes electrónicos con contenidos fraudulentos

Nos referimos ahora a los supuestos en los que el mensaje electrónico (correo, chat, redes sociales, etc.) es un simple medio de contacto con la víctima (como lo podría ser una conexión telefónica o el correo ordinario) para desarrollar diversos fraudes. Se trata, por ejemplo, de la llamada «estafa nigeriana», consistente en el envío masivo de e-mails que ofrecen a los remitentes diversas opciones de ganar dinero: premios de lotería, negocios «fáciles» (normalmente, para recibir el dinero, primero hay que desembolsar una cantidad supuestamente destinada a sufragar trámites previos); mensajes de correo electrónico en los que se comunica al receptor que se le hará un cargo en su tarjeta de crédito por una compra nunca efectuada; en él se suministra a la vez un número de teléfono para cualquier aclaración que implica una conexión internacional en la que se mantiene a los afectados durante varios minutos; etc.

Un supuesto más reciente es del que han sido víctimas un número importante de usuarios de Facebook. Estos recibieron en su perfil un mensaje que, aparentemente, les había enviado un amigo, pero que, realmente, procedía de los ideólogos de la estafa. En el interior de este mensaje había un enlace que los dirigió a una página web con una encuesta en la que se pedían datos personales. Uno de ellos era el número de teléfono móvil, con la disculpa de dar de alta a los usuarios a un servicio realmente inexistente. El alta tenía un coste ficticio que se cobraba a las víctimas y que llegó a manos de los estafadores. El mensaje se reenvía a la lista de contactos (amigos) potenciando las posibilidades de reiterar la conducta fraudulenta.

6. Protección de la intimidad y del secreto

6.1. Espionaje informático (art. 12)

6.2. Utilización de datos personales (art. 24)

6.3. Obtención y transferencia de información de carácter confidencial (art. 25)

6.4. Revelación indebida de datos de carácter personal (art. 26)

La protección de la intimidad y del secreto se articula a través de diferentes tipos penales. En el art. 12 se regula el llamado espionaje informático y en él se castiga la obtención indebida de información reservada y confidencial. En el art. 24 se castiga el uso de datos personales, no

autorizado, a través de las tecnologías de la información. En el art. 25 se reprime la obtención y transferencia de información de carácter confidencial y en el art. 26 la revelación, difusión o cesión de datos o información de carácter personal.

Junto a las conductas lesivas realizadas en internet a través de ataques a la información con trascendencia patrimonial (conductas propias de los llamados *crackers*) han proliferado, también, los accesos a datos reservados realizados con objeto de obtener información personal o profesional ajena (conductas propias del *hacker*, entendido en un sentido amplio). En todo caso, deben recordarse dos datos previos ya apuntados; primero, que ambas conductas dañinas pueden concurrir simultáneamente y, en segundo lugar, el mero acceso no autorizado a datos contenidos en un sistema informático ajeno vulnerando las medidas de protección existentes.

La tipificación de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos se sustenta de forma genérica sobre el deseo de protección del bien jurídico intimidad, entendido —como veremos— en un sentido amplio. En el caso que nos ocupa, la intimidad ejerce como contrapunto y límite de otro bien, la denominada libertad informática. El derecho a la intimidad y a la propia imagen, en su dimensión personal, aparece como derecho fundamental estrictamente vinculado a la propia personalidad, derivado de la dignidad de la persona, e implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario para mantener una calidad mínima de la vida humana. Se muestran así esos derechos como personalísimos y ligados a la misma existencia del individuo. La protección viene referida al «ámbito de lo privado» es decir, lo que en su sentido semántico se define como «particular y personal de cada uno», que se ha venido en denominar «privacidad», en consonancia con el vocablo anglosajón «*privacy*».

Apoderamiento del correo electrónico e interceptación de comunicaciones en la red

Una de las prácticas más habituales, y a la vez nocivas, en la red consiste en aprovechar su gran potencialidad como medio de comunicación interpersonal para acceder a información ajena personal (en tanto se pretende excluir de ella a los demás), atentando, de este modo, contra aspectos relevantes de la intimidad o secreto personales. Precisamente para hacer frente a los atentados contra el primero de los bienes citados (intimidad personal, incluidos los que se producen en el ámbito internet).

En la práctica, lo más frecuente es el acceso a correos electrónicos ajenos mediante la obtención por diversos procedimientos de claves de direcciones de correo de acceso gratuito (hotmail, yahoo, gmail, etc.), mediante alguno de los medios ya descritos. Se trataría, en consecuencia, según lo expuesto, de supuestos de «interceptación», ya que el correo aún no ha sido recibido por los destinatarios.

Los concretos medios de apoderamiento e interceptación en el ámbito internet pueden ser múltiples. Desde el acceso material a PC ajeno por procedimientos tradicionales, como aprovechar el descuido de su titular, mediante engaño a éste, sustracción de claves, etc., hasta fórmulas más complejas como el recurso a *sniffers* (capturadores de correo electrónico) o *spyware* (archivos espía) que permiten hacerse con la información de la computadora de la víctima y a los cuales ya nos referimos antes y también al analizar las fórmulas de estafa en la red.

Una de las cuestiones más complejas es la relativa a la determinación de cuál es el límite y contenido exacto de la privacidad que se protege en estos supuestos. Debe, en concreto, plantearse si es preciso un perjuicio constatable de la intimidad personal de la víctima (conocimiento de datos personales en sentido estricto) o si, por el contrario, es suficiente el mero acceso a información reservada ajena (con el ánimo de vulnerar la intimidad), aunque ésta resulte ser intrascendente desde el punto de vista de la intimidad estrictamente personal. De forma mayoritaria se ha defendido esta última opción; primero, porque los tipos penales protegen no sólo la intimidad propiamente dicha, sino también el secreto de las comunicaciones; recordemos, en tal sentido, que la propia redacción del precepto contiene un elemento subjetivo referido al doble concepto: el que para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, con lo que se incluye expresamente, junto a la intimidad —y como algo aparentemente distinto—, el concepto de secreto. En segundo lugar, porque no parece que deba fomentarse una actividad probatoria sobre aspectos personales, dirigida a medir el nivel de intimidad afectado, la cual puede terminar sacando a la luz, y por ello menoscabando, aquello que precisamente se pretende proteger, con lo que la privacidad se vería doblemente vulnerada.

De acuerdo con todo lo apuntado en las páginas anteriores, para la consumación delictiva es suficiente con el mero apoderamiento o interceptación de la información reservada, mediatizado por el elemento subjetivo (ánimo de descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro), sin que se precise el descubrimiento efectivo del secreto, si bien la conducta habrá de ser potencialmente lesiva para la intimidad entendida del modo expuesto.

7. Delitos informáticos contra niñas, niños y adolescentes o personas con discapacidad (delitos relativos a la pornografía infantil) (capítulo IV: arts. 28, 29, 30, 31, 32 y 33) y art. 27 (acoso a través de las tecnologías de la información y comunicación)

Regulación del delito de difusión de pornografía infantil (art. 29)

La aparición de internet en los años noventa del siglo pasado disparó cualitativa y, sobre todo, cuantitativamente un fenómeno hasta entonces marginal, el relativo a la creación y posterior distribución de materiales pornográficos elaborados con personas menores de edad. La aparición de un canal que facilita comunicaciones instantáneas desde cualquier parte del mundo y ciertas posibilidades de anonimato ha sacado a la luz una importante demanda oculta de este tipo de materiales. Las fórmulas tradicionales (el correo postal o la adquisición mediante la presencia física del interesado en el lugar de venta) eran escasamente operativas y demasiado arriesgadas para el autor.

La preocupación por el progresivo incremento de conductas atentatorias contra la indemnidad sexual de los menores viene motivando, desde hace más de una década, continuas iniciativas internacionales.

Destacamos en primer lugar, la Convención sobre los Derechos del Niño, que obliga a los países que la han ratificado, a tomar las medidas necesarias para proteger a los niños de «toda forma de abuso físico o mental, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual» por parte de sus padres u otras personas que los tengan a su cargo. En segundo lugar, tanto en el Primer Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de los Niños (Estocolmo, 1996), como en el segundo (Yokohama, Japón, diciembre 2001), los representantes de los países participantes declararon la necesidad de poner en marcha una acción concertada a todos los

niveles (local, nacional e internacional) frente al número creciente de niños en todo el mundo que son objeto de explotación y abusos sexuales.

A nivel europeo la preocupación por este problema es una constante en los últimos años. Así, el Consejo Europeo de Viena, celebrado los días 11 y 12 de diciembre de 1998, hizo un llamamiento para que se desarrollaran a escala europea e internacional, las iniciativas de protección de los niños, especialmente en el campo de la pornografía infantil en internet. Expresamente el Consejo de la Unión Europea, el 29 de mayo de 2000, aprobó una decisión relativa a la lucha contra la pornografía infantil en internet. En ese documento se recoge, entre otros aspectos, la necesidad de reforzar las medidas de prevención, al tiempo que se pide a los Estados miembros que establezcan una cooperación más amplia y rápida para facilitar la investigación y la persecución de estos hechos, debiendo, al mismo tiempo, verificar la evolución tecnológica para que la lucha contra la pornografía infantil sea eficaz. Debe también destacarse 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, etc.

Una de las cuestiones más relevantes es la determinación del interés o bien jurídicamente protegido por los diferentes tipos y afectado por las conductas que nos ocupan. Hoy apenas es objeto de discusión la nocividad para la denominada indemnidad sexual de personas menores de cierta edad que son sometida a prácticas de índole sexual con el objeto que sea, incluida la elaboración de material pornográfico, entendida como derecho a un normal y libre desarrollo de la personalidad, bien constitucionalmente tutelado y, en particular, en su vertiente psíquica que comprende el descubrimiento espontáneo de la sexualidad, sin intromisiones de personas adultas, ni experiencias traumáticas que han de incidir negativamente en su bienestar psíquico y que pueden condicionar negativamente su vida.

Según el informe de ANESVAD (2001), desde el punto de vista psicológico, las conductas sexuales con niños conllevarían importantes riesgos de tipo emocional, sufriendo secuelas de este tipo entre el 60 y el 80% de las personas menores durante los dos años siguientes a la agresión, mientras que entre el 17 y el 40% sufre patologías clínicas. Los trastornos que pueden llegar a sufrir tales personas menores de edad, son también un mayor riesgo de desarrollar problemas interpersonales y psicológicos, como estrés postraumático (hasta el 48% de los casos), estructuración paranoide de la personalidad, desconfianza relacional con los adultos, inestabilidad emocional, vergüenza excesiva, autoestima gravemente dañada, ansiedad, angustia, miedo, estigmatización, culpabilidad, depresión, etc. Su comportamiento también se verá afectado, pudiendo presentar conductas antisociales, agresividad, conflictos con la familia y los amigos.

Sin embargo, la determinación del bien jurídico afectado ya no resulta tan sencilla, si analizamos los efectos concretos de las conductas de quienes, sin haber participado en la elaboración del material pornográfico, lo distribuyen, lo poseen para su distribución y aún mucho menos claro cuando se trata de quienes simplemente los poseen para autoconsumo. También surgen dudas en este sentido, cuando el objeto sobre el que recae la conducta típica es material pornográfico en el que no han sido utilizados directamente personas menores de edad o incapaces, sino que se emplea su voz o imagen alterada o modificada.

En tales actuaciones, el objeto de la acción son los citados materiales y no las personas menores, por lo que no resulta sencillo determinar dónde se encuentra el daño, ni cuál es el concreto bien afectado. Como apuntamos, en ningún caso se sancionaría penalmente la lesión causada a la indemnidad sexual de las personas menores que aparecen en el material pornográfico que se difunde, y que han sido previamente utilizados para su elaboración, pues el pleno desvalor de esas conductas ya se contiene en el supuesto recogido en los tipos penales correspondientes.

Hasta la fecha, se han formulado diversas propuestas respecto a cuál pueda ser el interés afectado por este tipo de conductas. La posible respuesta a la cuestión planteada podría encontrarse, en primer lugar, en la presencia de un delito de peligro abstracto respecto a la indemnidad y/o libertad sexual de las personas menores (de edad), peligro para el conjunto de personas menores o cuando menos para quienes, por encontrarse en determinadas situaciones sociales, económicas o geográficas, se les considera víctimas potenciales de este tipo de prácticas. Dicho criterio se basaría en que, tanto los actos de difusión de pornografía infantil, como los relacionados con ella pueden determinar —en base a la experiencia general— un aumento de la oferta. De este modo, la puesta en el «mercado» de estos materiales supuestamente generaría nuevas necesidades estimulando la demanda. Si aumenta la demanda, aumentaría también la oferta, y la oferta sólo puede satisfacerse utilizando a personas menores «de carne y hueso» en prácticas de naturaleza sexual, para tomar las imágenes o realizar grabaciones en otros soportes.

Ahora bien, el mecanismo descrito dista mucho de haber sido demostrado; existe incluso quien sostiene que la prohibición de poseer estos materiales elimina una vía de satisfacción de carácter estable o permanente para este tipo de deseos de carácter sexual, cuya ausencia podría incrementar el peligro de que éste se satisfaga no con imágenes o vídeos, sino recurriendo a personas menores reales. Además, y curiosamente, la prohibición de posesión podría fomentar otro tipo de conductas (atípicas) como la mera visualización (sin descarga), la cual —por su carácter dinámico— requiere mayores cantidades de material para satisfacer la demanda.

Sin embargo, la Propuesta de Decisión marco del Consejo relativa a la lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de la niñez y la pornografía infantil, tiene por objeto tipificar las nuevas formas de explotación y abusos sexuales que utilicen las TI. Esto incluye la obtención de acceso, a sabiendas, a la pornografía infantil, a fin de incluir aquellos casos en los que la visión de pornografía infantil a partir de sitios de internet sin descargar ni almacenar imágenes, no equivale a la «posesión» ni a la «adquisición» de pornografía infantil.

En el caso de la pornografía virtual (material pornográfico en el que no habiendo sido utilizados directamente personas menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada) el peligro para el referido bien jurídico aún se hace más difuso, precisamente porque nunca se han utilizado menores en comportamiento sexual alguno para elaborar los materiales.

Por lo que respecta a la intimidad, no puede desconocerse que nada impediría subsumir estos casos en los artículos que protegen dicho bien jurídico y a los que antes nos referimos.

El concepto de «material pornográfico»

El precepto describe el contenido del objeto material del delito utilizando la expresión «material pornográfico» (referido a personas menores o incapaces). Se plantea con ello la clásica y difícil pregunta acerca de lo que es y lo que no es pornográfico. La respuesta normalmente varía según el momento, el lugar y la persona u órgano que se pronuncia sobre la cuestión. En los últimos años diversos organismos han tratado de delimitar el concepto. Citamos a continuación algunos de los más relevantes.

El Consejo de Europa lo ha definido como «cualquier material audiovisual que utiliza niños en un contexto sexual» [Recomendación R (91) 11 e Informe del Comité Europeo de Problemas Delictivos (1993)]. En un sentido similar, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en Pornografía [Asamblea General —Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000—], entiende por pornografía infantil «toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales». Estos conceptos contienen, a mi juicio, el elemento esencial definidor de lo pornográfico (en este caso de carácter infantil), que es la representación en los materiales de conductas de menores reales en un contexto sexual, excluyéndose del concepto de lo «pornográfico» la mera desnudez.

Sin embargo, algunas otras definiciones han ampliado de un modo significativo los elementos conformadores del referido concepto. Así, por ejemplo, según el —antes citado— Convenio sobre cibercriminalidad de Budapest (23-11-2001) debe entenderse por «pornografía infantil» 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 un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito.

Del mismo modo, la más descriptiva Decisión marco del Consejo relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil (2004/68/JAI del Consejo de 22 de diciembre de 2003). En concreto su artículo 1 la define como «cualquier material pornográfico que describa o represente de manera visual: i) a un niño real practicando o participando en una conducta sexualmente explícita, incluida la exhibición lasciva de los genitales o de la zona pública de un niño, o ii) a una persona real que parezca ser un niño practicando o participando en la conducta mencionada en el inciso i), o iii) imágenes realistas de un niño inexistente practicando o participando en la conducta mencionada en el inciso i)». Vemos, por tanto, cómo amplía el concepto a supuestos en los que realmente no intervienen personas menores reales (adulto que parezca menor de edad o imágenes ficticias de menores).

El Tribunal Supremo español ha puesto el acento en el ánimo de excitación fomentado por los materiales, si bien también extiende notablemente su objeto:

«las descripciones literarias o gráficas de actos sexuales que no vengan justificadas por propósito artístico o científico alguno y cuya exclusiva finalidad sea el excitar la lascivia de quien los lea o contemple» [STS de 2 de marzo de 1983 (RJ 1983\1749)].

La inclusión de la descripción literaria determina nuevamente una extensión a supuestos en los que no ha habido contacto ilícito con persona menor real alguna. Apoyándose en esta amplia definición, desde determinados ámbitos se promueve, en lo que constituiría una nueva expansión del ámbito típico, el castigo de textos pornográficos referentes a personas menores (la llamada pornografía literaria).

La posterior STS de 2 de noviembre de 2006 (RJ 2006\8165) considera, a través de un concepto escasamente riguroso, que la pornografía «*es aquello que desborda los límites de lo ético, de lo erótico y de lo estético, con finalidad de provocación sexual, constituyendo por tanto imágenes obscenas o situaciones impúdicas*». STS núm. 796/2007, de 1 de octubre de 2007: «*La doctrina y la jurisprudencia suelen cifrar la condición pornográfica de una conducta o de un material en los siguientes requisitos: a) que el mismo consista o represente obscenidades cuya única finalidad sea excitar el instinto sexual; b) que dicha obscenidad exceda claramente el erotismo que tengan por admisible las convenciones sociales de cada lugar y momento; y, c) que, si se trata de una obra, carezca de justificación científica, literaria o artística*».

En la línea restrictiva antes apuntada, y frente a las tendencias expansivas expuestas, consideramos que por pornografía infantil debe entenderse la representación visual y real de un menor desarrollando actividades sexuales explícitas. A partir de eso debe exigirse, en primer lugar, la plasmación en un elemento visual (foto o vídeo), en el que, en segundo lugar, intervengan menores reales, quedando excluidos los mayores de edad (pornografía técnica) y las representaciones ficticias de menores (pornografía infantil artificial: dibujo animado de un menor y pseudopornografía o pornografía infantil virtual: imágenes ficticias con fotos de menores reales). La «pornografía» requeriría la presencia de actos sexuales explícitos o cuando menos gestos o representaciones de claro contenido sexual y, desde luego, no es pornografía la mera desnudez.

En tal sentido, también, STS (España) de 8 de marzo de 2006 (RJ 2006\1827): «*En efecto, el artículo 189.1.a) (en versión dada por LO 11/1999 castiga la utilización de menores de edad o incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas pornográficos (...). Ahora bien, tiene razón el recurrente cuando argumenta que la imagen de un desnudo «no puede ser considerada objetivamente material pornográfico (...) «lo que no puede predicarse sin más de un desnudo, luego en la medida (sic) que en el hecho probado no se especifica dicho contenido de obscenidad o impudicia resulta insuficiente para subsumir los hechos en el delito por el que han sido calificados*»; vid. también la STS citada de 2 de noviembre de 2006 (RJ 2006\8165).

Personas con discapacidad

Junto a las personas menores de edad (niños, niñas y adolescentes), son objeto de protección las personas con discapacidad, entendidas como todas aquellos, haya sido declarada o no su incapacitación, que padezcan una enfermedad de carácter persistente que les impida gobernar su persona o bienes por sí misma. La referida previsión, en abstracto, resultaría acertada desde el momento en que se trata de personas que, aun habiendo adquirido la mayoría de edad, carecen de capacidad suficiente para comprender el acto de naturaleza sexual (pornográfica) en el que participan. Sin embargo, esta previsión carece de sentido y en la práctica resulta inoperante y, de hecho, otros ordenamientos como el italiano o el francés han renunciado a su tipificación. No existe en la actualidad un mercado de producción, distribución y consumo de pornografía de

adultos con discapacidad y, además, las posibilidades de probar que el dolo del autor abarca tal elemento son muy escasas.

Se castiga también la llamada **pornografía infantil técnica**; esto es aquella en la que se altera la imagen de adultos que participan en actos de contenido sexual para que parezcan menores de edad (un adulto que aparece caracterizado como un menor, adoptando un comportamiento sexualmente explícito).

Distribución de pornografía: distribución activa y pasiva

Los espacios virtuales donde se desarrolla actualmente la difusión de pornografía infantil dentro del ámbito internet se encuentran en permanente evolución; así, por razones de «seguridad» de quienes intercambian este tipo de materiales, la distribución a través de webs personales ha ido perdiendo peso en beneficio de las comunidades, foros, programas de intercambio, correo electrónico, FTP, BBS, IRC, redes P2P, etc. Las comunidades de intercambio que se configuran en alguno de los modelos indicados, son sitios en los que el administrador suele restringir la entrada a determinados usuarios, lo que también limita las posibilidades de localización de los contenidos ilegales. En concreto, para poder formar parte de estas zonas, normalmente se exige tomar parte activa, compartiendo pornografía infantil con otros miembros, lo que permite renovar los archivos comunes. Los usuarios que no compartan material en el tiempo que establezca el administrador, serán normalmente expulsados. Esta situación provoca que el consumidor de pornografía infantil se convierta, al mismo tiempo, en distribuidor de este tipo de material y que se genere un sistema de producción geométrica de materiales.

El conocimiento de la minoría de edad y su prueba

El sujeto que distribuye o posee las imágenes pornográficas debe ser consciente de que quienes aparecen en ellas son personas menores o incapaces, siendo suficiente que éste acepte dicha posibilidad, pues no existen en el tipo razones para excluir el dolo eventual. Además, en el caso de la distribución pasiva (redes P2P) para subsumir la conducta en las formas de distribución (y no la mera posesión) es preciso el conocimiento de que los archivos están compartidos y que, por lo tanto, se encuentran al alcance de terceros.

Sobre la primera cuestión planteada, resulta, sin embargo, muy complicado probar que el dolo del autor abarca la minoría de edad, al no existir, salvo en márgenes de edad bastante inferiores a los 18 años, parámetros de desarrollo físico que permitan asegurar con cierto grado de certeza la minoría de edad con la simple contemplación de las imágenes.

El precepto francés, antes enunciado, resuelve parcialmente el problema de un modo expeditivo, aunque quizá discutible, extendiendo la aplicación del precepto a «las imágenes pornográficas de una persona cuyo aspecto físico sea el de un menor de 18 años». Por su parte, el art. 609-sexies CP italiano establece una dura y sorprendente presunción *iuris et de iure*, al disponer que «el culpable no puede invocar, en su defensa, la ignorancia de la edad de la persona ofendida».

Los criterios utilizados por la jurisprudencia para probar el conocimiento de la edad de la víctima: en la práctica, suelen ayudar a la prueba de este elemento subjetivo, la presencia de determinados datos, como que el sujeto haya reclamado en la red ese tipo de materiales o que existan alusiones a la condición de persona menor de edad en el texto que acompaña a muchos de los envíos (especialmente en los canales IRC). La situación fáctica, radicalmente distinta, determina que no deba ser necesariamente aplicable el criterio jurisprudencial establecido para el resto de los delitos homogéneos al analizado, según el cual el sujeto activo está obligado a cerciorarse de la edad de la víctima.

La creencia errónea de que los sujetos reflejados en las imágenes son mayores de edad constituye un error de tipo.

Si difícil resulta probar el conocimiento de la minoría de edad, la cuestión resulta poco menos que quimérica en el caso de los incapaces. Sería necesaria una verificación pericial —que normalmente no es viable— para constatar la incapacidad, ya que, como sabemos y el propio precepto así lo prevé, con frecuencia el material tiene su origen en el extranjero o es de procedencia desconocida. Cuando excepcionalmente pueda probarse dicha incapacidad, el sujeto podrá alegar un error de tipo generalmente invencible con las consecuencias antes descritas. En todo caso conviene recordar que, a día de hoy, no existe un número significativo de personas interesadas en materiales pornográficos de personas incapaces adultas.

8. Problemas de persecución: anonimato: Policía especializada y la necesaria conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones

La persecución de una parte importante de los delitos contenidos en la nueva ley va a resultar muy complicada, al no haberse previsto en la misma preceptos (o mediante la aprobación de una nueva ley) que obligue a los operadores de internet a conservar datos relativos a las comunicaciones electrónicas. Con frecuencia no sabemos quién ha sido el autor de un delito informático (pensemos en una amenaza que recibimos por un correo anónimo o cuando se detecta en la red pornografía infantil, etc.).

En efecto, al margen de las deficiencias en la construcción de los tipos penales, existen otros fenómenos que determinan graves obstáculos en la lucha contra esas formas de criminalidad; se trata, en concreto, de factores que dificultan la detección y persecución del delito cometido a través de internet, lo que explica el extraordinario éxito del medio como canal de ejecución delictiva.

Entre esos factores se encuentra el anonimato potencial del autor y la ejecución a distancia, propios de este medio. Con relación al primero, las dificultades existentes para detectar la comisión de un delito ejecutado a través de internet pueden ser significativas. La tarea de delimitar quién es el autor de la acción presuntamente delictiva tampoco es siempre sencilla. Cada computadora tiene asignada una dirección IP en el momento de conectarse a internet. Su seguimiento y detección en muchos casos a priori no resulta complejo, incluidos los supuestos en que ésta tiene un carácter dinámico. Sin embargo, los actuales protocolos IP no garantizan siempre la determinación de la dirección del emisor, ya que puede ser manipulada.

Una vez identificada la IP, el proceso de identificar al titular de la línea a la que dicha IP se ha asignado se inicia mediante solicitud al juzgado, para que libre o autorice mandamiento dirigido a los proveedores de acceso a internet, con el fin de que éstos informen de cuantos datos posean en orden a proceder a la identificación descrita. A continuación, mediante auto del tribunal que la autoriza, se lleva a cabo la diligencia de entrada y registro en el domicilio o sede del titular de la línea, en cuya acta levantada bajo la fe pública del secretario judicial, se hace constar que se accede a la computadora y a los ficheros del acusado, obteniendo copia de éstos.

En los primeros años de vida de internet, la identificación de la máquina desde la que se ejecutaba la conducta delictiva se presentaba especialmente compleja, por las escasas obligaciones de control impuestas a los prestadores de servicios y el frecuente borrado de archivos log por parte de los proveedores de acceso. El *log* de visitas es un archivo creado por el servidor, donde se registran las acciones que los usuarios generan en la web. En él se contiene, cuando menos, la IP del usuario, la fecha, el archivo pedido, la ID de contestación, la página desde la que se pide el archivo, información sobre versión del navegador y terminal del usuario. En definitiva, el control de los archivos log es una de las principales herramientas con las que se cuenta para conocer los detalles de las tareas realizadas en el sistema y, por tanto, para la investigación de un eventual delito.

En el modelo español, en el año 2007 se aprobó la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones. Se pretende, con esta normativa, hacer frente a las dificultades de persecución de las formas de criminalidad que se sirven de internet, dificultad que —según algunos— habría explicado el extraordinario éxito del medio como canal de ejecución delictiva. Ciertamente, la tarea de delimitar quién es el autor de la acción presuntamente delictiva en este medio depende de la localización de la máquina u computadora desde la que se ejecuta la acción, así como el contenido de las comunicaciones.

La norma tiene por objeto la regulación de la obligación de los operadores de conservar los datos generados o tratados en el marco de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación, así como el deber de cesión de dichos datos a los agentes facultados siempre que les sean requeridos a través de la correspondiente autorización judicial con fines de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal o en las leyes penales especiales. Son destinatarios de las obligaciones relativas a la conservación de datos impuestas en esta Ley los operadores que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público o exploten redes públicas de comunicaciones, en los términos establecidos en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

Los datos que deben conservarse por los operadores con respecto al acceso a Internet, correo electrónico por Internet y telefonía por Internet son: la identificación de usuario y el número de teléfono asignados a toda comunicación que acceda a la red pública de telefonía y el nombre y dirección del abonado, o del usuario registrado, al que se le ha asignado en el momento de la comunicación una dirección de Protocolo de Internet (IP), una identificación de usuario o un

número de teléfono. En cuanto a los datos necesarios para identificar el destino de una comunicación: La identificación de usuario o el número de teléfono del destinatario o de los destinatarios de una llamada telefónica por Internet, los nombres y direcciones de los abonados o usuarios registrados y la identificación de usuario del destinatario de la comunicación.

Por lo que respecta a los datos necesarios para determinar la fecha, hora y duración de una comunicación: La fecha y hora de la conexión y desconexión del servicio de acceso a internet registradas, basadas en un determinado huso horario, así como la dirección del Protocolo Internet, ya sea dinámica o estática, asignada por el proveedor de acceso a internet a una comunicación, y la identificación del usuario o del abonado o del usuario registrado; la fecha y hora de la conexión y desconexión del servicio de correo electrónico por internet o del servicio de telefonía por internet, basadas en un determinado huso horario. En lo relativo a los datos necesarios para identificar el tipo de comunicación: Datos necesarios para identificar el equipo de comunicación de los usuarios o lo que se considera ser el equipo de comunicación: El número de teléfono de origen en caso de acceso mediante marcado de números; la línea digital de abonado (DSL) u otro punto terminal identificador del autor de la comunicación.

En cuanto a la obligación de conservar los datos (art. 4), los sujetos obligados adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los datos se conserven de conformidad con lo dispuesto en la Ley, en la medida en que sean generados o tratados por aquéllos en el marco de la prestación de los servicios de comunicaciones de que se trate; en particular, se prohíbe que los sujetos obligados puedan aprovechar o utilizar los registros generados fuera de los supuestos de autorización fijados en el artículo 38 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

En cuanto al período de conservación (art. 5), se determina que la obligación de conservación de datos impuesta cesa a los doce meses, computados desde la fecha en que se haya producido la comunicación. En cuanto a la cesión de éstos (art. 6), se establece que los datos conservados sólo podrán ser cedidos de acuerdo con lo dispuesto en ella para los fines que se determinan y previa autorización judicial y, únicamente, a los agentes facultados.

El deber de retención descrito es, fundamentalmente, lo que procesalmente se conoce como acto de investigación, cuyo objetivo primordial es determinar quiénes son los autores de una eventual conducta delictiva y si están presentes los elementos típicos de ésta. Así, por ejemplo, la retención de datos referidos a una posible distribución de imágenes o vídeos de pornografía infantil, permitirá saber, en primer lugar, de quién proceden (IP origen) —relevante a efectos de determinar el sujeto activo del eventual delito—; en segundo lugar, permitirá dilucidar a quién se posibilita el acceso a los materiales o a quién se le envían —a efectos de determinar si existe la difusión típica o incluso ulteriores responsabilidades de terceros, por la eventual posesión típica, etc.— En todo caso, como medida restrictiva de derechos, su imposición debe partir del principio de presunción de inocencia del imputado, como regla de juicio y como regla de tratamiento durante todo el proceso.

Sin embargo, aun consiguiendo determinar el PC desde el que se ha ejecutado la conducta delictiva, las dificultades para identificar al autor pueden subsistir, cuando dicha computadora está ubicado en lugares de acceso público (cafés, universidades y otros centros de titularidad pública, o privada, que permiten el acceso sin control del usuario). Podemos ver, por ejemplo, y en tal sentido, la SAP Málaga (España) de 24 de marzo de 2004 (JUR 2004\163347) en la que un sujeto, utilizando un nombre supuesto y desde diversos cafés, donde no queda registrado el alquiler de la computadora, realizó varias operaciones fraudulentas de compra, en las que la retirada del producto se producía en la misma sede de la empresa de mensajería o en las inmediaciones de un domicilio supuesto, donde abordaba al repartidor. Las dificultades de detección del autor de dichas conductas determinaron que su detención se produjera sólo cuando el fraude se había reiterado en numerosas ocasiones. La situación aún puede complicarse más si el autor de la conducta delictiva utiliza conexiones WiFi ajenas abiertas. Se trata de la técnica conocida como *wardriving*, a la que más adelante nos referiremos y que consiste en el acceso no autorizado a redes inalámbricas ajenas, pudiendo, de ese modo, ser utilizadas como puntos de ejecución delictiva.

No obstante, para poder determinar quién es titular de una dirección IP, antes es preciso conocer ésta. En relación con ello se ha planteado la posible vulneración del artículo 18.1 y 3 CE, que garantiza el secreto de las comunicaciones en aquellos casos en los que los agentes policiales inician la investigación a raíz de la denuncia de un particular, consiguiendo por medios extrajudiciales la IP de la persona acusado. En concreto, se trataría de una posible vulneración de la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicación, dictada en desarrollo de la Directiva de la UE 2006-24 CE del Parlamento Europeo del Consejo, de 15 de marzo del mismo año, que tiene por objeto imponer la obligación a los operadores de Telecomunicaciones, de retener determinados datos generados o tratados por ellos con el fin de entregarlos a los agentes facultados, en caso de que les fueran requeridos por éstos, entendiéndose por tales agentes los pertenecientes a los cuerpos policiales, al Centro Nacional de Inteligencia y a la Dirección de Vigilancia Aduanera. Esta ley exige, para la cesión de estos datos, con carácter general, la autorización judicial previa, y, entre los datos que deben conservar, figura el que es objeto del proceso que nos ocupa (los datos que deben ser custodiados por los operadores de telecomunicaciones están ampliamente descritos en su art. 3).

La jurisprudencia ha dado una respuesta negativa: STS de 12 de noviembre de 2008 (RJ 2009, 167) y las que en ella se citan, en cuanto a los rastreos informáticos realizados por la policía judicial. STS 236/2008, de 9 de mayo (RJ 2008, 4648). Más reciente, por todas, STS núm. 680/2010 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 14 de julio (RJ 2010\3509). Se alega, en concreto, que la dirección IP de un usuario es, en cierta medida, algo público por lo que no sería precisa autorización judicial. A partir de ahí dicha autorización sí resultaría imprescindible para determinar a qué sujeto ha sido asignada dicha IP por parte del operador de red. Una de las características de los programas p2p es, precisamente, la exhibición de la IP del usuario que puede ser determinada sin especiales dificultades por terceros (ese dato es el que determina su consideración como pública y, por tanto, la exclusión del ámbito específico de protección).

Esta solución judicial resulta cuando menos discutible en algunos supuestos en los que el carácter público de la IP es, en todo caso, limitado a los interlocutores, no pudiendo, en principio, acceder a ella terceros sujetos. Sólo los dos sistemas que han establecido una comunicación conocen las respectivas IP, pero no el resto de sistemas. A partir de ahí, uno de los dos sistemas podría hacerla pública sin afectación, por tanto, a la intimidad (como quien decide grabar una conversación telefónica), pero no es algo abierto a terceros. Se plantea, además, la duda acerca de si la solución será la misma con los trackers privados que exigen log in (password). En la actualidad, si una IP pública de usuario es detectada con un programa rastreador, se justifica al juez la gravedad del delito y éste, sistemáticamente, accede a la identificación del titular de la línea y a su registro domiciliario, sin que haya mediado ningún tipo de investigación adicional sobre la conexión o el domicilio del titular.

● INFORME CONCLUSIVO PROBLEMAS CONTEMPORÁNEOS DE LA JURISDICCIÓN DE VIGILANCIA PENITENCIARIA Y DE EJECUCIÓN DE LA PENA EN EL SALVADOR

Herbert Walter Aquino Silva

Sumario

1. Introducción. 2. Objetivos. 2.1. Generales. 2.2. Específicos. 3. Perfil y número de participantes. 4. Agenda del taller. 5. Materiales para el taller. 6. Resultados. 7. Propuesta de contenidos de formación para Jueces de Vigilancia Penitenciaria y Ejecución de la Pena. 8. Resultados de evaluación del taller. 9. Observaciones y recomendaciones generales.

1. Introducción

Este documento describe y sistematiza los resultados obtenidos, durante la ejecución del taller virtual denominado: “Problemas contemporáneos de la Jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena en El Salvador: perspectivas, alcances y propuestas”; realizado del 17 al 25 de noviembre de 2014, promovido y organizado por el Área de Derecho Penal, Procesal Penal y Penitenciario, de la ECJ. Dirigido a Jueces y Magistrados del área de Ejecución de Penas. El taller se vertebró conforme a cuatro acciones formativas intensas. Dio inicio con la lectura de material doctrinario y jurisprudencial, que luego propició el desarrollo del primer foro, para debatir la competencia o no del Juez/a de Vigilancia, respecto a salvaguardar los derechos de las personas privadas de libertad en las bartolinas de la PNC. El tercer momento energético del taller virtual, consistió en ver, escuchar y discutir el vídeo, preparado para la ocasión, por el Profesor Julio Fernández García, titulado: “Relaciones entre la Administración Penitenciaria y el Juez de Vigilancia”. Como actividad última etapa, la totalidad de los participantes completó una “plantilla” donde sintéticamente, cada quien, plasmó los problemas que en el ejercicio de su función enfrentan, indicando a la vez su probable solución.

Este documento es un resumen, del prolífero y enriquecedor aporte dado por el funcionariado judicial participante durante el desarrollo del taller virtual; pretende ser una oferta de soluciones, a las deficiencias detectadas en la praxis judicial en el ámbito de la ejecución de la pena.

2. Objetivos

2.1. Generales

- Identificar los problemas actuales de la judicatura de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena en el Derecho Comparado.
- Efectuar el análisis crítico y reflexivo, de la naturaleza de la judicatura de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución, desde la lectura de los textos jurisprudenciales nacionales y el uso de herramientas virtuales web 2.0

2.2. Específicos

- Valorar a través de un balance las condiciones favorables y las falencias de la Jurisdicción Penitenciaria salvadoreña.

- Elaborar propuesta de solución, a las deficiencias detectadas en la praxis judicial en el ámbito de la ejecución de la pena.

3. Perfil y número de participantes.

20 integrantes del funcionariado judicial de Vigilancia Penitenciaria y Ejecución de la Pena de todo el país.

4. Agenda del taller

PLAN DE ACTIVIDAD	PLAZO: DEL 17 DE NOVIEMBRE AL 25 DE NOVIEMBRE DE 2014								
TIPO DE ACTIVIDAD	17-11-14	18-11-14	19-11-14	20-11-14	21-11-14	22-11-14	23-11-14	24-11-14	25-11-2014
Lectura de material									
Noticia/Foro									
Sistematización de las intervenciones									
Video: J. Fernández									
Subir tarea Individual									
Informe conclusivo									

5. Materiales para el taller

- Carpeta de lectura: "Problemas actuales del JVPEP".
- Noticia: Bartolinas de la Policía Nacional Civil en Colonia Montserrat.
- Vídeo: "Relaciones entre la Administración Penitenciaria y el Juez de Vigilancia" (Autor: Julio Fernández García).
- Matriz para consignar falencias y soluciones.

6. Resultados

Matriz para identificación de falencias, soluciones y competencias			
Problemas en la ejecución de la pena			
Identificación de la falencia	Descripción ²¹	Solución	Competencia por Área
Nula o escasa socialización por falta de tratamiento	-"Implementar una política criminal, que resulte eficaz a las condiciones de los internos, educándolos ya que no es posible que el Estado solo se preocupe de encerrar y no de educar a los privados/as de libertad"	Creación de Plan de Política Penitenciaria insertado en el marco de un Programa de Política Criminal.	Coordinación Interinstitucional

.....
21 Las propuestas son transcripciones de las verdidas por jueces/zas en los foros realizados en el taller virtual, objeto de este informe.

MONOGRÁFICO
DEBATES SOBRE EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL Y PENITENCIARIO

<p>Pasividad en los roles de las partes técnicas</p>	<p>-“El rol de la defensa debe ser proactivo, ya que en los últimos tiempos han demostrado ser muy pasivos, no exigen ni de la administración penitenciaria ni del Órgano Judicial que cumpla el deber ser; fiscal penitenciario, no olvide su función de velar por el respeto de la legalidad”.</p> <p>-“Falta de investigación por parte de la FGR para verificar sobre el incumplimiento de condiciones impuestas a los penados sujetos a una beneficio (...) lo que no permite llevar diligentemente los procesos en la fase de ejecución dejando toda la carga al juez”.</p>	<p>-Reformar la ley orgánica de la PGR y de la FGR, definiendo los roles de las partes técnicas.</p> <p>-Elaboración de una Ley Penitenciaria Procesal.</p>	<p>Técnica Especializada</p>
<p>Hacinamiento carcelario</p>	<p>“Implementar alternativas a la prisión en delitos menores como el uso de instrumentos electrónicos”</p>	<p>Reformar el Código Penal y la Ley Penitenciaria</p>	<p>Técnica Especializada</p>
<p>Falta de coordinación entre la DGCP, tribunales de sentencia y los JVPEP</p>	<p>-“La Administración Penitenciaria no respeta las resoluciones judiciales que se emiten en los JVPEP”.</p> <p>-“Los CCR no cumplen los plazos establecidos para el envío de Dictámenes Criminológicos”.</p> <p>-“Insuficiente personal técnico y una demanda desproporcionada”</p> <p>-“Poca utilización de la potestad administrativa que poseen, para hacer propuestas de Libertad Condicional Anticipada del Art. 86 Pn.”</p> <p>-“Jueces sentenciadores no remiten la documentación completa para practicar cómputos de pena; DGCP, no agiliza asignación de lugar de cumplimiento, a los internos/as”.</p> <p>-“La tardanza en el envío de los informes de vigilancia por parte del Departamento de Prueba y Libertad Asistida”.</p> <p>-“En la concesión sustitutivos penales por parte de los jueces sentenciadores no corroboran la dirección del asistido; así como también, la identificación del condenado no se hace conforme al Artículo 83 del Código Procesal Penal”.</p> <p>-“Precaria relación entre los diferentes actores que intervienen en las actividades penitenciarias, distorsionando la realidad carcelaria, creando más dudas que aciertos”.</p>	<p>Dar vida a la Comisión de planificación y coordinación que ordena el Artículo 134 de la Ley Penitenciaria.</p>	<p>Gerencia de Despacho</p>
<p>Inexistencia de equipos multidisciplinarios y escasez de herramientas tecnológicas</p>	<p>-“Dotar a los/las JVPEP, de equipos especializados, como lo prevé el Art. 35 L.P”.</p> <p>-“El Juez/a para resolver depende de los informes y dictámenes de la Administración Penitenciaria y del DPLA”</p>	<p>Crear oficina de enlace entre la CSJ y los JVPEP, que proporcione las nuevas plazas y las herramientas web 2.0</p>	<p>Coordinación Interinstitucional</p>
<p>Falta de capacitación especializada y descoordinación entre la ECJ y la Escuela Penitenciaria</p>	<p>“Hacer estudio de los temas que sean de mayor importancia dentro del área penitenciaria y que se impartan las capacitaciones respectivas tanto a los jueces/zas, como a los demás miembros/as de instituciones relacionadas con el quehacer penitenciario. (DGCP, DPLA, Sección de Traslado de Reos, FGR, PGR)”</p>	<p>-Elaborar diagnóstico</p> <p>-Firmar convenio entre la Escuela de Capacitación Judicial y la Escuela Penitenciaria.</p>	<p>- Técnica Especializada</p> <p>-Coordinación Interinstitucional</p>

CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA
ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL

Problemas en la vigilancia de los derechos de la población interna			
Identificación de la falencia	Descripción	Solución	Competencia por Área
Nugatoria vigilancia a los derechos de la población interna en Bartolinas por ninguna autoridad judicial	“Debe darse vida a Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas” ²²	Diseñar seminario-taller para delimitar competencias y consensuar acuerdos y criterios afines ²³	Técnica Especializada
La falta de un rol activo de los jueces de vigilancia en los centros penitenciarios	“Retomar nuestro rol ejerciendo una verdadera vigilancia, visitando a los internos, no sólo al administrador de la cárcel, es decir, que debemos introducirnos a los sectores y verificar las condiciones que vive la población reclusa, las enfermedades comunes que padecen, cómo se sirve la alimentación, cómo duermen, etc.”	Elaborar protocolo de actuación sobre: visitas periódicas a C e n t r o s Penitenciarios (Artículo 37 número 9 L.P) ²⁴	- Técnica Especializada - Desarrollo Personal
Vulneración a derechos fundamentales o sanciones disciplinarias prohibida por la ley a internos e internas	“Si se tiene conocimiento ya sea por queja judicial o por otro medio, sobre violaciones a derechos de los reclusos debemos pronunciarnos, ordenando la conculcación reparación de los mismos”.	Diseñar seminario-taller para reforzar mecanismos legales de protección a los derechos de los internos, definiendo competencias, criterios similares de procedimiento y de aplicación.	Técnica Especializada
Hacer una revisión integral a la Ley Penitenciaria para armonizarla con la Constitución de la República y los tratados internacionales	La efectividad de la Ley Penitenciaria se ha perdido, ya que a través de las diferentes reformas se limitó la competencia del Juez de Vigilancia, dándose más importancia y protagonismo a la administración penitenciaria, dejándose a voluntad de dicha administración la modificación de la pena a través del régimen penitenciario sin tener un control judicial, ejemplo: La Fase de Confianza y la Semilibertad, etapas en las cuales no tiene participación alguna el JVPEP”.	-Elaboración de solicitud por Jueces/zas al señor Presidente de la CSJ, para que éste proponga la Comisión Coordinadora del Sector Justicia, incluir la revisión de la Ley Penitenciaria como una prioridad, para el segundo trimestre, del año 2015. ²⁵ -Crear grupo de trabajo, de conformidad a lo establecido por el Artículo 24 de la Ley Orgánica de la UTE, en el primer trimestre del año 2015.	Coordinación Interinstitucional

²² La Jueza se refiere al instrumento de la OEA: “Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas”, documento aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en marzo de 2008; el cual en su “Disposición General” prescribe una noción de “privación de libertad” muy amplia, a la cual la funcionaria le otorga un carácter de aplicación inmediata, para resolver el problema de la competencia de los JVPEP en las bartolinas de la PNC.

²³ Es de apuntar que en ningún caso los acuerdos, criterios y conclusiones adoptados por los JVPEP tendrán valor legal, sólo serviría para minimizar la inseguridad jurídica y posibles situaciones de flagrante indefensión en las bartolinas. La mejor respuesta será dotar a los Jueces/zas de una ley de procedimientos específica a su jurisdicción, como se reseña en otros apartados de este informe.

²⁴ Una experiencia similar se constata en Argentina, con los jueces de ejecución, ver protocolo en: <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2014/02/situacion03.pdf>

²⁵ Según la Ley Orgánica de la Comisión Coordinadora del Sector Justicia y de la Unidad Técnica Ejecutiva, en su Artículo 3 literal “h”, le corresponde: “Estudiar y analizar la problemática de la administración de justicia en sus distintas áreas y cualquier otra específica relacionada con el Sector, que a su juicio fuere necesario atender”.

7. Propuesta de contenidos de formación para Judicaturas de Vigilancia Penitenciaria y Ejecución de la Pena.

Matriz para identificación de competencias, contenidos y subcontenidos		
ÁREAS	COMPETENCIAS POR ÁREAS	CONTENIDOS
Técnica Especializada	Conocimientos generales y específicos de la materia especializada	-Teorías Criminológicas - Criminología Aplicada - Victimología - Instrumentos Internacionales relacionados con la población privada de libertad
	Conocimiento y capacidad sobre ejecución de las penas y medidas de seguridad y vigilar el respeto a los derechos de las personas internas.	-Capacitación en redacción e interpretación de dictámenes criminológicos, previstos para las diferentes modalidades de libertad condicional. -Seminario-taller para diseñar protocolo de actuación sobre visitas a centros penitenciarios, entrevistas y asesorías técnicas a internos e internas. -Capacitación: "Vigencia del principio acusatorio en la etapa de ejecución penal". -Seminario-taller: Procedimiento ²⁶ ante los juzgados de Vigilancia Penitenciaria. -Capacitación: Tratamiento, rehabilitación y reinserción de mareros. -Capacitación: penas alternativas y delincuencia violenta. -Capacitación sobre buenas prácticas penitenciarias en América Latina.
	Conocimiento y manejo de instrumentos técnicos para la interpretación de la norma.	-Fundamentación de resoluciones judiciales -Seminario-Taller: "Jurisprudencia y doctrina sobre la situación de las personas privadas de libertad, en el Sistema Universal Interamericano" -Taller: "Jurisprudencia penitenciaria nacional".
Gerencia de Despacho	Capacidad de trabajo en equipo	-Trabajo en equipo -Taller: unificación de criterios sobre datos indispensables para el cómputo de penas de prisión y penas alternativas; y cómo actuar en los casos de penas y sustitutivos penales simultáneos, e ignorados por algunas autoridades judiciales.
	Conocimiento y manejo de herramientas de gerencia administrativa y establecimiento de adecuadas relaciones interpersonales	Habilidades gerenciales y liderazgos.
	Conocimiento y manejo de TIC	Entornos virtuales
Desarrollo Personal	Capacidad de análisis y resolución de problemas en los diversos contextos	-Prácticas de salud mental -Autocuidado
	Capacidad de ofrecer servicios con calidad y calidez	Atención a la población usuaria y respeto a sus derechos
Coordinación Interinstitucional	Capacidad de análisis de situaciones propias del hacer penitenciario	-Consultoría: creación de Modelo de articulación. ²⁷ -Seminario-taller: atención, mediación y solución de motines carcelarios.
Eje Transversal	Enfoque criminológico, derechos humanos, género y masculinidades.	

²⁶ Se utiliza deliberadamente este término, puesto que se entiende que el procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria y Ejecución de la Pena, conjuga la vertiente procedimental penal a cuya naturaleza se aproxima en gran parte; aunque no es extraño, que nos postulemos por un procedimiento judicial penitenciario.

²⁷ Se entiende por este modelo, el conjunto de medios que permiten a los integrantes del sistema penitenciario (JVPEP/DGCP/DEPLA/FGR/PGR/Sección de Traslado de Reos), establecer eficientes y permanentes relaciones, conexiones, vinculaciones, alianzas, a fin de alcanzar el objetivo común: evitar la reincidencia y promover la resocialización.

8. Resultados de evaluación de taller

Positivos

- Actitud proactiva de funcionariado judicial participante.
- Convocatoria representativa.
- Buenos insumos aportados.
- Hubo crítica y autocrítica edificantes.
- Integración de criterios, tarea que en los 16 años de existencia de los JVPEP, había sido una tarea “cuesta arriba”.
- A pesar del precario dominio de las TIC, la deserción fue mínima.
- Se desmontaron mitos e imaginarios inveterados, filtrados en la etapa ejecutiva, desde los inicios de la jurisdicción.

Negativos

- No se mencionaron temas como tratamiento a pandilleros.
- La participación de dos juezas, fue extemporánea.

Recomendaciones

- Darle cumplimiento y seguimiento a este diagnóstico.
- Mantener informado al funcionariado de JVPEP, sobre los avances o involuciones de las propuestas.

9. Observaciones y recomendaciones generales

En general, las personas participantes fueron unánimes en reconocer lo político-estructural, al afirmar: “que el principal problema en la fase ejecutiva penal, es la escasez de visión e interés político a esta problemática, no se toman medidas que realmente puedan ayudar a solucionar las diferentes dificultades de la cárcel. Por esa razón se ve limitado su presupuesto, esta falta de interés por parte del gobierno genera desconfianza en la empresa privada, las ayudas humanitarias se ven limitadas, la sociedad en general no quiere saber nada de los presos.” Lo cual es contrario a lo que ordena la Constitución, los instrumentos internacionales, la Ley Penitenciaria y el respectivo Reglamento.

Otro hito intermedio reseñable, de índole individual, es el expresado por los mismos jueces/zas al reconocer: *“Debemos flexibilizarnos y no caer en el embrujo de la comodidad y estacionarnos en una zona de confort que se vuelve muy segura para nosotros como funcionarios pero dejamos de lado nuestro compromiso constitucional de velar por derechos de los privados/das de libertad. Debemos crecer, prepararnos y retroalimentarnos como pares, como iguales para que esto pueda funcionar”*. Esta postura va unida a la solicitud reiterada en los/as jueces/zas del uso de talleres virtuales o presenciales, orientados principalmente a fomentar y facilitar el intercambio y aprendizaje de la experiencia; a la construcción colectiva de conocimientos adecuados a la realidad nacional y que produzca conceptos, ideas y pautas de trabajo útiles en el ejercicio profesional cotidiano.

Es asimismo reiterada la solicitud de ampliar el acceso a las jornadas de formación a otros operadores e instituciones relacionadas con el quehacer judicial, de forma que se establezca un diálogo constructivo interinstitucional y al mismo tiempo se establezcan nuevas prácticas de comunicación, con el objetivo de mejorar el acceso a la justicia de la población privada de libertad, así como de las personas asistidas que cumplen penas alternativas.

Hecho en San Marcos, 15 de diciembre de 2014.

«—————»
SECCIÓN II
ANÁLISIS SOBRE EL
DERECHO PENAL
«—————»

• CONCEPTUALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO →

Délmer Edmundo Rodríguez Cruz

Sumario

Punto de partida. 1. IMPORTANCIA DEL BIEN JURÍDICO. 1.1. Concepto de bien jurídico. 1.2. Evolución del concepto de bien jurídico. 1.2.1. El derecho subjetivo como objeto de protección penal. 1.2.2. Punto de partida. La tesis de Birbaum. 1.2.3. El positivismo jurídico de Binding. 1.2.4. El pensamiento positivista–naturalista de Von Liszt. 1.2.5. La “espiritualización” neokantiana del bien jurídico. 1.2.6. El pensamiento de Welzel. 1.2.7. Estado actual de la discusión. 1.3. Derecho y Economía. 1.4. El Orden económico. 2. CONCEPTO DE DERECHO PENAL ECONÓMICO. 3. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO. 3.1. Fragmentario. 3.2. Accesorio. 3.3. Subsidiario. 3.4. Influenciable por la planificación económica. 3.5. Confuso. 4. CONTENIDO DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO. EL DELITO ECONÓMICO. 5. CARACTERÍSTICAS DEL DELITO ECONÓMICO. 5.1. Delito especial. 5.2. Delito de peligro. 5.3. Delito de cuello blanco. 5.4. Delito intratable con las mismas penas. 6. DIFERENCIAS ENTRE EL DELITO ECONÓMICO Y LOS DELITOS PATRIMONIALES. 6.1. Por el bien jurídico. 6.2. Por el objeto inmediato de protección versus el objeto inmediato de ataque. 6.3. Por los objetos sobre los que recaen las acciones. 6.4. Por el sujeto activo. 6.5. Predominio del empleo de leyes penales en blanco. 6.6. Por su consumación. 6.7. Por su ubicación. Bibliografía.

Punto de partida

La denominación del Derecho penal económico, como integrante de la enciclopedia penal, es de muy reciente data aunque sus manifestaciones son antiquísimas, podemos encontrar referencias en el Derecho Penal de la antigua Roma, el cual regulaba sanciones para los que especularan con los precios de los cereales, acapararan los mismos o evadieren impuestos.²⁸

Para conceptualizar al Derecho Penal Económico hemos seguido la siguiente carta de navegación, nuestro punto de partida es el bien jurídico, por lo que establecemos su importancia y en qué consiste para finalmente determinar el bien jurídico que pretende proteger esta manifestación del Derecho Penal,²⁹ luego bregamos con su contenido y arribamos por último a sus características y diferencias.

1. IMPORTANCIA DEL BIEN JURÍDICO

Como aspecto preliminar debemos recordar una verdad que, pese a ser elemental, resulta total en la Ciencia Penal, y es que toda norma jurídica penal, todo tipo legal en particular, se dicta por una determinada razón, para proteger “algo” o “alguien”, ese algo o alguien es lo que viene a constituir el bien jurídico.³⁰

²⁸ Cfr. MOMMSEN, T., *Derecho penal romano*, Editorial Temis, Bogotá, 1999, p. 525. Haciendo referencia a la Lex Julia de Annona, dictada por Cayo Julio César contra los usureros de granos (Dig. XLVIII, 12) y al Edicto de Diocleciano (control de precios) que suelen mencionarse como referencias de la represión de prácticas agiotistas y monopolistas.

²⁹ En contra STAMPA BRAUN, J. M. y BACIGALUPO, E., “La reforma del Derecho penal económico español” en Revista del Derecho Industrial, núm. 26/27, Ediciones Depalma, Buenos Aires, mayo-diciembre 1987, pp. 7-11. Para quienes el criterio clasificatorio de designación de un bien jurídico o interés tutelado ha proporcionado un cierto grado de confusión a la hora de encontrar elementos propios de los delitos que quieren encuadrarse dentro del estudio del Derecho Penal Económico, pues en ocasiones resulta preferible la designación del objeto de ataque o la cita del nombre del delito concreto. Para concluir afirmando que lo que en verdad agrupa u homologa los hechos punibles considerados en los estudios dogmáticos de Derecho Penal Económico no es, en realidad un concepto de bien jurídico lesionado común, sino un interés criminológico plausible para agrupar cierto tipo de hechos punibles para su tratamiento dogmático.

³⁰ Por eso afirma JESCHECK, H., *Tratado de Derecho penal. Parte General*, V. I, Editorial Bosch, Barcelona, 1981, pp. 9-10, que en toda norma jurídico-penal subyacen juicios de valor positivos sobre bienes vitales imprescindibles para la convivencia humana en sociedad que son, por tanto, merecedores de protección a través del poder coactivo del Estado presentado por la pena pública.

No obstante, se tiene que reconocer que existen voces discordantes respecto de esta afirmación que sostienen que el Derecho Penal no protege bienes jurídicos sino la vigencia de la norma, pues la protección penal de bienes jurídicos sólo adquiere sentido por la protección de las normas que fijan los roles de las personas intervinientes en la vida en sociedad³¹

Tal protección de bienes jurídicos ha sido concebida por el legislador salvadoreño como una garantía penal mínima, límite al ejercicio del *jus puniendi*,³² ya que desde el capítulo primero del Código Penal se establece el Principio de lesividad del bien jurídico,³³ señalando en el Art. 3 que no podrá imponerse castigo si el comportamiento realizado no lesiona o pone en peligro un bien jurídico protegido por la ley penal. En consecuencia, el Derecho Penal sólo podrá intervenir frente a ataques contra los bienes jurídicos, o en otras palabras, el hecho será punible por su referencia a un bien jurídico afectado, como dijimos antes lesionándolo o al menos poniéndolo en peligro.³⁴

1.1. Concepto de bien jurídico

Como señalamos anteriormente, aunque exista oposición, partimos de la idea que en un Estado democrático el Derecho Penal sólo tiene justificación como un sistema de protección de bienes jurídicos. Ahora bien, conviene establecer qué debemos entender por bien jurídico.

.....

³¹ Para citar el caso extremo de JAKOBS, G., *¿Qué protege el Derecho penal: Bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001, pp. 19-23. Este autor concluye que el término lesión de un bien jurídico sólo describe de modo muy incompleto esa situación, y también se percibe cómo cabe aprehender mejor el asunto: como infracción de un rol, como infracción de deber, y con ello se percibe qué es lo que protege el Derecho Penal en un sentido global: no bienes, sino la vigencia de la norma. Sin llegar al extremo del profesor alemán, HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F., *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1995, p. 31, reconocen, quizá con pesar, que en algunas ocasiones el Derecho Penal deja de ser un instrumento de reacción frente a las lesiones graves de la libertad de los ciudadanos, y se transforma en el instrumento de una política de seguridad.

³² Así la Sala de lo Constitucional ha expresado en su sentencia de fecha 1 de abril de 2004 (Inconstitucionalidad 52-2003/56-2003/57-2003) que el *jus puniendi*, entendido como la facultad del Estado para imponer penas o medidas de seguridad por la comisión de delitos, no es absoluto o ilimitado. Sus límites, fines, postulados y principios rectores están fijados a partir de la configuración que realiza la Constitución.

³³ Resalta la importancia del bien jurídico y por ende del Principio de lesividad, DE LA CUESTA AGUADO, P., *Derecho penal económico y nuevas tecnologías en AA.VV., Sistema penal de protección del mercado y de los consumidores. Actas del II Seminario Internacional de Derecho penal económico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 194, quien señala que el Derecho penal es un arma política, sobre todo en la selección del bien jurídico que pretende proteger y la configuración de los injustos.

³⁴ Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 3ª. Ed., PPU, Barcelona, 1990, pp. 100-101. STRATENWERTH, G., *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, 4ª. Ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 64. Quienes elevan a un plano relevante la función de protección de bienes jurídicos que se le asigna al Derecho Penal. En el mismo sentido el Tribunal Constitucional español, en su sentencia 105/1988 expresa que la restricción de la libertad individual que toda norma penal comporta se realice con la finalidad de dotar de la necesaria protección a valores, bienes o intereses, que sean constitucionalmente legítimos en un Estado social y democrático de Derecho. Esta función de protección es resaltada por la Sala de lo Constitucional en su sentencia del 1 de abril de 2004 (Inconstitucionalidad 52-2003/56-2003/57-2003) al señalar que el Derecho Penal ha de servir como instrumento jurídico democráticamente delimitado, con el fin de dirigir la vida social hacia la protección de bienes jurídicos, así la justificación del poder punitivo del Estado se encuentra en la dañosidad de las conductas, es decir el Derecho Penal tiene como misión el hacer posible la vida de la comunidad teniendo presente el perjuicio que se quiere evitar.

Para abordar el concepto de bien jurídico podemos señalar que la necesidad de convivencia social del ser humano implica determinados presupuestos existenciales, que al ser de utilidad para toda persona son considerados “bienes”, y cuando tales bienes son protegidos por el ordenamiento jurídico en general y en concreto por el Derecho Penal, son bienes jurídicos. Tal protección está sujeta a condiciones históricas, por ello conviene reseñar brevemente la evolución que ha tenido el concepto de bien jurídico.

1.2. Evolución del concepto de bien jurídico

1.2.1. El derecho subjetivo como objeto de protección penal

Fue Feurbach quien por primera vez vinculó el Derecho Penal con la protección de los derechos subjetivos del ciudadano,³⁵ por lo que entendía al hecho punible como una lesión de dichos derechos; de modo distinto, en la parte preceptiva del tipo penal aparecería un derecho subjetivo del particular o del Estado, que debía ser objeto de protección. Como podrá apreciarse, estamos frente una doctrina jusprivatista que se traslada al ámbito penal. No obstante, dicha teoría implicaba un avance en la Ciencia Penal pues superaba las concepciones que consideraban al delito como una agresión a Dios o a sus representantes, secularizando al delito éste implicaba un daño al orden social y no al orden divino, posibilitaba el mantenimiento de las condiciones de vida comunitaria y legitimaba la intervención punitiva estatal.

1.2.2. Punto de partida. La tesis de Birnbaum

Birnbaum fue quien hizo el primer intento por desarrollar una teoría del bien jurídico desde una perspectiva jusnaturalista, de contenido liberal, limitadora por tanto del *jus puniendi* del Estado.³⁶ Su argumento central está encaminado a determinar que la acción delictiva lesiona bienes y no derechos subjetivos, pues el derecho como tal no puede ser disminuido ni sustraído, sino aquello que es objeto de un derecho.³⁷ Algunos de estos bienes le han sido dados al hombre por su propia naturaleza y otros le pertenecen como resultado de su evolución social, los cuales son asegurados y garantizados igualitariamente por el poder del Estado.

1.2.3. El positivismo jurídico de Binding

Para Binding el bien jurídico es creado por el Derecho, porque el legislador escoge los objetos que merecen protección. En consecuencia, los bienes jurídicos giran en torno al Estado y el

.....

³⁵ Cfr. HORMAZABAL MALAREE, H., Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal), PPU, Barcelona, 1991, pp. 8-13. JESCHECK, H., op. cit., p. 330. Señalan que en tanto el criticismo distingue entre ser y deber ser, es razonable que Feurbach profundizara en el concepto de bien jurídico, para quien el ser no se determinaba del deber ser, por ello ubicó como núcleo del delito la afectación de objetos que para él eran “derechos externos”, derechos subjetivos.

³⁶ Cfr. MIR PUIG, S., op. cit., p. 101, quien remarca que en el concepto de Birnbaum el bien jurídico es objeto de protección elegido por la ley.

³⁷ Vid. BUSTOS RAMÍREZ, J., Manual de Derecho penal. Parte General, Ariel, Barcelona, 1989, p. 45, quien al citar a Birnbaum expresa que debemos rechazar que el delito es lesión de un derecho, pues el derecho no puede ser disminuido ni sustraído, ello puede suceder sólo respecto a lo que es objeto de un derecho, es decir, un bien que jurídicamente nos pertenece.

delito importa una infracción al deber de obediencia que el ciudadano tiene frente al poder del Estado.³⁸

1.2.4. El pensamiento positivista–naturalista de Von Liszt

Von Liszt considera que los bienes jurídicos son intereses vitales, intereses del individuo o de la comunidad, pre-legales o pre–jurídicos. Por lo tanto no es el ordenamiento jurídico el que genera el interés, como se afirmó en el apartado anterior, y será la protección jurídica la que eleve el interés a la categoría de bien jurídico³⁹

1.2.5. La “espiritualización” neokantiana del bien jurídico

Para las corrientes influidas por el neokantismo, en la conceptualización del bien jurídico los bienes jurídicos reales y concretos no existen sino que son un producto del pensamiento jurídico, en consecuencia, la función del bien jurídico queda reducida a una simple ayuda para la interpretación, simple *ratio legis*.⁴⁰ Esta tendencia también concibe al Derecho Penal como una ciencia cuyo fin es la cultura, por lo que la protección de los bienes culturales sociales es misión del Derecho, y si tal protección se realiza mediante el Derecho Penal, los bienes culturales sociales se tornan en bienes jurídicos.

1.2.6. El pensamiento de Welzel

El Derecho Penal es la protección de los valores elementales de conciencia, de carácter ético social y por inclusión, la protección de los bienes jurídicos particulares. Como su interés se centra en el disvalor del acto y no en el disvalor del resultado, de ahí se desprende que la norma jurídica surge en función de ese disvalor, en la protección de aquellos valores y que sólo puede hacerlo a través de los bienes jurídicos.⁴¹

1.2.7. Estado actual de la discusión

En la actualidad son tres las grandes posiciones intelectuales que se vienen desarrollando en el debate sobre la teoría del bien jurídico: Los que defienden la función importante del bien jurídico y que sea elemento central en el debate político criminal, los que critican su papel protagónico y le niegan cualquier relevancia justificativa de la intervención punitiva estatal y, finalmente, los que entienden que le exigimos demasiado a la teoría del bien jurídico al pretender que sea la

.....
³⁸ Vid. HORMAZABAL MALAREE, H., op. cit., p. 42 quien sostiene que para BINDING el bien jurídico no es algo natural que vaya más allá del derecho, simplemente es una creación del legislador.

³⁹ Vid. MIR PUIG, S., op. cit., p. 101, quien señala que VON LISZT ofreció un concepto material de bien jurídico, pues este encuentra su fuente en un interés de la vida, que es previo al derecho, pero admitió que dicho interés sólo se convierte en bien jurídico hasta que se protege por el ordenamiento jurídico.

⁴⁰ ZAFFARONI, E., Tratado de Derecho penal. Parte General, V. III, Ediar, Buenos Aires, 1981, p. 249, señala que en 1919 HONIG enunció un concepto teleológico-sistemático del bien jurídico, expresando que no existen los bienes jurídicos reales, sino que son una función que ayuda a la interpretación y se definen como el fin reconocido por el legislador en la norma jurídica penal.

⁴¹ Vid. WELZEL, H., Derecho penal alemán, 11ª Ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1976, p. 12, quien además expresa que el Derecho Penal pretende proteger, antes que nada, determinados bienes vitales de la comunidad, valores materiales, por lo que esta protección sólo la cumple prohibiendo y castigando las acciones dirigidas a la lesión de ellos.

única vía de legitimación del Derecho Penal, rol que no está en condiciones de satisfacer sino es acudiendo a otros criterios o principios.⁴²

Con todo, debemos señalar que partimos, para nuestro análisis, de un concepto de bien jurídico entendido como un derecho o un interés protegido jurídicamente, porque coadyuva al desarrollo de la personalidad del ser humano.⁴³

Además estamos conscientes de las funciones relevantes que el bien jurídico cumple para el Derecho Penal, ya que constituye primordialmente límite y orientación del *jus puniendi*. Entre las principales funciones que se le reconocen al bien jurídico en el Derecho Penal tenemos:

- a) Función de límite, mediante el cual se pretende canalizar por cauces racionales a la coerción o violencia estatal, ya que se puede castigar a una persona si su acción u omisión lesiona o pone en peligro un bien jurídico protegido.
- b) Función sistemática, pues constituye un buen criterio de clasificación de los delitos, mediante el cual se forman grupos o familias de tipos legales, este criterio sistematizador es seguido por el Código Penal salvadoreño.
- c) Función de interpretación, porque en torno al bien jurídico giran todos los elementos objetivos y subjetivos del delito.
- d) Función de medición de la pena, ya que la jerarquía de los bienes jurídicos, es útil para determinar el criterio de aplicación de penas mayores o menores dentro de la escala penal.

Ahora bien, para la determinación del bien jurídico protegido en el denominado Derecho Penal Económico, debemos partir de la relación que se puede establecer entre Derecho y Economía.⁴⁴

.....
42 FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico, Recensión a Roland Hefendehl: La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?, Marcial Pons, Madrid y Barcelona, 2007 en InDret, Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, abril 2008, p. 5, quien señala que el papel del bien jurídico, como criterio interpretativo de los tipos penales en la actualidad, no es objeto de discusión, sino que la polémica se centra en brindar respuesta a tres interrogantes: 1) La función del Derecho Penal ¿se puede definir básicamente como protección subsidiaria de bienes jurídicos?; 2) el concepto material de delito ¿es el delito en esencia lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos?; 3) La cuestión político criminal de la legitimación de los procesos de criminalización, por ejemplo ¿es legítimo castigar la mera tenencia de pornografía infantil, el maltrato de animales, la profanación de cadáveres, la negación o apología del genocidio o los delitos medio ambientales de peligro abstracto?

43 MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., Derecho penal. Parte general, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, p. 59, para quienes los bienes jurídicos son aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social. QUINTERO OLIVARES, G., Manual de Derecho penal. Parte general, 2ª Ed., Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 92, el cual señala que la necesidad de que ciertos intereses sean custodiados penalmente, se origina en que a veces esos intereses son derivaciones de derechos humanos superiores, y en otras ocasiones, son piezas necesarias para el funcionamiento de la relación social y concluye que, cuando esos intereses de diverso origen son reputados como imprescindibles en el máximo grado, se transformarán en bienes jurídicos penalmente tutelables. También la Sala de lo Constitucional salvadoreña en su sentencia del 1 de abril de 2004 (Inconstitucionalidad 52-2003/56-2003/57-2003) reseña que los bienes jurídicos son presupuestos imprescindibles para la existencia en común.

44 Para SERRANO TARRAGA, M.D., en “La expansión del derecho penal en el ámbito de la delincuencia económica. La tutela penal de los mercados financieros”, Revista Derecho (Valdivia) [on line], julio 2005, vol. 18, n° 1, febrero de 2008, p. 213-237, la inclusión de la protección de manifestaciones económicas en las legislaciones penales, que más adelante denominaremos delitos económicos, se debe a una tendencia que la doctrina ha denominado “expansión del derecho penal”, la que ha originado: creación de nuevos bienes jurídicos, ampliación de espacios de riesgos jurídicos penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y la relativización de los principios políticos-criminales de garantía.

1.3. Derecho y Economía

La Economía es un hecho, un fenómeno cultural y social, no es más que un grupo de personas que se interrelacionan en su vida diaria. Así, etimológicamente economía proviene de la voz griega que significa “el que administra un hogar” y puede ser conceptualizada como la ciencia que estudia los métodos para la satisfacción de las necesidades humanas, a través del empleo de los bienes escasos.⁴⁵ Por eso, en su expresión primaria puede existir con escasa o aun sin protección jurídica, abandonada quizás al buen criterio de las personas en sus actividades de cambio y producción en el seno de una sociedad utópica. No obstante, sin un cierto orden, la economía no puede prosperar, no puede desarrollarse al punto de constituir un instrumento de satisfacción de las necesidades materiales del género humano.

También es posible establecer una interdependencia entre Derecho (penal) y Economía. En primer lugar, la intervención de aquél dependerá del sistema económico que se trate; la respuesta punitiva no es la misma en una economía liberal de corte clásico, que en un sistema que pretende un cierto control sobre la actividad económica, y en este caso incluso según el grado de control que se admita.⁴⁶ En segundo lugar el Derecho es un instrumento que garantiza un desarrollo racional de la Economía.⁴⁷

Por lo tanto debemos afirmar que el Derecho en general, y el Derecho Penal en particular, no tiene como objeto de protección a la Economía como actividad o fenómeno social, sino a su orden o regulación, esto es el orden económico,⁴⁸ que en última instancia constituye el equilibrio que propenden las normas jurídicas en las relaciones de los participantes en las actividades económicas.⁴⁹ Sin que por ello lleguemos a una normativización del bien jurídico, es decir que nuestro objeto de protección sean las normas jurídicas o su vigencia, y no los bienes jurídicos.⁵⁰

.....
⁴⁵ Vid. MANKIW, N. G., Principios de economía, 2ª Ed., McGraw-Hill, Madrid, 2002, p. 3, quien la señala como el estudio del modo en que la sociedad gestiona sus recursos escasos.

⁴⁶ Cfr. PEREZ DEL VALLE, C., Introducción al Derecho penal económico en AA. VV., Derecho Penal Económico, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2005, pp. 40 y 41, el cual trata de explicar la afirmación con el siguiente ejemplo: No es lo mismo la represión del delito de estafa en economías liberales de corte clásico, que en sistemas que pretenden un cierto control sobre la actividad económica, en cuanto al contenido del engaño como medio de comisión, sobre todo al cumplimiento de deberes de información sobre productos en las relaciones comerciales que podrían afectar a los consumidores.

⁴⁷ DE LA CUESTA AGUADO, P., op. cit., p. 194, propone que dado que la globalización de la economía ha generado intereses que trascienden las fronteras nacionales, ésta ha de ser coordinada por un nuevo foro internacional, el cual se encuentra en sus fases incipientes de desarrollo.

⁴⁸ Preferimos llamarle orden económico, como lo hace la Constitución a partir del Art. 101, y no orden socioeconómico, pese a que así se le denomina en el Código Penal, a partir del Art. 232, pues el prefijo “socio” no abona en nada al contenido jurídico que se le concede a tal expresión. Además DE LA CUESTA AGUADO, P., op. cit., p. 197, califica a la expresión “delito socioeconómico” como un concepto amplio y dogmáticamente impreciso y por ello recomienda utilizar mejor la denominación “delito económico”.

⁴⁹ Cfr. PEREZ DEL VALLE, C., op. cit., p. 33. Coincidimos con él en que parece incorrecta la expresión de BARBERO SANTOS de que la raíz del Derecho Penal Económico se halla en el fracaso de los esquemas basados en un ilimitado liberalismo económico que, al hacer crisis en 1929, evidenció que el sistema de economía de mercado exigía la presencia del Estado y sobre todo de su brazo secular, el Derecho Penal.

⁵⁰ JAKOBS, G., Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p. 53. En el mismo sentido: JAKOBS, G., Derecho penal. Parte general. Fundamentos y Teoría de la imputación, 2ª Ed., Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 5. Este autor considera que la protección de bienes jurídicos no puede ser el supraconcepto de lo que el Derecho Penal persigue, pues dicho concepto es insuficiente.

1.4. El orden económico

Como afirmamos anteriormente, el orden económico constituye el bien jurídico que se protege en el Derecho Penal Económico. Suele distinguirse entre orden económico en sentido amplio y en sentido estricto. En sentido estricto consiste en la intervención directa del Estado en las actividades o relaciones económicas, utilizando su coacción institucionalizada para imponer una serie de normas e incluso planificar el comportamiento de los que intervienen en ellas. El orden económico, en sentido amplio, es la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios. Como aquel intervencionismo estatal (contenido del sentido estricto del orden económico) considero que no podemos elevarlo a la categoría de bien jurídico, debemos reconocer que el orden económico en sentido amplio, es el objeto de protección jurídica por parte del Derecho Penal Económico.⁵¹

Con independencia de la polémica doctrinal, que por razones muy particulares se desató en otras latitudes,⁵² además del reconocimiento anterior, un punto de partida seguro es considerar que el orden económico se desarrolla en la Constitución;⁵³ ella contiene un número considerable de normas jurídicas que se refieren a dicho orden, éstas tienen como finalidad establecer los principios que rigen la actividad económica, determinar las libertades, derechos, deberes y responsabilidades de los particulares y el rol del Estado en el ejercicio de dicha actividad.

51 Cfr. MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal. Parte Especial, 14ª Ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2002, pp. 469-470. Para quien debe excluirse en la consideración del bien jurídico Orden económico o socioeconómico, el denominado orden económico en sentido estricto. En contra BAJO FERNÁNDEZ, M., Marco constitucional del Derecho penal económico en AA. VV., Comentarios a la Legislación penal, T.I, EDESA, Madrid, 1982, p. 252, que considera que el orden económico en su sentido amplio nunca se presenta como bien jurídico protegido, por ello expresa que cuando hablamos de orden económico en sentido estricto, podemos, por el contrario, mantener su condición de bien jurídico en sentido técnico, es decir, en puridad, el orden económico entendido como «regulación jurídica» no suele aparecer como bien jurídico, concretándose más bien en un interés del Estado susceptible de concreción en cada figura delictiva particular.

52 Cuál debía ser el contenido del orden económico llevó a doctrinarios españoles a tomar partido. MARTOS NÚÑEZ, J.A., Derecho penal económico, Editorial Montecorvo, Madrid, 1987, pp. 372 y ss. MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, C., Derecho penal económico. Parte general, Tirant lo blanch, Valencia, 1998, pp. 89 y ss. MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal. Parte Especial, cit., pp. 469-470, los agrupan en tres vertientes: La que denomina Escuela Clásica en la que agrupa autores como BAJO FERNÁNDEZ y RODRÍGUEZ MOURULLO; la doctrina crítica en la que destaca a STAMPA, BACIGALUPO y MUÑOZ CONDE; y las teorías intermedias sostenidas por NOVOA MONREAL, VILADAS JENE y MOLINA GARCÍA. Los principales postulados de la Escuela Clásica son: a) Parte de la teoría del adelantamiento en la protección de los bienes jurídicos; b) entiende que el orden económico en su sentido amplio, nunca se presenta como un bien jurídico protegido; c) sólo el orden económico en sentido estricto, aparece como bien jurídico protegido, entendiéndose por tal, el interés del Estado en la conservación de su capacidad productora para el cumplimiento de su tarea y en la conservación del orden legal de la economía, tanto en su conjunto como en sus ordenaciones parciales, y, de otra, como interés del individuo en participar en los bienes de consumo y en el desarrollo de una actividad adecuada a su voluntad profesional de actuación y lucro. La doctrina crítica surgió como consecuencia de los embates lanzados en contra del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980, en cuya Exposición de Motivos se expresó que "En el título VIII, que en su conjunto constituye una de las mayores novedades, se otorga carta de naturaleza como objeto de protección penal al orden económico en su sentido amplio, como equivalente a regulación de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios, de tan elevada importancia para el desarrollo del país". Este párrafo fue atacado por STAMPA y BACIGALUPO asegurando que este concepto de orden económico, hace todavía más imprecisos los contornos del bien jurídico, pues lo identifica con el propio concepto primario de la economía en general. MUÑOZ CONDE lo califica de incapaz de servir de bien jurídico. Las teorías intermedias señalan que si al Derecho Penal Económico corresponde como bien jurídico genérico, la protección y preservación de un orden económico, entonces el delito económico se presentará siempre como un sistema discontinuo de hechos elegidos por el legislador, por consiguiente, todo delito económico tendrá como bien jurídico protegido propio, algún aspecto del orden económico concreto establecido en un país determinado.

53 BAJO FERNÁNDEZ, M., Marco constitucional..., cit., p. 244, afirma que el Derecho Penal Económico no crea sus propios objetos de protección jurídica sino que éstos le son dados por la Constitución "económica". En igual sentido la Sala de lo Constitucional, en su sentencia del 1 de abril de 2004 (Inconstitucionalidad 52-2003/56-2003/57-2003), expresa que resulta necesario examinar la Constitución en su conjunto, para extraer de ella lo que se ha denominado el programa penal de la Constitución, es decir, el conjunto de postulados político-jurídicos y político-criminales que constituye el marco normativo en el seno del cual el legislador penal puede y debe tomar sus decisiones.

Como principales manifestaciones de las disposiciones constitucionales relacionadas con las actividades económicas tenemos aquellas que protegen:

a) La propiedad privada (Art. 103: “Se reconoce y garantiza el derecho a la propiedad privada en función social...”).

b) La libertad empresarial (Art. 110 inc. 2°: “A fin de garantizar la libertad empresarial y de proteger al consumidor, se prohíben las prácticas monopolísticas.”).

c) El interés de la familia por su protección económica (Art. 32: “La familia es la base fundamental de la sociedad y tendrá la protección del Estado, quien dictará la legislación necesaria y creará los organismos y servicios apropiados para su integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico...”).

d) El interés de las clases económicamente débiles en una distribución más equitativa de la renta y la riqueza (Art. 101: “El orden económico debe responder esencialmente a principios de justicia social, que tiendan a asegurar a todos los habitantes del país una existencia digna del ser humano...”. Art. 102 inc. 2°: “El Estado fomentará y protegerá la iniciativa privada dentro de las condiciones necesarias para acrecentar la riqueza nacional y para asegurar los beneficios de ésta al mayor número de habitantes del país...”).

e) El interés de los trabajadores por el pleno empleo (Art. 37: “El trabajo es una función social, goza de la protección del Estado, y no se considera artículo de comercio (...) El Estado empleará todos los recursos que estén a su alcance para proporcionar ocupación al trabajador, manual o intelectual, y para asegurar a él y a su familia las condiciones económicas de una existencia digna. De igual forma promoverá el trabajo y empleo de las personas con limitaciones o incapacidades físicas, mentales o sociales.”).

f) Los intereses económicos de los consumidores (Art. 101 inc.2°: “El Estado promoverá el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción, la productividad y la racional utilización de los recursos. Con igual finalidad, fomentará los diversos sectores de la producción y defenderá el interés de los consumidores. Art. 110 inc. 2°: “A fin de garantizar la libertad empresarial y de proteger al consumidor, se prohíben las prácticas monopolísticas.”).

Los intereses generales de la planificación económica del Estado (Art. 111 inc. 2°: “El Estado deberá orientar la política monetaria con el fin de promover y mantener las condiciones más favorables para el desarrollo ordenado de la economía nacional.” Art. 167: “Corresponde al Consejo de Ministros (...) 2° Elaborar el plan general del Gobierno”). En conclusión, el orden económico, como bien jurídico protegido, lo podemos conceptualizar como el conjunto de principios fundamentales que determinan las estructuras, precisan las funciones económicas y regulan el curso del proceso económico de un país.⁵⁴

.....
⁵⁴ En ese sentido, MARTOS NÚÑEZ, J.A., op. cit., p. 358. MUÑOZ CONDE, F., Derecho penal. Parte especial, cit., p. 470. En contra, QUINTERO OLIVARES, G., Título XIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico en AA. VV., Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 441, quien no está de acuerdo con esta explicación del bien jurídico, pues la considera pretenciosa, por ello afirma que el Derecho penal, como mucho, puede intentar evitar o corregir algunas conductas particularmente nocivas para las sociedades mercantiles o sus accionistas o clientes, la buena fe en el mercado financiero o comercial, o componentes inmatereales de la actividad económica (propiedad intelectual o industrial), y termina afirmando con sarcasmo que transformar esas modestas, aunque importantes metas en la contribución penal a la política económica es tan disparatado como suponer que el castigo de la traición o del espionaje es la participación del Derecho penal en la política militar y de defensa.

2. CONCEPTO DE DERECHO PENAL ECONÓMICO

A partir de la noción expuesta del bien jurídico protegido, podemos estructurar un concepto de Derecho Penal Económico. Para empezar detengámonos en la denominación. De todas las voces posibles para referirnos a esta porción del Derecho Penal, pareciera que la más feliz es la de Derecho Penal Económico;⁵⁵ ya que se refiere a la intervención del Estado en algunos aspectos de la actividad económica.

Una definición aséptica de Derecho Penal Económico es afirmar que es el conjunto de normas jurídicas que protegen el orden económico, esto es el sistema económico constitucional. Aunque debemos reconocer que si distinguimos entre orden económico en sentido amplio y estricto, de igual manera es posible concebir el Derecho penal económico en ambos sentidos. Así en sentido estricto, lo entenderemos como el conjunto de normas jurídicas que protegen la regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía; y en sentido amplio, lo constituirán las normas jurídicas regulatorias de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios.⁵⁶

3. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO

Podemos señalar como características del Derecho Penal Económico las siguientes.

3.1. Fragmentario

El Derecho Penal Económico como analizamos antes, tiene como objeto inmediato de protección al Orden económico; sin embargo, como el Derecho Penal en general,⁵⁷ no protege todas las manifestaciones posibles de dicho bien jurídico, sino que el legislador penal ha seleccionado en el momento creador de la norma jurídica los ataques más graves a las expresiones de las relaciones o actividades económicas que considera relevantes y por lo tanto merecedoras de sanción penal.⁵⁸ Basta un repaso rápido de las descripciones de los hechos punibles que se han agrupado en el título respectivo de la legislación penal salvadoreña bajo el acápite “Delitos contra el Orden Socioeconómico”.

3.2. Accesorio

El Derecho Penal Económico no crea sus propios objetos de protección jurídica, sino que éstos le vienen dados previamente, sobre todo por la Constitución.⁵⁹

.....
⁵⁵ Cfr. MARTOS NÚÑEZ, J.A., op. cit., pp. 125 y 135. Otras denominaciones que se utilizan son “Derecho penal financiero”, “Derecho penal comercial”, “Derecho penal de los negocios”, “Derecho penal del mercado”, “Derecho penal de los intercambios comerciales”, “Derecho penal de la empresa”, “Derecho penal socio-económico”.

⁵⁶ Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, M., “Derecho penal económico”, Civitas, Madrid, 1978, p. 36. BAJO FERNÁNDEZ, M., “Marco constitucional...”, cit., p. 244. MARTOS NÚÑEZ, J.A., op. cit., p. 130. MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C., op. cit., pp. 34-35. Quien destaca la influencia de la obra de BAJO FERNÁNDEZ, pues afirma que influyó de forma decisiva en la estructuración de los Delitos económicos en la legislación española de los últimos tiempos, desde el proyecto de Código penal de 1980 hasta el Código penal de 1995.

⁵⁷ Cfr. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J., Derecho penal fundamental, V. I, Editorial Temis, Bogotá, 1989, p. 33, que señala que la pena debe ser socialmente útil o “económica” y dicha utilidad sólo puede procurarse dentro del marco de la necesidad social, dando lugar con ello a un Derecho penal fragmentario y de ultima ratio, principales manifestaciones del Principio de mínima intervención.

⁵⁸ Vid. ROXIN, C., Derecho penal. Parte general, T. I, 2ª Ed., Civitas, Madrid, 2001, p. 65, quien define a la pena como la ultima ratio de la política social y su misión es protección subsidiaria de bienes jurídicos.

⁵⁹ BAJO FERNÁNDEZ, M., Marco constitucional..., cit., p. 244, afirma que el Derecho Penal Económico es accesorio, pues no crea sus propios bienes jurídicos, sino que éstos le son dados por el Derecho Económico o por la Constitución económica.

3.3. Subsidiario

Esta característica general del Derecho Penal, parece más marcada en el Derecho Penal Económico porque no sólo protege una porción de todo el universo de manifestaciones del orden económico como bien jurídico tutelado (carácter fragmentario), sino que tal protección no es exclusiva de este instrumento de control social pues todo el ordenamiento jurídico coopera en dicha tarea,⁶⁰ sobre todo el Derecho administrativo sancionador, el que puede ofrecer mayores ventajas, a saber: a) celeridad en su tramitación y resolución; b) mayor homogeneidad entre el ilícito y el castigo, pues por regla general las sanciones son de naturaleza pecuniaria, con lo que directamente se afectan los beneficios de la actividad económica irregular; y c) en mayor medida evita el carácter estigmatizante de la sanción penal. No obstante, debemos reservar la utilización del Derecho Penal para la criminalidad económica grave.⁶¹

Resulta indudable la estrecha relación entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador, sobre todo en el caso del delito de Discriminación laboral (Art. 244 Pn.), en el cual respecto del objeto de protección, esto es la igualdad en el trabajo, el Derecho Penal no es absolutamente autónomo y se hace dependiente de la normativa administrativa, al disponer que la pena se impondrá si no se hubiere restablecido la situación de igualdad ante la ley después de los requerimientos o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hubieren derivado, por lo que se impone una adecuada coordinación entre ambos órdenes.⁶²

3.4. Influenciable por la planificación económica

En sociedades como la nuestra, en la que se propende, al menos en el discurso, un sistema de libre mercado, resulta clara la influencia que la planificación económica, como actividad estatal, tiene en la política criminal. En efecto, puede notarse que la burocratización del sistema económico produce un aumento en los procesos de criminalización; por ejemplo, cuando se trata de regulaciones de deberes económicos respecto al Estado (defraudaciones al fisco, apropiaciones de cuotas laborales o de previsión social, etc.) o cuando se sancionan acciones irregulares en

.....
⁶⁰ Cfr. MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., op. cit., p. 72. QUINTERO OLIVARES, G., Manual..., cit., pp. 97 y 110. ROXIN, C., Derecho penal..., cit., p. 65. Este autor sostiene que el Derecho Penal es subsidiario porque su aplicación posibilita las más duras de todas las intromisiones estatales en la libertad del ciudadano, y esto sólo se puede hacer cuando otros medios menos duros no impliquen un éxito suficiente.

⁶¹ En el mismo sentido se manifiesta la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley orgánica de Código Penal español de 1992, p. 31, cuando señala que el Código Penal no es el instrumento que debe determinar el buen funcionamiento del sistema económico en toda su extensión. En Europa quizás resulte más clara la utilización del Derecho Administrativo sancionador como principal fuente del Derecho Penal Económico, ya sea a través de leyes especiales, como es el caso alemán con la Ley de Alimentos o la Ley de Medicamentos, o mediante regulaciones jurídicas unificadas, por ejemplo la ley alemana de contravenciones de 1968, la portuguesa de 1982 y la italiana de 1981. En el caso salvadoreño podríamos especular que ésta fue la razón de la derogatoria del Art. 232 del Código Penal que establecía el delito de Monopolio al iniciar la vigencia de la Ley de Competencia, que abandona la sanción penal por una sanción administrativa; pero como dijimos esta es una especulación ya que no existe constancia que esta idea predominó en la mente del legislador salvadoreño. Quizás se adscribió a posiciones doctrinales como la de HEINE, G., citado por DE LA CUESTA AGUADO, P., op. cit., p. 195, que propone en materia de Derecho Penal Económico un Derecho penal "light", con penas más leves y exclusión de la privación de libertad para conductas que afecten a bienes jurídicos relacionados con el funcionamiento del sistema económico.

⁶² Vid. DE LA CUESTA AGUADO, P., op. cit., p. 195, en la que resalta esta situación sobre todo para resolver problemas de legitimidad de la intervención punitiva y definición de los bienes jurídicos protegidos. También propone esta autora la configuración de un único sistema sancionador (penal y administrativo) que significaría mayor eficacia a través de una profunda reforma del sistema penal actual, aunque reconoce lo polémico de esta propuesta.

ámbitos de la actividad económica (competencia desleal, desviación fraudulenta de clientela, agiotaje, etc.).⁶³

3.5. Confuso

El Derecho Penal Económico aún no tiene bien perfilados sus límites, pues incluye delitos de derecho común perpetrados en el mundo de los negocios y delitos específicos de carácter económico en el tráfico mercantil o en el ejercicio de los negocios. También esta característica le deviene por la complejidad que se encuentra al intentar conciliar el mundo de los negocios y su actividad y los principios o garantías penales.⁶⁴

4. CONTENIDO DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO. EL DELITO ECONÓMICO

El contenido del Derecho Penal Económico lo constituyen los llamados delitos económicos. Para estructurar el concepto de esa forma de criminalidad podemos partir desde distintas perspectivas:

- a) Por el objeto que se afecta con la acción. En este caso el delito económico es aquella actividad criminal que ataca las estructuras relativas a la producción, circulación, distribución y consumo de las riquezas en un Estado determinado.
- b) Por la clase de personas que intervienen como sujetos activos. Son formas de criminalidad cometidas sin violencia por personas físicas o morales que son consideradas “formales” frente o a diferencia de quienes cometen los llamados delitos comunes; en otras palabras son los tipificados en leyes penales especiales, sobre todo cuando lo realizan ciertas personas físicas o morales; “bien consideradas”, económicamente fuertes y no personas de clase media o baja.
- c) Por el círculo de autores y su campo de acción. Es criminalidad en el ejercicio profesional o con ocasión del mismo pues es la cometida por los que tienen actividades en la vida económica.⁶⁵

En conclusión, podemos definir al delito económico como la conducta punible que produce una ruptura en el equilibrio que debe existir para el normal desarrollo de las etapas del hecho económico, es decir al orden que rige la actividad económica o provoca una situación de la que puede surgir este daño.⁶⁶ Como se afirmó para el orden económico y el Derecho Penal Económico, también suele distinguirse entre Delitos económicos en sentido estricto y en sentido amplio. Así, en sentido estricto el delito económico está integrado por aquellas infracciones que atentan contra la actividad interventora y reguladora del Estado en la economía; y en sentido amplio

.....
⁶³ Vid. PÉREZ DEL VALLE, C., op. cit., pp. 32 y 33, quien sostiene que la existencia de esta influencia no debe conducirnos a la supresión del Derecho Penal Económico, pues es claro que aún con sus falencias, implica la intervención estatal en la vida económica que en todo caso busca proteger el bien común.

⁶⁴ Vid. PRADEL, J., “Derecho penal económico francés. Algunos aspectos actuales” en Revista del Poder Judicial, N° 49, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, primer trimestre de 1998, p. 1, quien añade que el Derecho Penal Económico es confuso en sus límites, desconocido en su gran amplitud y de alguna manera es un derecho en constante evolución, un derecho dinámico, lo que impide una cierta seguridad jurídica.

⁶⁵ MARTOS NUÑEZ, J.A., op. cit., pp. 141 y ss., para quien es imposible un concepto único de delito económico, estimando como conveniente estudiarlo desde una doble dimensión: jurídica y criminológica.

⁶⁶ Por ello sintéticamente TIEDEMANN, K., citado por DE LA CUESTA AGUADO, P., op. cit., p. 196, señala que el delito económico es el adecuado para turbar o poner en peligro la vida económica y el orden que a este corresponde, más que el perjuicio de intereses particulares.

incluirlá las infracciones que vulneran bienes jurídicos supra individuales de contenido económico o abusos de medidas o instrumentos de la vida económica.⁶⁷

5. CARACTERÍSTICAS DEL DELITO ECONÓMICO

A partir de la concepción expuesta de delito económico podemos señalar como características principales las siguientes.

5.1. Delito especial

Recordemos que los delitos especiales son aquellos que exigen, en su estructura típica, una característica o cualidad al sujeto activo de la infracción penal. Pudiéndose distinguir entre delitos especiales propios e impropios, en los primeros la característica que se exige al sujeto activo es esencial al delito, pues si no se posee, el ilícito no se presenta o degenera en otro. En cambio, en los segundos, tal cualidad sólo constituye un instrumento modificador de la responsabilidad penal, agravando o atenuando la pena a imponer. En estos delitos indudablemente, los sujetos activos por regla general, son personas que desarrollan una actividad industrial, comercial o de algún modo productiva.⁶⁸

5.2. Delito de peligro

Esta parece su característica más peculiar. La mayoría de los denominados delitos económicos regulados en la Parte Especial del Código penal salvadoreño presentan una estructura típica de delitos de peligro. Entendemos por éstos, aquellos que para su consumación resulta suficiente la amenaza (peligro) para el bien jurídico, esto es, la posibilidad o riesgo de daño, a diferencia de los delitos de lesión que precisan para su perfección de la efectiva destrucción o menoscabo del bien jurídico.⁶⁹

También resulta recomendable recordar que los Delitos de peligro a su vez se suelen clasificar en delitos de peligro concreto y en delitos de peligro abstracto, los primeros exigen la concreta puesta en peligro del bien jurídico, que se compruebe la posibilidad de lesión o afectación del bien jurídico, en otras palabras que efectivamente el resultado lesivo se presente como probable; en cambio los segundos no lo exigen, sino que existe una declaratoria general, efectuada por el legislador penal, de que la sola realización de la conducta es de suyo peligrosa.

.....
⁶⁷MARTINEZ-BUJAN PÉREZ, C., op. cit., pp. 32-33, citando a BOTKE, W., expresa que no obstante que existe consenso en esta clasificación a partir del bien jurídico protegido, considera como delito económico, en sentido amplio, todo aquél que pertenece al Derecho Penal "clásico" y son realizados en el ámbito de la empresa o los negocios; en cambio el delito económico en sentido estricto conjuntaría a todos aquellos delitos que atentan contra la protección del funcionamiento del sistema económico. Esta clasificación toma en cuenta más que las características del bien jurídico protegido, las modalidades de comisión de las infracciones. DE LA CUESTA AGUADO, P., op. cit., p. 196, comparte esta opinión y distingue entre "delitos en la economía", que consisten en la infracción de normas que también ponen en peligro otros bienes jurídicos individuales como vida o salud de las personas, y "delitos contra la economía", que atentan contra elementos estructurales esenciales o las específicas condiciones del sistema económico.

⁶⁸ MAZZACUVA, N., *Criminalidad organizada y empresa en AA. VV.*, Nada personal. Ensayos sobre crimen organizado y sistema de justicia, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2001, p. 191, resalta los problemas que representa tal limitación subjetiva.

⁶⁹ Cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004, pp. 19 y 20, quien además expresa que basta una ojeada a las reformas legislativas de los últimos años, para constatar el importantísimo incremento de la presencia de los delitos de peligro en ámbitos como el tráfico rodado, la salud pública, el medio ambiente, las condiciones de seguridad en el trabajo, la manipulación de sustancias peligrosas y el Derecho Penal Económico, para darnos cuenta, citando a LACKNER, que los delitos de peligro se han extendido como una "mancha de aceite", convirtiéndose en el "hijo predilecto" del legislador.

5.3. Delito de cuello blanco

Vinculado estrechamente con la característica anterior, se afirma que el delito económico es un delito de cuello blanco.⁷⁰ Este concepto se refiere a los delitos cometidos por personas que ocupan un determinado estatus económico, social o político. Estos comportamientos generalmente son impunes porque son considerados una forma socialmente aceptada de hacer negocios.⁷¹

5.4. Delito intratable con las mismas penas

Es en esta clase de delitos que el Derecho Penal encuentra problemas para justificar la finalidad de las penas. Los delincuentes que intervienen en estos hechos punibles, por el mismo estatus social y económico que ostentan, no requieren de resocializarse, educarse, readaptarse, adquirir nuevos hábitos de vida, para utilizar el lenguaje empleado por la Constitución, como ocurre con el criminal promedio.⁷² Por ello la sanción penal debe ir más allá del usual instrumento de coerción estatal, la prisión, y considerar otras formas de sanción, por ejemplo la pena pecuniaria (multa) e incluso replantearse el tema de la responsabilidad de las personas jurídicas para potenciar otras medidas que por hoy se utilizan como accesorias, nos referimos a la responsabilidad civil subsidiaria de las personas jurídicas, al cierre de establecimientos o a su liquidación y disolución, o incluso la propuesta de solución de la criminalidad económica debe centrarse en el aumento de mecanismos de autocontrol.⁷³

⁷⁰ En contra PÉREZ DEL VALLE, C., op. cit., p. 36, quien considera que la criminalidad de cuello blanco se ha “democratizado”, ya que aun cuando es cierto que esta forma de delincuencia, que resulta especialmente lucrativa desde un punto de vista económico, sólo puede ser realizada por un sector limitado de la población, las posibilidades de acceso a ésta son muy diversas, por tanto, concluye, la idea de criminalidad económica, que en la actualidad constituye el objeto político criminal del Derecho Penal Económico, no es coincidente con la delincuencia de cuello blanco.

⁷¹ MOLINÉ, J.C. y LARRAURIPIJOAN, E., *Teorías criminológicas. Explicación y prevención de la delincuencia*, Bosch, Barcelona, 2001, p. 123, comentando a SUTHERLAND, creador del concepto de delito de cuello blanco, expresan que los grupos poderosos tienen poder para conseguir que determinado comportamiento no sea delito y sea tratado sólo como un ilícito civil o administrativo, con el consiguiente cambio de procedimiento, tribunales y sanciones. Ello redundará a su vez en la visión que la comunidad tiene de este comportamiento y evitará el estigma de delincuente a quien lo realice. Por ello, MARTOS NÚÑEZ, J.A., op. cit., p. 150, expresa que esta forma de criminalidad halla campo abonado en nuestros días, encontrando la administración de justicia serias dificultades en la persecución del poderoso que detenta, en la sociedad de consumo, influencias que entremezclan la economía y la política.

⁷² Por ello JAKOBS, G. y CANCIO MELLÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 29 y 30, proponen una diferenciación entre Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo, afirmando que el legislador está pasando a una legislación de lucha, por ejemplo en el ámbito de la criminalidad económica, del terrorismo, de la criminalidad organizada, en el caso de delitos sexuales y otras infracciones penales peligrosas, pretendiéndose combatir en cada uno de estos casos a individuos que en su actitud, en su vida económica o mediante su incorporación a una organización ilícita, se han apartado probablemente de manera duradera del derecho. Es decir, que no prestan la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona. La reacción del ordenamiento jurídico frente a esta criminalidad se caracteriza por la circunstancia de que no se trata, en primera línea, de la compensación de un daño a la vigencia de la norma, sino de la eliminación de un peligro: la punibilidad se adelanta un gran trecho hacia el ámbito de la preparación, y la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos.

⁷³ Vid. PÉREZ DEL VALLE, C., op. cit., p. 31, esta propuesta de mecanismos de autocontrol este autor la explica desde la denominada teoría criminológica de la anomia, según la cual la criminalidad existe por la ruptura de vínculos sociales, integración social reducida y desorientación del individuo.

6. DIFERENCIAS ENTRE LOS DELITOS ECONÓMICOS Y LOS DELITOS PATRIMONIALES

No obstante, que como en el caso español, se pueden tratar conjuntamente los delitos patrimoniales y los económicos, podemos encontrar diferencias entre ambas categorías criminales.⁷⁴

6.1. Por el bien jurídico

Como señalamos anteriormente los bienes jurídicos son presupuestos existenciales e instrumentales mínimos, que cuando se refieren directamente a una persona individual se denominan “bienes jurídicos individuales”, y cuando interesan al conglomerado, comunidad o colectivo son “bienes jurídicos supraindividuales o sociales”.⁷⁵ En el delito económico el bien jurídico es supraindividual, en cambio en el delito patrimonial el bien jurídico es individual.⁷⁶

6.2. Por el objeto inmediato de protección versus el objeto inmediato de ataque

Se hace prevalecer la infracción al orden económico por sobre el ataque que sufre un individuo en particular, por ejemplo un consumidor o competidor.⁷⁷ Aunque en la mente del delincuente ocurra todo lo contrario, pues en el caso por ejemplo de un competidor, esto es una persona que se dedica a las mismas actividades mercantiles, en la intención de la conducta criminal está más presente el perjuicio que se desea producirle que la voluntad de infringir las normas jurídicas que regulan la libre competencia.

6.3. Por los objetos sobre los que recaen las acciones

Esta diferencia obvia resulta más marcada en los delitos económicos que en los delitos meramente patrimoniales, puesto que en los primeros se trata de objetos que constituyen mercancías prohibidas, restringidas o de gran valor.⁷⁸

.....
⁷⁴ QUINTERO OLIVARES, G., Título XIII. Delitos..., cit., p. 442, afirma que el Código Penal de 1995, siguiendo la pauta marcada por el Proyecto de Código Penal de 1992 ha decidido tratar conjuntamente los delitos patrimoniales y económicos porque existe una zona mixta, en la que confluyen valores de signo “patrimonial-individual” y de sentido “económico-colectivo”, pues se trata de delitos en los que no es posible otorgar uno solo de esos caracteres, dada la pluralidad de bienes jurídicos potencialmente afectados, como sucede con determinadas insolvencias fraudulentas, con los delitos relativos a la propiedad intelectual, etc. En contra MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, C., op. cit., pp. 53-54, para quien la regulación conjunta en un mismo título de los delitos patrimoniales y de los delitos económicos que hace el Código Penal español de 1995 es artificial, pues considera que en el seno del Título XIII de dicho cuerpo legal, el legislador de 1995 está operando inequívocamente con la distinción entre delitos patrimoniales y delitos contra el orden económico. PÉREZ DEL VALLE, C., op. cit., pp. 40 y 41, distingue entre Derecho Penal Económico autónomo y Derecho Penal Económico accesorio, el primero integrante del denominado Derecho penal nuclear, en el que encontramos los delitos patrimoniales, por ejemplo, estafas, apropiaciones indebidas y defraudaciones en general; en cambio el segundo viene constituido por la protección a bienes jurídicos que hemos ubicado en el orden económico, tales como las relaciones comerciales y la protección a las reglas de competencia y los consumidores. Sin embargo, en el caso salvadoreño se les ha otorgado un tratamiento diferenciado y una ubicación sistemática distinta.

⁷⁵ Cfr. MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., op. cit., p. 55, pero esta clasificación de los bienes jurídicos en individuales o supraindividuales no debe conducirnos a afirmar la existencia de un concepto dualista del bien jurídico, ya que el elemento integrador es el individuo, la finalidad de su autorrealización.

⁷⁶ MARTOS NÚÑEZ, J.A., op. cit., p. 143. QUINTERO OLIVARES, G., Título XIII. Delitos..., cit., p. 441, expresa que los delitos patrimoniales son “individualistas” y los delitos económicos tienen un marcado sentido de ofensa potencial o concreta a lo “colectivo o general”.

⁷⁷ Cfr. QUINTERO OLIVARES, G., Comentarios..., op. cit., p. 442, con quien concordamos en que tal situación hace surgir una posibilidad de concurso de delitos, ya que un mismo hecho sería capaz de afectar a la vez intereses patrimoniales (de un individuo) y generales (económicos).

⁷⁸ Vid. PÉREZ DEL VALLE, C., op. cit., p. 30, el cual distingue, por ejemplo, que en el delito de contrabando se trata de mercancías restringidas por intereses fiscales; en el delito de lavado de dinero son mercancías prohibidas cuyo tráfico produce grandes beneficios, por lo que la delincuencia se encuentra básicamente relacionada con la ocultación de la procedencia de los beneficios; y en general se trata de mercancías de gran valor.

6.4. Por el sujeto activo

Como expresamos anteriormente los delitos económicos son delitos especiales, a diferencia de los delitos patrimoniales que son delitos comunes. Los delitos comunes son aquellos en que su estructura típica no exige ninguna característica o calidad al sujeto activo, son aquellos que expresan simplemente “El que...”. Por regla general en los delitos económicos los sujetos activos son personas que desarrollan una actividad industrial, comercial o de algún modo productiva, además gozan de una posición privilegiada en el entorno donde desarrollan sus actividades y por ende de gran influencia, de ahí que los estudios de la criminología sobre la criminalidad económica están orientados al autor y no al hecho punible.

6.5. Predominio del empleo de leyes penales en blanco

Recordemos que las leyes penales en blanco son aquellas cuyo supuesto de hecho (tipo legal) se configura o completa por medio de una remisión a otra norma jurídica de carácter no penal. No debemos confundirlas con otras técnicas legislativas que se pueden emplear en la confección de los tipos penales, para el caso, aquellas en las que el supuesto de hecho se consigna en otro precepto contenido en la misma ley penal, las que el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica aparecen en distintos artículos de la legislación penal, y aquellas en las que el supuesto de hecho se complementa con actuaciones de una autoridad diferente, por regla general de carácter administrativo, a la que dicta la norma penal.⁷⁹ En los delitos económicos existe un predominio del empleo de las leyes penales en blanco, situación que resulta distinta en los delitos patrimoniales, en los cuales el legislador agota, o al menos es su pretensión, todos los elementos de la descripción de la conducta punible.

6.6. Por su consumación

Los delitos patrimoniales, por regla general, exigen para tenerlos por consumados un efectivo menoscabo del bien jurídico protegido, en cambio los delitos económicos en su mayoría se configuran a partir de la constatación de un riesgo, por ejemplo, para el mercado o para los intereses vinculados con el respeto de las reglas de competencia. De ahí que, como afirmamos *supra*, una característica peculiar de los delitos económicos es que se trata, en su mayoría, de delitos de peligro.

6.7. Por su ubicación

Los delitos patrimoniales se ubican en su totalidad en el Código Penal, situación disímil ocurre con los delitos económicos, los cuales se desarrollan tanto en el Código Penal como en leyes penales especiales, por ejemplo la Ley especial para sancionar infracciones aduaneras y la Ley de bancos. La primera regula en el Capítulo I las “Infracciones aduaneras”, es decir, las conductas que consisten en acciones u omisiones que infringen las normas aduaneras y las que regulen el ingreso y salida de mercancías del territorio nacional (Art. 2). También clasifica las infracciones aduaneras en administrativas, tributarias y penales: “Son infracciones administrativas aquellos actos u omisiones que contravienen o trasgreden la normativa aduanera o las leyes que regulan el comercio exterior, sin que puedan ocasionar un perjuicio fiscal.

.....
79 Cfr. MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., op. cit., p. 100, con quienes compartimos un concepto restrictivo de ley penal en blanco. Ideas que en alguna medida se mantienen en la edición del año 2002, p. 110. No obstante la jurisprudencia española se decanta por un concepto amplio, así el Tribunal Supremo español en su sentencia del 20/9/90 expresa que “son leyes penales en blanco aquellas cuyo supuesto de hecho debe ser completado por otra norma producida por una fuente jurídica legítima”; de igual forma el Tribunal Constitucional español en su sentencia 127/90 ha expresado que “la utilización y aplicación judicial de leyes penales en blanco, siempre que se dé la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada en el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, resultando así salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada”. Esta discusión de la amplitud del concepto de ley penal en blanco, claramente bizantina, no tiene efectos prácticos, como afirma BACIGALUPO, E., *Principios constitucionales de derecho penal*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pp. 99 y 100, es puramente nominalista y de reducido interés dogmático.

Son infracciones tributarias aquellos actos u omisiones que constituyen trasgresión o violación de la normativa aduanera o de comercio exterior que pueden ocasionar un perjuicio fiscal sin que lleguen a tipificarse como delito. Son infracciones penales las acciones u omisiones dolosas o culposas que trasgreden o violan la normativa aduanera o de comercio exterior, que provocan o puedan provocar un perjuicio fiscal o que puedan evitar, eludir, alterar, impedir o imposibilitar el efectivo control aduanero o causar daño a los medios utilizados en el ejercicio de dicha función” (Art. 3).

Finalmente la Ley de Bancos es un híbrido raro, pues no obstante que su naturaleza jurídica viene anunciada en su objeto: “Art. 1...regular la función de intermediación financiera y las otras operaciones realizadas por los bancos, propiciando que éstos brinden a la población un servicio transparente, confiable y ágil, que contribuya al desarrollo del país”; también es una Ley penal especial, pues regula, entre otros, el delito de Captación ilegal de fondos del público: “Art. 184.- Se prohíbe toda captación de fondos del público con publicidad o sin ella, en forma habitual, bajo cualquier modalidad, a quienes no estén autorizados de conformidad con la presente Ley u otras que regulen esta materia. La infracción a lo dispuesto en este inciso se sancionará según lo que establece el Artículo 240-A del Código Penal, sin perjuicio de cualquier otro delito que cometieren...”; y los Delitos por administración bancaria fraudulenta: “Art. 210.- Los directores, gerentes, empleados, auditores externos o demás personas de un banco que, a sabiendas, hubieren elaborado, aprobado o presentado un balance o estado financiero adulterado o falso, o que hubiesen ejecutado o aprobado operaciones para disimular la situación del banco, incurrirán en los delitos de falsificación de documentos y se aplicarán las sanciones establecidas en el Artículo 283 del Código Penal. En caso de quiebra o liquidación forzosa de la institución serán considerados como responsables de quiebra dolosa y se aplicarán las penas del Artículo 242 del Código Penal.”, “Art. 211.- Los directores, gerentes, empleados, auditores externos o demás personas de un banco que alteren, desfiguren u oculten datos o antecedentes, libros, estados, cuentas, correspondencia u otro documento con el fin de obstaculizar, dificultar, desviar o eludir la fiscalización que corresponde efectuar a la Superintendencia, serán sancionadas de acuerdo con lo que establece el Artículo 286 del Código Penal.”, etc.; sin embargo, lo hace con una técnica legislativa no exenta de críticas, ya que norma la conducta punible pero remite, para efectos de la determinación de la pena aplicable, a disposiciones del Código Penal que se refieren a otros delitos en particular, que nada tienen que ver con el regulado en la Ley de bancos.

Bibliografía

- 📖 BACIGALUPO, E., Principios constitucionales de derecho penal, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999.
- 📖 BAJO FERNÁNDEZ, M., “Derecho penal económico”, Civitas, Madrid, 1978.
- 📖 BAJO FERNÁNDEZ, M., Marco constitucional del Derecho penal económico en AA. VV., Comentarios a la Legislación penal, T.I, EDERSA, Madrid, 1982.
- 📖 BUSTOS RAMÍREZ, J., Manual de Derecho penal. Parte General, Ariel, Barcelona, 1989.
- 📖 DE LA CUESTA AGUADO, P., Derecho penal económico y nuevas tecnologías en AA.VV., Sistema penal de protección del mercado y de los consumidores. Actas del II Seminario Internacional de Derecho penal económico, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

- 📖 FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico, Recensión a Roland Hefendehl: La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?, Marcial Pons, Madrid y Barcelona, 2007 en InDret, Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, abril, 2008.
- 📖 FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J., Derecho penal fundamental, V. I, Editorial Temis, Bogotá, 1989.
- 📖 HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F., La responsabilidad por el producto en Derecho penal, Tirant lo blanch, Valencia, 1995.
- 📖 HORMAZABAL MALAREE, H., Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal), PPU, Barcelona, 1991.
- 📖 JAKOBS, G., Derecho penal. Parte general. Fundamentos y Teoría de la imputación, 2ª Ed., Marcial Pons, Madrid, 1997.
- 📖 JAKOBS, G., ¿Qué protege el Derecho penal: Bienes jurídicos o la vigencia de la norma?, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001.
- 📖 JAKOBS, G., Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.
- 📖 JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M., Derecho penal del enemigo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.
- 📖 JESCHECK, H., Tratado de Derecho penal. Parte General, V. I, Editorial Bosch, Barcelona, 1981.
- 📖 MANKIW, N. G., Principios de economía, 2ª Ed., McGraw-Hill, Madrid, 2002.
- 📖 MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C., Derecho penal económico. Parte general, Tirant lo blanch, Valencia, 1998.
- 📖 MARTOS NÚÑEZ, J.A., Derecho penal económico, Editorial Montecorvo, Madrid, 1987.
- 📖 MAZZACUVA, N., Criminalidad organizada y empresa en AA. VV., Nada personal. Ensayos sobre crimen organizado y sistema de justicia, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2001.
- 📖 MIR PUIG, S., Derecho penal. Parte general, 3ª. Ed., PPU, Barcelona, 1990, pp. 100-101.
- 📖 MOLINÉ, J.C. y LARRAURI PIJOAN, E., Teorías criminológicas. Explicación y prevención de la delincuencia, Bosch, Barcelona, 2001.
- 📖 MOMMSEN, T., Derecho penal romano, Editorial Temis, Bogotá, 1999.

- 📖 MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., Derecho penal. Parte general, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.
- 📖 MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal. Parte Especial, 14ª Ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2002.
- 📖 PEREZ DEL VALLE, C., Introducción al Derecho penal económico en AA. VV., Derecho Penal Económico, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
- 📖 PRADEL, J., “Derecho penal económico francés. Algunos aspectos actuales” en Revista del Poder Judicial, N° 49, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, primer trimestre de 1998.
- 📖 QUINTERO OLIVARES, G., Manual de Derecho penal. Parte general, 2ª Ed., Aranzadi, Pamplona, 2000.
- 📖 QUINTERO OLIVARES, G., Título XIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico en AA. VV., Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, Aranzadi, Pamplona, 1996.
- 📖 RODRIGUEZ MONTAÑÉS, T., Delitos de peligro, dolo e imprudencia, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004.
- 📖 ROXIN, C., Derecho penal. Parte general, T. I, 2ª Ed., Civitas, Madrid, 2001.
- 📖 SERRANO TARRAGA, M.D., en “La expansión del derecho penal en el ámbito de la delincuencia económica. La tutela penal de los mercados financieros”, Revista Derecho (Valdivia) [on line], julio 2005, Vol. 18, N° 1, febrero de 2008.
- 📖 STAMPA BRAUN, J. M. y BACIGALUPO, E., “La reforma del Derecho penal económico español” en Revista del Derecho Industrial, núm. 26/27, Ediciones Depalma, Buenos Aires, mayo – diciembre 1987.
- 📖 STRATENWERTH, G., Derecho penal. Parte general I. El hecho punible, 4ª. Ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
- 📖 WELZEL, H., Derecho penal alemán, 11ª Ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1976.
- 📖 ZAFFARONI, E., Tratado de Derecho penal. Parte General, V. III, Ediar, Buenos Aires, 1981.

●PASADO Y PRESENTE DE LOS ACTOS PREPARATORIOS PUNIBLES ESPECIAL ATENCIÓN A LA NORMATIVIDAD PENAL VIGENTE Y A LA SOCIEDAD DE RIESGOS

René Armando Castellón Mejía

Sumario

1. Introducción. 2. Consideración previa. 3. Actos preparatorios y Derecho Penal. 4. Regulación legal de actos preparatorios punibles en el Código Penal y leyes especiales. 5. Particular referencia a la Sociedad de Riesgos. 6. Conclusiones y toma de posición. 7. Bibliografía.

1. Introducción

Uno de los rasgos característicos del Derecho Penal de los últimos tiempos ha sido la “permanente tensión entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja; en la que se confirma, una extrema politización de la política penal, de tal modo que, mientras los índices de los delitos no han aumentado exageradamente⁸⁰ sí lo ha hecho la impaciencia del público frente al delito”⁸¹

La tensión a que se hace referencia, en la que concurre la evidente incompatibilidad entre garantismo penal y la funcionalización de las normas de incriminación con fines de promoción social,⁸² según sea resuelta se convierte en un determinado modelo de Derecho Penal, el cual, en un determinado momento puede asumir los rasgos característicos del denominado Derecho Penal democrático, o comportar el riesgo de convertirse en un Derecho Penal autoritario, en el cual, los principios y garantías fundamentales que han sido construidos a lo largo de la historia, ocupan un papel secundario.⁸³ Es innegable que, el Derecho Penal tradicional ha sido construido, precisamente sobre la base de principios que lo han vuelto más controlable y predecible en su aplicación; despojándolo del azar y el acaso como en algún tiempo se sostuvo;⁸⁴ sin embargo, el

⁸⁰ Esta afirmación debe ser vista de un modo relativo, y ubicarnos para tal efecto desde una perspectiva abstracta, en el contexto del desarrollo de la ciencia del Derecho Penal. Desde luego, una verificación empírica de lo que acontece ahora mismo en nuestro país, nos llevaría a la probable conclusión que, el incremento de los hechos delictivos especialmente violentos, se ha incrementado tanto como el mismo clamor popular por la inseguridad.

⁸¹ Cfr. CAMPO MORENO, Juan Carlos: *Los actos preparatorio Punibles*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 16.

⁸² Cfr. DONINI, Massimo: *El Derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*, trad. de Diana María Restrepo Rodríguez, ARA EDITORES, Lima, 2010, pág. 27.

⁸³ En lo que respecta a las orientaciones de Derecho Penal, a las que se ha hecho referencia, dada la trascendencia científica que las mismas tienen y a la forma como éstas han impactado en el pensamiento penal del último cuarto del siglo XX, e inicios del presente, es insoslayable la mención de dos importantes trabajos, que perciben al Derecho Penal, desde perspectivas muy distintas y que, pese a la cercanía geográfica que separa a los autores, su pensamiento constituye dos mundos distintos, a saber: FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Trotta, Madrid, 1995 y JAKOBS, Günther: *Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de Enrique Peñaranda Ramos, y otros, Civitas, Madrid, 1997. Aunque es en el artículo jurídico, *La autocompresión de la Ciencia del Derecho Penal ante posdesafíos del presente*, trad. de Teresa Manso Porto, en la Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio, coordinación de la versión española de Francisco Muñoz Conde, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, donde JAKOBS, plasma el estado actual de su pensamiento, fundamentalmente en torno al denominado Derecho Penal del enemigo.

⁸⁴ Cfr. WELSEL, Hans: *Derecho Penal Alemán*, 11ª edición, 4ª. edición castellana, trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, 1993, pág. 1. Realmente lo que Welzel sostuvo fue fundamentalmente, al abordar lo concerniente a la misión de la ciencia penal, que además de desarrollar y explicar el contenido de la reglas jurídicas en su conexión interna, era establecer “la base para una administración de justicia igualitaria y justa, ya que solo la comprensión de las conexiones internas del Derecho liberan a su aplicación del acaso y la arbitrariedad”.

estado actual de la discusión en la ciencia del Derecho Penal,⁸⁵ y desde hace ya algún tiempo,⁸⁶ se orienta cada vez más hacia la utilización del Derecho penal antes que se haya producido la lesión o puesta en peligro de un determinado bien jurídico.⁸⁷ Esto ha dado paso al concepto de penalización anticipada, lo que viene a romper con la noción de hacer más controlable la aplicación del Derecho Penal.

El propósito de esta investigación es plantear de forma introductoria, el estado actual de la cuestión, relativa a los actos preparatorios punibles,⁸⁸ consideración que rompe con la tesis que el Derecho Penal debe intervenir únicamente cuando existe la exteriorización de una acción concreta. Esta idea ha estado fundada en un concepto que ha hecho historia en la ciencia del Derecho Penal, como lo es el *iter criminis*, mismo que ha permitido identificar, en la configuración de un hecho punible distintas etapas, que van desde la fase de ideación, hasta la exteriorización de tal fase en el mundo exterior. En ese contexto se han encontrado inmersos los actos preparatorios, por los que la ciencia del Derecho Penal mayoritariamente ha optado porque los mismos sean desprovistos de toda respuesta punitiva.

Como es usual, todas las reglas se exceptúan, como se pretende demostrar durante el desarrollo del tema del que me ocupo, y es que en la implementación del Derecho Penal, no necesariamente es determinante el afán por construir una dogmática cada vez más depurada, sino crear formas de proceder frente al delito; en tal sentido optar por la penalización cada vez más de comportamientos que configuran meros actos preparatorios, obedece como se ha dicho, a una idea de utilización del Derecho Penal en ámbitos en los que la concreción del hecho punible no es tal, pero se justifica la aplicación del mismo con fines preventivos, sin perder de vista los riesgos que ello conlleva; es decir, que la regla sea la penalización de los actos preparatorios o estadios previos del delito.

2. Consideraciones Previas

Cuando se habla de adecuación de una conducta a un tipo penal determinado, se parte del presupuesto de que cuando el agente actúa realiza por sí mismo las diversas exigencias típicas y logra la consumación de su comportamiento sin contar con la ayuda o estímulo de otro u otros; no obstante, múltiples formas de realizar acciones con relevancia jurídico-penal demuestran que ello no siempre sucede así, debido a que en ese contexto se pueden dar dos situaciones distintas.⁸⁹

.....
⁸⁵ Para una visión más amplia al respecto, aunque referida a otra candente discusión en el ámbito de la Ciencia del Derecho Penal, Cfr. CASTELLÓN, René A.: *Valoraciones sobre el Derecho Penal de Hoy, un problema de opciones: ¿Legalidad o Rendimiento? ¿Derecho Penal Garantista o Derecho Penal del Enemigo?*, en Anuario número 9, diciembre 2015, Instituto de Investigación Jurídica, Universidad Dr. José Matías Delgado, Antiguo Cuscatlán, 2015, pág. 153.

⁸⁶ A manera de ejemplo, y sin lugar a dudas uno de los trabajos más paradigmáticos: JAKOBS, Günther: *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, en *Estudios de Derecho Penal*, trad. de Enrique Peñaranda Ramos, Civitas, Madrid, 1997, pág. 293 y sigs.

⁸⁷ Vid. ROXIN, Claus: *Política Criminal y Estructura del Delito* (Elementos del delito en base a la Política Criminal), trad. de Juan Bustos Ramírez y Hernán Ormazábal Malarée, PPU, 1992, pág. 5 y sigs.

⁸⁸ Básicamente en lo que al tratamiento que se le dispensa en la legislación penal vigente se refiere, porque en el ámbito doctrinario ha sido siempre objeto de un amplio desarrollo, a pesar de largos años de evolución de la Dogmática Penal. Para una concepción amplia, Vid. MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal. Parte General*, 5ª edición, Reppertor, Barcelona, 1998, pág. 331 y sigs, y RUSCONI, Maximiliano: *Derecho Penal. Parte General*, AD-HOC, Buenos Aires, 2009, pág. 650.

⁸⁹ En tal sentido Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: *Derecho penal Parte General*, 2ª edición, ampliada y corregida, Temis, Bogotá, 1995, pág. 526.

De un lado que en la comisión del hecho punible además del autor, intervenga uno o más sujetos que de algún modo coadyuven en la concreción del suceso, y de otro que desencadenado el hecho, éste no se consume por circunstancias ajenas a la voluntad del sujeto activo del mismo. Para resolver esta clase de problemas, la Ciencia del Derecho Penal recurre a los denominados Dispositivos Amplificadores del Tipo,⁹⁰ con el objeto de establecer mecanismos de responsabilidad penal, para aquellos que intervienen en el hecho punible de manera accesoria; así como para dar respuesta a aquellos supuestos, en los que iniciado el proceso causal tendente a producir el resultado, el mismo queda en grado de un hecho intentado.⁹¹ Estos supuestos son resueltos, en el ámbito doctrinario por la teoría de la accesoriadad penal, la cual permite fundamentar la imposición de penas para los sujetos que en la trama de un hecho punible intervienen en cualquiera de los niveles de complicidad, y por la teoría de la tentativa y frustración, a fin de responder punitivamente ante los supuestos en los que el hecho intentado no se consuma, quedando convertido en un hecho tentado o frustrado en cualquiera de las modalidades de análisis que admiten tales supuestos.

Existen diversas posiciones respecto de la punibilidad de la tentativa y la frustración, mismas que discurren en cuanto si lo que debe sancionarse es la acción intentada o si para que se dé la respuesta penal, se requiere haber alcanzado mínimamente un resultado. Esta discusión no es más que la contraposición entre lo externo y lo interno; en tanto que si se decide la penalización de la acción, nos encontramos cerca de la penalización de la fase interna del hecho punible, mientras que si nos decidimos por lo externo, estaríamos requiriendo una aproximación o atisbo de resultado.⁹²

El problema recién planteado goza de bastante espacio en la discusión doctrinaria, afirmándose que uno de los conceptos de resultado, vinculados de manera directa a la configuración de lo injusto, es aquel que se dota de un contenido marcadamente valorativo; hablándose en ese sentido del desvalor del resultado para hacer referencia con ello a un elemento que por sí mismo o junto al desvalor de acción, contribuye a fundamentar lo ilícito de una conducta;⁹³ no obstante en lo que sigue, se pretende dar respuesta a los llamados pre-estadios de la autoría y la participación, los cuales permiten fundamentar otras causas o mecanismos de extensión de la pena, antes que se configure objetivamente un determinado tipo penal.⁹⁴

3. Actos Preparatorios y Derecho Penal

Se alude procurando respetar el marco constitucional, y los presupuestos de la intervención punitiva que, en la medida en que no exista manifestación externa encaminada a provocar un resultado jurídico- penalmente desaprobado, se deben limitar los mecanismos de intervención

⁹⁰Cfr. SERRANO, Armando Antonio et.al.: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, CIC, Proyecto de Reforma Judicial, San Salvador, 1992, pág. 175 y sigs.

⁹¹ Para una noción amplia al respecto y desde diversas perspectivas de análisis, entre otros, Vid., GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel: *Teoría Jurídica del Delito*, Civitas, Madrid, reimpresión, 1992. pág. 247 y sigs.; MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal Parte General*, 5ª edición, 4ª reimpresión, Reppertor, Barcelona, 2001, pág. 326 y sigs.

⁹² SANCINETTI, Marcelo A.: *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*, Temis, Bogotá, 1995, pág. 6 y sigs.

⁹³ Cfr. LAURENZO COPELLO, Patricia: *El resultado en Derecho penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992, pág. 35.

⁹⁴ Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel: *Teoría...*, Op. Cit. pág. 555 y sigs.

y penalización anticipada del Derecho Penal; sin embargo, se alzan voces expresando que, cuando concurren circunstancias justificativas, es razonable recurrir al adelantamiento de barreras de protección aún en el marco del Estado de Derecho.

Lo anterior nos introduce de lleno en los actos preparatorios y en múltiples cuestiones que afectan al ordenamiento jurídico en general y al Derecho Penal en particular.⁹⁵ En la actualidad los ordenamientos jurídicos penales, además de penalizar los actos preparatorios propiamente dichos, también castigan comportamientos conspirativos y propositivos, así como los mecanismos de provocación para delinquir; situación que no es ajena a nuestro ordenamiento jurídico, pues, el que el legislador ha elevado a rango de delitos autónomos, determinados actos preparatorios y comportamientos que se encuadran en las categorías recién mencionadas, que no constituyen actos preparatorios *per se*.⁹⁶

Algo que no se puede desdeñar es que el Derecho Penal moderno, basa su existencia en la protección de bienes jurídicos;⁹⁷ por lo que no es extraño que la lesión o puesta en peligro de los mismos, sea sancionada con una pena. Sin embargo lo que resulta excepcional y discutible –por lo menos en un sector de la doctrina– es que conductas ajenas a la realización de un tipo penal, es decir la correlativa adecuación entre conducta y descripción fáctica normativa puedan resultar punibles. Actos preparatorios y de ejecución, de un hecho delictivo aparecen en una línea temporal y excluyente, de tal modo que los primeros en el *iter criminis* precederán a los segundos y desaparecerán cuando éstos aparezcan. Antes que unos y otros están los actos internos,⁹⁸ los cuales se desarrollan en la esfera del pensamiento, espacio que al Derecho penal le está vedado tutelar, no sólo por lo imposible que ello resulta, sino por la mayoritaria idea que no se pueden castigar las ideas ni el pensamiento en sí.⁹⁹ Sin embargo, en la dogmática penal se han construido una serie de conceptos tendentes, a justificar la imposición de penas, para los llamados pre-estadios de la autoría y la participación; así como para dar respuesta a aquellos actos previos a la tentativa y no seguidos de la misma o, en su caso de la frustración o consumación.¹⁰⁰ Se trata de una suerte de barreras punitivas que se adelantan justo al inicio de la exteriorización.

Pero a pesar de ello, el problema se plantea en la medida en que un determinado comportamiento se encuentra más alejado de la consumación del delito y, por tanto de la lesión del bien jurídico; tratándose de conductas, no sólo anteriores al comienzo de la realización del tipo, sino además que existen en tanto el autor no empieza a realizarlo; hace más complejo justificar la aplicación de una determinada pena, hablándose de actos preparatorios impunes.¹⁰¹

.....
⁹⁵ Cfr. CAMPO MORENO, Juan Carlos: *Los actos preparatorios...*, Op. Cit., pág. 19.

⁹⁶ Vid. *Ibid.*

⁹⁷ Esta continúa hasta ahora como la tesis mayoritaria en el campo del Derecho Penal, sin que se la pueda definir como pacífica. Esto se debe sin lugar a dudas, a las consideraciones de que el Derecho Penal está destinado a mantener la vigencia de la norma.

⁹⁸ Cfr. CAMPO MORENO, Juan Carlos: *Los actos preparatorios...*, Op. Cit., pág. 19.

⁹⁹ Corresponde a otros sistemas normativos, el establecimiento de sanciones en aquellos casos, en los que lo que media, es la configuración de ideas que contravienen principios morales o religiosos, cuyo tipo de sanción no es exterior, como lo manifestado por el ordenamiento jurídico en general y el caso concreto por el Derecho Penal; que dicho sea de paso, es la rama del Derecho en la que se aplican las sanciones más severas de las que la humanidad tiene conocimiento a lo largo de la historia.

¹⁰⁰ Vid. GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel: *Teoría...*, Op. Cit. pág. 555 y sigs.

¹⁰¹ Vid, GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel: *Teoría...*, Op. Cit., pág. 555.

No obstante, si no existieran intereses político-criminales o, si se prefiere, preventivo generales, que aconsejan extender la pena también a quienes realicen determinados actos que por su específica peligrosidad *ex ante* para los bienes jurídicos que generan, a pesar de ser previos a la realización del tipo e incluso percibirlos hasta que los mismos trascienden a una fase ejecutiva; las codificaciones contemporáneas no estarían seleccionando cierta clase de actos preparatorios, que aunque en esencia constituyen pre-estadios delictivos, se están penalizando, cual si se tratara de actos configurativos de hechos punibles.

Aunque en realidad no se puede hablar de manera exclusiva sólo de actos preparatorios, a los que se les conmina con una pena, pues, existen otros comportamientos en los que un elemento esencial es la invitación a otros sujetos a cometer un hecho delictivo a través de cualquier mecanismo, entre los que cabe mencionar comportamientos conspirativos, propositivos y provocadores, que se retomarán más adelante y sobre los que se efectuará alguna valoración respecto de la forma como han sido elevados a la categoría de normas jurídico-legales por el legislador.

Efectuada la anterior advertencia, en el sentido, que no se pretende llevar a cabo un análisis exhaustivo del tópico abordado, tampoco es óbice para referirse de manera sucinta a algunas de las figuras cuya regulación legal se abordará en lo que sigue; en principio, con el objeto de sentar bases mínimas para una adecuada comprensión, en especial para quienes se inician en el estudio del Derecho penal –los estudiantes– por cuanto en los códigos penales, y el nuestro no es la excepción, se declara punibles la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir,¹⁰² tal como se demostrará en lo que sigue.

Así las cosas, desde un punto de vista legal se sostiene que, existe conspiración, cuando dos o más personas se concertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo.¹⁰³ La doctrina, partiendo de esa definición, ha venido desarrollando los elementos que deben concurrir para que se configure la conspiración: a) unión de voluntades; b) orientación de todas al mismo hecho; c) decisión firme de ejecutarlo, plasmada además en un plan concreto y acabado; d) actuación dolosa de cada concertado; e) viabilidad del proyecto.¹⁰⁴ Lo último resulta de vital importancia, por cuanto se puede caer en el absurdo de castigar por conspiración a individuos que carecían de toda posibilidad de llevar a cabo el plan.¹⁰⁵

Ahora bien, se habla de proposición para delinquir, cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo.

En esta figura el elemento central lo constituye la firmeza de la decisión de cometer el delito por parte del proponente.¹⁰⁶

.....
¹⁰² Vid. al respecto, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, et.al.: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 3ª edición, revisada, ampliada y puesta al día, Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 582 y sigs.

¹⁰³ Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, et.al.: *Manual de Derecho Penal. Parte General*,... Op. Cit., pág. 583.

¹⁰⁴ Por todas, Vid. *Ibíd.*

¹⁰⁵ Vid. *Ibíd.* 111.

¹⁰⁶ Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, et.al.: *Manual de Derecho Penal. Parte General*,... Op. Cit., pág. 586.

Por eso se sostiene que el *agente provocador*¹⁰⁷ no realiza proposición para delinquir porque él no piensa cometer el delito, sino provocar que quien recibe la propuesta la acepte, para así facilitar una acusación contra el mismo¹⁰⁸ o su detención.¹⁰⁹

La invitación a delinquir es también cuestión dudosa. Si se parte de la excepcionalidad de la punición de los actos preparatorios parecería que, lo más prudente es interpretar la fórmula legal “*invitar a ejecutar*” como referible exclusivamente a invitación a la realización del hecho como “*ejecutor*”, pues esa es la palabra usada por la ley para referirse a los que realizan el hecho como autores materiales, lo cual deja fuera de su ámbito a todas las conductas que no sean ejecutivas.¹¹⁰ Estos temas, orientados al desarrollo que se lleva a cabo en el Código Penal, en algunas leyes especiales de vieja y nueva data y a la denominada sociedad de riesgos, constituye el contexto en que se inserta la discusión propuesta.

4. Regulación Legal de Actos Preparatorios Punibles en el Código Penal y Leyes Especiales

Tal como ha sido contextualizada la época en la que se redactó el actual Código Penal de nuestro país, en la que las ideas en boga apuntaban a la reducción de la utilización del Derecho Penal; determinadas en cierto modo, por las influencias del Proyecto Alternativo Alemán¹¹¹ y por las concepciones de un Derecho penal mínimo,¹¹² el articulado de la Parte Especial, fue congruente con tales concepciones, ya que éste denotaba la ausencia de figuras delictivas que no revelaran lesividad hacia un bien jurídico; habiéndose llegado en algunos casos, a la supresión de figuras delictivas, en tanto que éstas estuvieran más cercanas a la moral o a valoraciones de índole social, lo que en cierta forma, marcaba la adhesión a posiciones abolicionistas, aunque ello nunca fue algo explícito.¹¹³

Sin embargo, entrado en vigor el nuevo Código Penal, se dio inicio a una escalada de reformas; en un afán expansionista, que podría haberse justificado, en la medida en que se trasladara la intervención punitiva, a nuevas áreas que antaño carecían de penalización; pero lo que ha ocurrido ha sido la implementación de reformas que no tienen nada que ver con la protección penal de nuevos espacios carentes de la misma; sino que la orientación apunta a la penalización de actos preparatorios, a los que se los ha dotado de pena, a los cuales se hará referencia más adelante, no sin antes dejar establecido, que en la historia del actual Código Penal Salvadoreño, el

107 Se sostiene en cierto sector de la doctrina, que el motivo por el cual el aludido concepto llega al Derecho Penal, se debe al contenido criminal que subyace por lo común en las acciones promovidas por un agente provocador que obra el entorno sociopolítico. Para una visión altamente ilustrativa. Cfr. RUIZ ANTÓN, Luis Felipe: *El Agente Provocador en el Derecho Penal*, EDERSA, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1982, pág. 7 y sigs.

108 Esto es precisamente lo que encontramos en el Art. 4 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a la Drogas. Si bien esta disposición legal hace referencia al concepto de “Agente Encubierto”, en la parte final de la misma, se hace referencia específica a cierta función que, bajo estricta supervisión de la Fiscalía General de la República, llevan a cabo los miembros de la Policía Nacional Civil; consistente en la incitación o provocación de conductas a efecto de poder comprobar los hechos delictivos que se investigan.

109 Vid. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, et.al.: *Manual de Derecho Penal. Parte General*,... Op. Cit., pág. 586

110 Vid. *Ibid.*

111 ROXIN, Claus: *El desarrollo de la Política Criminal desde el proyecto alternativo*, trad., de J. Queralt, en *Política Criminal y Reforma del Derecho Penal*, Temis, Bogotá, 1982, pág. 5 y sigs.

112 FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, et. a., 2ª edición, Trotta, Madrid, 1997, pág. 103 y sigs.

113 Acerca de las propuestas abolicionistas, especialmente en Europa, Vid., MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Mauricio: *Qué pasa en la criminología moderna*, Temis, Bogotá, 1990, pág. 5 y sigs.

que fue objeto de tres reformas antes que entrara en vigor el 20 de abril de 1998, mismas que datan respectivamente del 17 de diciembre de 1997, del 8 de enero de 1998 y del 2 de marzo de 1998. Esto permite constatar que en nuestro medio parece existir un marcado entusiasmo, por la implementación de reformas legales, pues, las primeras reformas al Código Penal, se produjeron antes de su entrada en vigor.

Desde la última fecha señalada, hasta la actualidad, se han realizado innumerables transformaciones al Código Penal; contexto reformador, en que se ubican algunas de las disposiciones legales que a continuación se van a comentar, las que en esencia obedecen a una orientación político-criminal, tendente a penalizar actos preparatorios como si se tratara de comportamientos delictivos realizados en forma completa, o como si los mismos hubieran producido los resultados esperados.

Al hacer referencia a la orientación político-criminal, acerca de la punición de los actos preparatorios; es importante destacar que *“los actos internos del sujeto no pueden justificar la intervención del Derecho penal. Ésta sólo cabe cuando el sujeto ha exteriorizado su voluntad dirigida a la ofensa de un bien jurídico y, además el Derecho considera que debe actuar sin esperar a más. Claro está que resulta difícil fijar el momento de la exteriorización relevante, y discutible políticamente cuando es preciso reprimir inmediatamente esas exteriorizaciones”*.¹¹⁴ Este límite responde en cierto modo, al principio cogitationis poenam nemo patitur; es decir que, nadie debe sufrir pena por el mero pensamiento, y resulta ser medular en el Derecho Penal moderno,¹¹⁵ de manera especial para la comprensión del tema que nos ocupamos.

“Los actos preparatorios son tenidos por los primeros actos externos que pueden determinar consecuencias jurídico-penales. La discusión gira en torno a si es o no correcta su punición”.¹¹⁶ Al respecto, es importante resaltar que por voluntad legal sólo es admisible en casos muy excepcionales, la punición de actos preparatorios por cuanto entraña gravísimos riesgos para las libertades individuales.

“El número de los actos preparatorios en sentido vulgar o material es incalculable a priori, pues están en función del plan o modo de actuación de cada sujeto. Por eso en cumplimiento del principio de legalidad al menos en su vertiente formal, los códigos penales describen las especies de actos preparatorios punibles. En consecuencia, los actos preparatorios están también sometidos al principio de legalidad plasmado en una forma genérica de tipicidad”.¹¹⁷

Lo anterior significa que en vez de describirse los actos preparatorios de cada delito se declaran en general punibles ciertos actos encaminados o relacionados con cualquier delito, al igual que sucede con la definición de la tentativa; también, hay que destacar que la problemática de los actos preparatorios, históricamente ha tenido trascendencia especialmente en cuestiones

.....
¹¹³ Acerca de las propuestas abolicionistas, especialmente en Europa, Vid., MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Mauricio: *Qué pasa en la criminología moderna*, Temis, Bogotá, 1990, pág. 5 y sigs.

¹¹⁴ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, et. al.: *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 3ª edición, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 131.

¹¹⁵ Para un análisis amplio al respecto, Vid. CERESO MIR, José: *Derecho Penal. Parte General*, B de F, Buenos Aires, 2008, pág. 899 y sigs.

¹¹⁶ Vid. *Ibid.*

¹¹⁷ Vid. *Ibid.*

políticas, con el afán de perseguir complots y conspiraciones; y últimamente, para prevenir conductas relacionadas con el crimen organizado.¹¹⁸

En lo que respecta a nuestro Código Penal, se identifican de manera puntual ciertas disposiciones que constituyen verdaderos actos preparatorios a los cuales se les ha adicionado pena, mientras que otras disposiciones, las cuales no describen la exteriorización de algún comportamiento específico, se encuentran más vinculadas a los temas de la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir, de las cuales se efectuará una aproximación con el propósito de identificarlas.

NORMAS DEL CÓDIGO PENAL QUE PENALIZAN ACTOS PREPARATORIOS

“TRÁFICO Y TENENCIA ILEGAL DE ÓRGANOS Y TEJIDOS HUMANOS

Art. 147 – B.- El que extrajere o transplantare órganos o tejidos humanos, sin estar debidamente autorizado para ello, según lo establecido en el Código de Salud, será sancionado con prisión de cuatro a ocho años.

Igual sanción se impondrá a quien comerciare con órganos o tejidos humanos.

El que tuviere en su poder, órganos o tejidos de personas humanas, sin estar autorizado para ello, según lo establecido por el Código de Salud, será sancionado de tres a cinco años de prisión.” (13)

La presente disposición, en atención a aspectos propios de técnica legislativa, plantea un serie de formas configurativas que no son en esencia actos preparatorios que hayan sido objeto de penalización; por cuanto en su primer inciso, lo que se conmina son verdaderos comportamientos de tipo comisivo, en tanto se requiere la extracción o trasplante de órganos o tejidos humanos, sin la debida autorización para ello; por su parte, en el segundo inciso lo que se sanciona es la comercialización de órganos o tejidos humanos.

Es en el inciso final donde se penaliza un comportamiento de “tenencia”, siendo la constitución de la infracción a la norma: el tener en poder órganos o tejidos humanos sin estar autorizado para ello. Más allá del trasfondo ético que es posible haya motivado al legislador para su regulación, se encuentra lo concerniente a la técnica que se utiliza para legislar, puesto que la disposición objeto de este comentario, se constituye como una norma penal en blanco, lo que para efectos de cierre debe complementarse con las disposiciones del Código de salud.

En todo caso, lo que resulta importante para los efectos de este artículo, es que parte de la disposición está referida a un mero acto preparatorio de un asunto que el Derecho Penal no puede resolver, sino es anticipándose a lo que puede ocurrir, o lo que se puede desencadenar con la tenencia de órganos o tejidos de una determinada persona.

“POSESIÓN DE PORNOGRAFIA

Art. 173 – A.- El que posea material pornográfico en el que se utiliza la imagen de personas menores de dieciocho años, incapaces o deficientes mentales, en actividades pornográficas o eróticas, será sancionado con pena de dos a cuatro años”. (18)

¹¹⁸ Vid. Ibíd.

La presente disposición legal, está ubicada sistemáticamente en el capítulo destinado a regular otros ataques a la libertad sexual. De acuerdo a la redacción de dicha norma, el núcleo de la prohibición lo constituye un mero acto de “posesión”. Si bien es cierto, se exige para su configuración típica que en el material poseído se utilice la imagen de personas menores de dieciocho años, con incapacidad o deficiencias mentales, la norma jurídica no regula la puesta en circulación de dicho material; en ese sentido, no puede dejarse al interprete un margen tan amplio para deducir la razón de la posesión, por muy deducibles que sean los fines de difusión en un determinado caso. A pesar de lo último señalado, el Derecho Penal no puede partir de juicios de adivinación para justificar su intervención.

“USO Y TENENCIA DE DOCUMENTOS FALSOS.

Art. 287.- El que con conocimiento de la falsedad y sin haber intervenido en ella, hiciera o tuviere en su poder un documento falsificado o alterado, sea público, auténtico o privado, será sancionado con prisión de tres a cinco años.”(14)

El que con conocimientos de la falsedad y sin haber intervenido en ella, tuviere en su poder o hubiere utilizado documentos relativos al control de Impuestos a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Presentación de Servicios que acrediten como emisor a un contribuyente inscrito en el Registro que lleva la Administración Tributaria, y se comprobare que los documentos no han sido emitidos u ordenada su impresión por el contribuyente a quien acreditan tales documentos, será sancionado con prisión de cuatro a seis años.

Igual sanción se aplicará a quien comercializare con documentos relativos al control del Impuesto de la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios, sin tener autorización de la Administración Tributaria para imprimirlos o que teniéndola se comprobare que no han sido solicitados por los contribuyentes a quienes acreditan.

En ambos casos, cuando el documento acredite como emisor a un sujeto no inscrito como contribuyente en el Registro de la Administración Tributaria o contenga datos o información que no corresponde al contribuyente que acreditan, la sanción se incrementará hasta en una tercera parte del máximo señalado en el inciso anterior.”(24)

La disposición objeto de análisis está contenida en el Título XIII, que regula los delitos relativos a la fe pública, específicamente en el Capítulo II referido a la falsificación de documentos. Tal como ocurre con otras disposiciones del Código Penal, ésta no es la excepción, ya que en ella se sancionan comportamientos comisivos.

La tenencia de un documento con conocimiento que el mismo adolece de falsedad, es lo que configura la centralidad de la figura delictiva comentada. En sí como se ha expuesto, el Derecho Penal no puede llegar hasta el nivel de las intenciones que se tengan al poseer un documento falso, independientemente que con el mismo, por tratarse de un documento público, auténtico o privado, al introducirlo en el tráfico jurídico se puedan alcanzar ulteriores consecuencias.

“TENENCIA Y USO INDEBIDO DE TRAJE O UNIFORME.

Art. 288 - A.- El que indebidamente tuviere en su poder o usare uniformes verdaderos o simulados de la Policía Nacional Civil, de la Academia Nacional de Seguridad Pública, de la Fuerza Armada, y de los diferentes elementos de personal que están regulados en la Ley de los Servicios de Seguridad del Estado, Instituciones Autónomas, y de las Municipalidades y de la Ley de los Servicios Privados de Seguridad, será sancionado con cincuenta a cien días multa.

Si dichos uniformes fueren usados con el fin de cometer delito, la sanción imponible será de uno a tres años de prisión, sin perjuicio de la pena que corresponde al delito cometido.” (12)

La presente disposición como otras que han sido comentadas, es una combinación de mera “tenencia” con el efectivo uso que se pueda hacer con los uniformes que en la misma se mencionan. El contenido de la disposición responde, al afán por mantener el control sobre cierta clase de delincuencia organizada común y conexas con sectores vinculados especialmente a la policía, debido a que, en casos concretos se ha detectado la aparente utilización de uniformes oficiales como los mencionados; en el mismo sentido han sido incluidos los servicios privados de seguridad.

Lo central de la disposición, para los fines propios de este estudio, es delimitar lo que implica la mera tenencia de un uniforme de los mencionados. En la práctica existe la posibilidad que nos encontremos con un número bastante alto de justificaciones, lo que en atención a los fines preventivos, se amplía la intervención punitiva en detrimento de los controles democráticos que se deben de ir colocando cada vez más al Derecho Penal; sobre todo, en medios en los que existe poca confianza y credibilidad en la actuación de los entes persecutores del delito, sin descuidar obviamente aquellos casos en los que sin lugar a dudas nos encontraremos frente a comportamientos neutros¹¹⁹ para el Derecho Penal, como, el de aquellas personas que se ganan la vida lavando ropa ajena, o los sastres, que en cualquier momento podrían simplemente estar realizando un trabajo lícito, y tener en su poder cualquiera de los uniformes que se mencionan en la disposición comentada, y por lo mismo enmarcarse en el ámbito de prohibición de la norma.

“TENENCIA, PORTACIÓN CONDUCCIÓN DE ARMAS DE GUERRA.

Art. 346.- *La tenencia, portación o conducción de una o más armas de guerra será sancionada con prisión de cuatro a diez años” (5) (17).*

“El que estableciere depósito de armas de guerra o municiones no autorizadas por la ley o por autoridad competente, será sancionado con prisión de cinco a quince años. Se entenderá por depósito de armas la reunión de tres o más, cualesquiera que fuere su modelo o clase, aun cuando se hallaren en piezas desmontadas” (17).

Se considerarán como armas de guerra los instrumentos mecánicos, electrónicos, termonucleares, químicos o de otra especie, asignados a la fuerza armada, al órgano policial o cuya tenencia, portación, o conducción no le es permitida a los particulares, de acuerdo a la ley respectiva.

Cuando se habla de armas de guerra, no se requiere un mayor análisis para deducir que se trata de armas de uso privativo. En el caso de la Fuerza Armada y la Policía Nacional Civil, dadas las funciones que realizan, les está permitido el uso de artefactos letales, los que de acuerdo a una decisión estatal no deben estar en manos de particulares.

La disposición comprende varios ámbitos de prohibición que no son necesariamente actos de tenencia, o previos a la comisión de ulteriores consecuencias lesivas, por lo que, lo que encierra la mera penalización desde la perspectiva de la anticipación al hecho, es la tenencia, más allá que

.....
¹¹⁹ Para una visión amplia respecto de los comportamientos neutrales en Derecho Penal, desde luego analizados desde diferentes perspectivas, por la sistemática seguida por los distintos autores, se señalan entre otros: HIRSCH, Hans Joachim: *Derecho Penal, Obras Completas*, tomo III, trad. de Manuel Cancio Meliá, RUBINZAL-CULZONI, Buenos Aires, 2002, pág. 10 y sigs; CANCIÓ MELLÁ, Manuel: *Los Orígenes de la Teoría de la Adecuación Social*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998; RUSCONI, Maximiliano: *Derecho Penal. Parte General*, Op. Cit., pág. 658 y sigs.

en la práctica se discuta la tenencia con fines de colección. En este último caso, es discutible además, lo relativo a la inutilización de las armas, en tanto no sean susceptibles de producir efectos dañosos, por hacerles falta alguna pieza, lo cual trasciende a un ámbito del derecho probatorio.

“FABRICACIÓN, PORTACIÓN, TENENCIA O COMERCIO ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO O EXPLOSIVOS CASEROS O ARTESANALES.

Art. 346-A.- El que de manera ilegítima fabricare, portare, tuviere o comerciare armas de fuego o explosivos caseros o artesanales, tales como trabucos, escopetas o aquellas mediante el uso de cartuchos de percusión anular o central impulsen proyectiles a través de un cañón de lámina lisa o rayada, mediante la expansión de gases producidos por la combustión de materiales explosivos, sólidos, pólvora y otro material inflamable contenido en los cartuchos, será sancionado con prisión de cuatro a ocho años”. (5) (17)

Al comentar la presente disposición, no se puede soslayar, la marcada determinación político-criminal para introducirla en nuestro ordenamiento jurídico.¹²⁰ El rango de penalidad que se le ha otorgado a esta conducta delictiva es similar a la contenida en el artículo 346 del Código Penal, el cual regula lo concerniente a las armas de guerra.

Es innegable que la lesividad de un arma de guerra, es mayor respecto a la de un arma de tipo artesanal; no obstante, el legislador ha equiparado el rango mínimo de la pena a cuatro años para ambas conductas delictivas, planteando como única diferencia en lo concerniente a la penalidad máxima, refiriéndose el artículo 346 a diez años, mientras que el 346-A, ocho años.

Más allá de discutir lo relativo al rango de la pena, es obvio que el legislador ha considerado el daño potencial que podría producirse en los bienes jurídicos de las personas, independientemente si el mismo es causado por un arma de guerra o de tipo artesanal. También, cabe la posibilidad que haya orientado la idea en cuanto a que son menos obtenibles las armas de guerra (dado su uso privativo), en tanto que las de tipo artesanal, se encuentran al alcance de ciertos sectores marginales de la sociedad que realizan cierta clase de criminalidad, a la que últimamente el sistema de justicia penal ha respondido con un mayor grado de eficacia.

La eficacia a la que se hace mención, encomendada constitucionalmente a la entidad policial, en los últimos tiempos se ha visto favorecida con la participación del ejército, en los denominados grupos de tareas conjuntas –los que involucran a policías y soldados– siendo importante resaltar como punto rescatable de esta discusión, lo concerniente a la anticipación del Derecho Penal frente a comportamientos, como los que han sido elevados a categoría de delitos en la disposición legal comentada.

“TENENCIA, PORTACION O CONDUCCION ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO.

Art. 346 – B.- El que tuviere portare o condujere una arma de fuego sin licencia para su uso o matrícula correspondiente de la autoridad competente, será sancionado con prisión de tres a cinco años.

Si el tenedor, portador o conductor reincidiere, o tuviere antecedentes penales vigentes, será sancionado con prisión de cinco a ocho años. (12)”

¹²⁰ Se sabe que el Derecho Penal es lo que la política criminal hace de él, por lo que no se va a sostener aquí algo diferente. De lo que se trata, es de sostener que no existen grandes construcciones dogmáticas en la concreción de algunos tipos penales como el objeto de comentario y que lo perseguido es responder de alguna forma, ante los comportamientos que dentro de la sociedad ameritan una respuesta punitiva.

Lo que se pueda argumentar respecto de la presente norma, no constituye ninguna novedad de lo dicho en relación a las disposiciones anteriores, siendo importante destacar que en esencia la norma comentada plantea una diferencia, cual es, que el tenedor, portador o conductor ilegal del arma, realice la conducta típica sin la licencia para su uso o la matrícula correspondiente, por lo que ante la posesión de éstas, la conducta se vuelve permitida; no obstante, la mera tenencia o tenencia del arma, es indudable que representa siempre un peligro potencial y confirma que el Derecho Penal, no siempre ha de intervenir anticipándose a los hechos.

“TENENCIA INJUSTIFICADA DE GANZUAS O LLAVES FALSAS.

Art. 383.- *El que tuviere en su poder llaves alteradas o falsas o instrumentos aptos para abrir o forzar cerraduras, y no justificare su tenencia, será sancionado con diez a veinte días multas.”*

Es importante aclarar que la presente disposición, pertenece al libro III del Código Penal, en el que se regulan las faltas, habiéndose el legislador inclinado por el establecimiento de una barrera de protección anticipada, en tanto que los artefactos o instrumentos a los que se hace alusión, están destinados a aperturar puertas o cerraduras; y con ello, eventualmente se podría facilitar la comisión de un hecho delictivo de mayor entidad.

Ahora bien, considerando las actuales circunstancias y las nuevas modalidades de delincuencia, especialmente las vinculadas con la actividad financiera y cajeros electrónicos, el ámbito de protección debe de extenderse hasta ese nivel, y decidir si dicha figura, se continúa manteniendo en la misma categoría; es decir como falta, o se crea un nuevo tipo penal que dé respuesta a los supuestos antes mencionados.

DISPOSICIONES QUE CONTIENEN COMPORTAMIENTOS PROPOSITIVOS O CONSPIRATIVOS

“PROPOSICIÓN O CONSPIRACIÓN

Art. 23.- *Existe proposición cuando el que ha resuelto cometer un delito solicita de otra u otras personas que lo ejecuten o le presten su ayuda para ejecutarlo.*

Hay conspiración cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo.

La proposición y conspiración solo son sancionadas en los casos expresamente establecidos en éste Código”.

En términos doctrinarios, se sostiene en materia de proposición o conspiración, es necesario que exista un concierto de dos o más personas, es decir, que se dé el concierto para la ejecución de un delito y que se dé la resolución para ejecutarlo. Cuando se habla de concierto, la conspiración requiere para el delito, una forma de pacto o convenio expreso realizado entre varios sujetos, que suponga firme coincidencia de voluntades para realizar un delito determinado.

La disposición citada comprende, aunque no de manera expresa la anterior posición doctrinaria, siendo oportuno reparar, que de acuerdo a la forma en que ha sido configurada la norma, y al encontrarse ésta, en la parte general, el legislador ha pretendido establecer las condiciones que permitan, en la parte especial, vincular punitivamente cierta clase de comportamientos, que si bien no constituyen actos de ejecución propiamente dichos, comportan la concertación de

varios sujetos que, en un momento determinado pueden resolver la comisión de un hecho delictivo; situación ante la cual el Derecho Penal no puede permanecer impasible.

Nótese algunos ejemplos:

“PROPOSICIÓN Y CONSPIRACIÓN EN EL DELITO DE HOMICIDIO AGRAVADO

Art. 129 – A.- *La proposición y conspiración en los casos de homicidio agravado serán sancionadas respectivamente, con igual pena que la establecida en el artículo anterior”.* (12)¹²¹

“PROPOSICIÓN Y CONSPIRACIÓN EN LOS DELITOS DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD Y DE SECUESTRO

Art. 149 – A.- *“La proposición y conspiración para cometer cualquiera de las conductas descritas en los dos Artículos anteriores”¹²² serán sancionadas para el caso de privación de libertad con prisión de uno a tres años y para el caso de secuestro con prisión de diez a veinte años”* (12).

“PROPOSICIÓN Y CONSPIRACIÓN

Art. 214-C.- *La proposición y conspiración para cometer cualquiera de los delitos mencionados en este Capítulo,¹²³ con excepción del delito de receptación, serán sancionados con igual pena que para los delitos referidos respectivamente”.*

Tomando en cuenta que la doctrina, como las legislaciones penales, respetando el principio de legalidad y atendiendo también a criterios de tipicidad, sostienen que la proposición y conspiración para delinquir solo deben ser penalizada en los casos expresamente determinados por la ley; el presente comentario, es válido para las tres disposiciones anteriormente transcritas, las cuales atienden de manera directa y oportuna a formas propositivas y conspirativas, en relación a delitos concretos, que como puede observarse, el legislador en algunos casos ha equiparado su penalización en igual grado que las figuras delictivas de las que se trata.

REGULACIÓN DE ACTOS PREPARATORIOS PUNIBLES EN ALGUNAS LEYES ESPECIALES

En este acápite se pretende desarrollar, tal como lo sugiere su título, el tratamiento que de los actos preparatorios punibles se hace en algunas leyes especiales de naturaleza penal. Como se podrá advertir, el legislador penal ha recurrido a esta modalidad de técnica legislativa, no solo en el Código Penal, sino también, para hacerle frente a ciertas formas de criminalidad, que trascienden de las simples formas de delincuencia común que se reprimen en la legislación ordinaria.

Puede parecer elemental la idea en cuanto a que las leyes penales tienen una eficacia temporal vinculada, obviamente, a su período de vigencia.¹²⁴

¹²¹ Se refiere al homicidio agravado, en el que cierta modalidad de homicidio importa una consecuencia jurídica que oscila entre treinta y cincuenta años de prisión; siendo importante resaltar que la proposición y la conspiración, sin que constituyan actos concretos de ejecución se les ha equiparado a los mismos.

¹²² Esta disposición está referida a los Artículos 148 y 149 del Código Procesal Penal, que regulan la privación de libertad y el secuestro respectivamente.

¹²³ Se refiere al capítulo II, del título VIII, que contiene los delitos de Robo, Robo Agravado, Extorsión, Receptación y Conducción de mercaderías de dudosa procedencia.

¹²⁴ Así, MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Derecho Penal. Parte General*, Sexta edición, revisada y puesta al día, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 137.

De ahí que, las exigencias propias del principio de legalidad, determinan algunas especialidades en cuanto a su aplicabilidad a hechos cometidos bajo la vigencia de una u otra ley;¹²⁵ particularmente cuando se han producido hechos en períodos de *vacatio legis*.

En lo que respecta al presente trabajo, las leyes especiales a las que se hará referencia han tenido una promulgación posterior al Código Penal, y por su naturaleza no es advertible que exista algún tipo de conflicto con dicho cuerpo legal; salvo la Ley Especial Contra Delitos Informáticos y Conexos, la cual no derogó de manera específica los delitos del Código Penal que ahora forman parte de su ámbito de prohibición, ni tampoco regula una norma de remisión referida a la supletoriedad de la misma.

Lo que no está sujeto a discusión en la legislación especial que se comenta –por lo menos desde un punto de vista dogmático– es que el legislador, más que dar una respuesta técnica frente a cierta clase de delincuencia, lo que ha hecho es, llevar a cabo la descripción de un conjunto de problemas que aquejan a la sociedad actual, y particularmente a la nuestra, lo que comporta el riesgo de reducirse únicamente a una declaración de intenciones *político-criminales*.¹²⁶

En la **Ley Contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja**;¹²⁵ concretamente en su artículo 2, los actos preparatorios se regulan de la siguiente manera:

“Los actos preparatorios, la proposición y la conspiración para cometer cualquiera de los delitos contemplados en la presente Ley, si no tuvieron sanción señalada especialmente, se les impondrá una pena que oscilará entre la tercera parte del mínimo y la tercera parte del máximo previsto para el delito respectivo”. Los delitos a los que se ha referido el legislador son el homicidio simple o agravado, el secuestro y la extorsión, y lo lleva a cabo en una ley que regula normas de naturaleza sustantiva y adjetiva.

En el artículo 26 de la Ley comentada, el legislador dijo expresamente: *“Serán aplicables a la presente Ley, las normas y procedimientos contenidas en los Códigos Penal y Procesal Penal y demás disposiciones legales en lo que no contraríe su texto”.* Con esto se resolvió cualquier clase de conflicto que en un momento determinado podría haberse suscitado con la aplicación de la ley a casos concretos.

En la **Ley Especial Contra el Delito de Extorsión**, ocurre un fenómeno bastante particular. El inciso segundo del artículo 2 expresa lo siguiente:

“La extorsión se considerará consumada con independencia de si el acto o negocio a que se refiere el inciso precedente se llevó a cabo y responderán como coautores, tanto el que realice la amenaza o exigencia, como aquellos que participen en la recolección de dinero personalmente, a través de sus cuentas o transferencias financieras o reciban bienes producto del delito”.

En el inciso primero lo que se penaliza son acciones concretas encaminadas a obligar, o inducir a otro, como lo expresa la ley, aun en forma implícita, a hacer, tolerar u omitir un acto o negocio de carácter patrimonial, profesional o económico, independientemente del monto del mismo, con el propósito de obtener provecho, utilidad, beneficio, o ventaja para sí o para un tercero.

.....
¹²⁵ Vid. *Ibid.*

¹²⁶ Vid. en un sentido crítico, NAUCKE, Wolfgang: *Derecho Penal. Una introducción*, trad. de la 10ª edición alemana por Leonard Germán Brond, ASTREA, Buenos Aires, 2006, pág. 95

El inciso primero plantea los supuestos de hecho que deberán realizarse para hacerse merecedor de una pena de prisión de diez a veinte años; sin detenernos a analizar el contenido del concepto “implícita”, en cuanto a sí es o no contrario al principio de legalidad penal, por referirse a algo virtual, y sujeto a una valoración en extremo subjetiva. Por lo tanto, merece mayor atención por el contenido de éste trabajo, la consumación a la que se refiere el inciso segundo que se transcribió, en la que en esencia el legislador se decantó por asimilar a consumación, una *seudo-tentativa* y ciertas *formas de participación*.

La ley comentada, desde un punto de vista técnico, en su artículo 17 plantea la derogatoria del artículo 214 del Código Penal; mientras que en el artículo 18 establece la supletoriedad, en el sentido que lo que no estuviere previsto en la Ley, se aplicará en lo pertinente las disposiciones del Código Penal, Procesal Penal y demás leyes vigentes.

En la **Ley Especial Contra los Delitos Informáticos y Conexos**, si bien, no se hace una expresa alusión a los actos preparatorios, como se ha consignado en las demás leyes especiales comentadas, ocurre otra clase de fenómenos dignos de ser tomados en cuenta, entre lo que merece la pena destacar: a manera de ejemplo, la nueva ley no deroga los delitos regulados en el Código Penal, regula de una manera sui generis la responsabilidad penal de la persona jurídica y, algunos de sus considerandos son contradictorios con el articulado, entre otros.

El hecho que no se haga un señalamiento expreso del concepto actos preparatorios, no significa que se haya prescindido de penalizar conductas que en esencia constituyen comportamientos previos a la configuración de acciones constitutivas de delitos, que es en el fondo lo que se trata de auscultar en este trabajo, y se pasa a resumir en las siguientes líneas:

El artículo 4 de la comentada ley, se encarga de penalizar el denominado: Acceso Indebido a Sistemas Informáticos, cuando expresa: “*El que intencionalmente y sin autorización o excediendo la que se le hubiere concedido, acceda, intercepte o utilice parcial o totalmente un sistema que utilice las Tecnologías de la Información o la Comunicación, será sancionado con prisión de uno a cuatro años*”.

De esta disposición merece la pena detenerse a analizar el simple “acceso”, pues, éste por sí solo no describe una conducta lesiva. Significa entonces que el legislador, ha previsto la posibilidad de que al acceder a un sistema, se convierta en el medio para la ejecución posterior de acciones delictivas. Es decir, que dicho acceso tenga un claro propósito delictivo definido, tal como se desarrolla en el artículo 5 de la ley.

En lo que respecta a la penalización de comportamientos consistentes en la simple “posesión”, “facilitación”, y “venta de equipos” el legislador ha englobado respectivamente simples actos preparatorios, actos de cooperación y comportamientos que desde un punto de vista jurídico-penal tendrían una identificación como conductas neutrales y carentes de lesividad. Es, este, el panorama que más o menos se describe, en el artículo 8 de la ley analizada.

En otras disposiciones de la comentada ley, se penalizan *seudo tentativas* que han sido equiparadas a conductas consumadas y además se hace referencia a simples posesiones sin que en sí mismas sean objeto de preocupación, advirtiéndose que el legislador ha pensado más en el hecho posterior que podría desencadenarse. Tal es el caso que se describe en el artículo 16 de la ley, en el que, sin lugar a dudas se describen un alto número de posibilidades delictivas.

Las leyes especiales a que se ha hecho referencia, es obvio que solo representan una muestra de las leyes especiales en materia penal, vigentes en nuestro medio, las cuales han sido abordadas de manera concreta, en lo que atañe a los actos preparatorios y otros mecanismos de penalización anticipada a los que en ocasiones acude el legislador; estando demás decir, que dicho abordaje responde a la orientación y el contenido central de este trabajo.

5. Particular Referencia a la Sociedad de Riesgos

Vivimos en un mundo complejo e interrelacionado como nunca antes en la historia. En éste, el fenómeno de la globalización influye de manera directa en nuestras vidas.¹²⁷ Dicha influencia no debe ser vista en un sentido único, esto es exclusivamente como algo positivo, pues mientras unos pocos –principalmente en los países centrales–, se enriquecen cada vez más, grandes capas de la población en el mundo entero sucumben en la pobreza extrema.

Sin embargo, al empobrecimiento extremo de grandes capas de la población mundial, se deben agregar otros componentes no menos importantes que derivan de la globalización, entre los que ocupa lugar privilegiado, las denominadas nuevas formas de criminalidad, lo que nos lleva a sustentar que hoy día, asistimos a lo que ha dado en llamarse criminalidad global,¹²⁸ en la que la tradicional amenaza o riesgos afrontados por los bienes jurídicos ha dejado de ser la persona individual, trascendiendo éstos hacia las personas jurídicas, en especial, las grandes corporaciones.

En el contexto señalado, el reto del Derecho Penal frente a una realidad social y económica tan cambiante, es cada vez mayor;¹²⁹ por lo tanto, no se ha de perder de vista el apareamiento de nuevos e innumerables riesgos que, antaño no formaban parte del elenco de preocupaciones que sobrelleva la humanidad en el presente siglo. Esta nueva realidad, inherente al Siglo XXI, pareciera traer a cuenta la ya bastante vieja discusión acerca de lo cambiante que resulta el objeto de la Dogmática Penal, y la tantas veces citada –y algunas veces distorsionada frase de V. Kirchmann–, acerca de que bibliotecas enteras se convierten en papel viejo, cuando entra en vigor un nuevo Código Penal, o se promulga una nueva ley.¹³⁰

Pero más allá de lo que impliquen las posiciones doctrinarias, o las enmiendas que se le hagan a una determinada ley penal, se encuentra la realidad social, y particularmente el destino de la humanidad. Frente a éste, el binomio que de acuerdo con Beck, ha venido caracterizando a la denominada “sociedad del riesgo”, expresado de manera sintética en la siguiente idea: que al mayor desarrollo tecnológico no le ha acompañado una seguridad en los aspectos más vitales de la gente,¹³¹ al parecer seguirá siendo una de las concepciones que más se extienda en los próximos tiempos.

¹²⁷Cfr. VIADA, Natacha G.: *Derecho penal y globalización. Cooperación penal internacional*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pág. 15.

¹²⁸Cfr. VIADA, Natacha G.: *Derecho penal y globalización. Cooperación penal internacional*, Op. Cit., pág. 17.

¹²⁹Cfr., aunque desde una perspectiva muy distinta, CASTRO MARQUINA, Gonzalo: *La necesidad de un Derecho Penal Económico y su legitimidad en el Estado social y democrático de derecho*, B de F, Buenos Aires, 2016, pág. 21.

¹³⁰Por toda esta discusión, aunque desde luego abordada de un modo distinto Vid. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1999, pág.109 y sigs.

¹³¹Vid. RIVERA BEIRAS, Iñaki y DOBÓN, Juan: *La cultura del riesgo. Derecho, filosofía y psicoanálisis*, editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, pág. II.

Así las cosas, el Derecho Penal pareciera no estar llamado a desaparecer de entre el conjunto de medios de prevención existentes,¹³² por lo mismo, en tanto perviva la lesividad, provenga ésta de la propia naturaleza o de la mano del hombre, es algo inexorable que permanentemente continuará enfrentando la humanidad hasta el final de los tiempos. Esto permite sostener que los riesgos siempre han existido y mientras exista el hombre sobre la tierra continuarán existiendo.

En relación con lo dicho, merece la pena traer a cuenta que, frente a los hechos lesivos existen diversas maneras de prevenirlos; por ejemplo, frente a los riesgos provenientes de la naturaleza el hombre se ha protegido de diversas formas, haciendo uso en sus inicios de instrumentos rudimentarios que con el transcurso del tiempo fue modificando, mientras que de la lesividad proveniente del hombre, en la medida en que éste evolucionó, fue dando paso a mecanismos de prevención inspirados en la motivación de comportamientos, dándole paso al advenimiento de las normas, en las que hoy día se colocan en la instancia última, a las normas jurídico-penales.¹³³

Después de aludir someramente a la evolución del hombre, es innegable que nos encontramos en un momento culminante, propio de la revolución tecnológica, en el cual se enfrentan riesgos otrora desconocidos. Por lo tanto, en la medida en que la mano del hombre sea la generadora de estos nuevos riesgos, estamos lejos de abandonar el recurso del Derecho Penal como mecanismo de prevención, y para hacer frente a una nueva forma de marginación, esto es, la que conforman aquellos que, por su condición económica no tienen acceso a las nuevas tecnologías.¹³⁴

A lo anterior se le adiciona un componente inseparable de esta nueva realidad, en la que el surgimiento de nuevas formas de criminalidad está a la orden del día. Para hacer frente a las mismas, es obvio que el Derecho Penal podría seguir respondiendo hacia el pasado, es decir, apareciendo hasta que se ha producido la lesión del bien jurídico, o hacerlo desde una perspectiva preventiva, adelantándose a la producción de la lesión, por lo que si de intervenir en forma adelantada se trata, no le queda otro camino que continuar recurriendo a la identificación de nuevos actos preparatorios, a los que luego de determinar su potencial lesividad, se les elevaría a la categorías de actos preparatorios punibles, desde luego incorporándolos a los respectivos códigos penales; claro, sin perder de vista dos conceptos fundamentales como lo son riesgo y daño.¹³⁵

6. Conclusiones y Toma de Posición

Es innegable que las tendencias actuales en el campo del Derecho Penal, apuntan hacia la expansión cada vez más marcada del mismo,¹³⁶ lo que en cierta medida va desplazando al principio de intervención mínima.

.....
¹³² Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *En busca del Derecho penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*, B de F, Buenos Aires, 2015, pág. 19 y sigs.

¹³³ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *En busca del Derecho penal*, Op. Cit., pág. 25 y sigs.

¹³⁴ Para una amplia ilustración al respecto Vid. BORJA JIMENEZ, Emiliano: *Curso de Política Criminal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 299.

¹³⁵ Un interesante y congruente análisis con algunas de las ideas desarrolladas en el presente trabajo en, FLETCHER, George P.: *Gramática del Derecho penal*, trad. de Francisco Muñoz Conde, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, pág. 81 y sigs.

¹³⁶ Vid. al respecto, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *La expansión del Derecho penal aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª edición, revisada y ampliada, Civitas, Madrid, 2001. Se recomienda el análisis completo de éste trabajo, para poder interpretar algunas de las razones por las que el Derecho Penal se orienta en la dirección actual.

Éste aspecto obedece a que nos encontramos inmersos en la denominada sociedad del riesgo¹³⁷ la cual reclama –o por lo menos así se sostiene–, un mayor grado de intervención punitiva; especialmente, en nuevos ámbitos que antaño no formaban parte de la cotidiana preocupación del ser humano.

Sobre el último punto señalado, es conveniente efectuar una valoración, antes de decidirse por una determinada postura: ante la existencia de nuevos problemas, en especial los derivados de la post modernidad, caracterizada por los avances tecnológicos y por la proliferación de nuevos riesgos globales, que no encuentran alternativas de solución en ámbitos no punitivos, ni en el Derecho Administrativo sancionador, la utilización del Derecho Penal, en tanto no haya sido posible otra vía de solución, se justifica.

El problema se plantea cuando se ha constatado, que en los sectores que tradicionalmente el Derecho Penal se ha utilizado, sin que haya cumplido a cabalidad con sus fines, se lo siga utilizando sin que en la realidad sean ostensibles sus efectos;¹³⁸ situación que en la mayoría de casos conduce en el contexto empírico, a una desilusión respecto de sus fines, dejando al descubierto sus efectos simbólicos.¹³⁹

Otros de los efectos propios de la expansión del Derecho Penal, a simple vista podría interpretarse como una violación o transgresión del Derecho Penal de mínimos, en el sentido de un Derecho Penal garantista o de estricta legalidad; lo cual no puede ser así ya que en cualquier caso y por muy diversas que sean las propuestas que englobe, todas deberían tener el denominador común de la vocación restrictiva del Derecho Penal.¹⁴⁰

La vocación por un Derecho Penal inspirado liberalmente por mucho que se expanda, parece no ceder todavía; sin embargo los impactos negativos e irreversibles que en el mundo entero han causado algunos comportamientos delictivos, parecen abrir la brecha para que el Derecho Penal intervenga, donde se presuman rasgos de peligrosidad, aún en estado embrionario; es decir, sin que se revele su real ofensividad.

Al respecto y considerando el estado actual de la cuestión no sólo en el ámbito de discusión de la Ciencia del Derecho Penal, sino por lo que acontece en el mundo entero, en el que se ven amenazados bienes fundamentales de la persona humana, es innegable la justificación porque el Derecho Penal –dentro de límites controlados respecto de su intervención– esté llamado a su utilización y que no se pueda renunciar al mismo en los años venideros; controles que tendrán que ser cada vez más efectivos, en tanto que de lo que se trate sea de la utilización de mecanismos anticipados de penalización, especialmente vinculados a los actos preparatorios y a otros pre-estadios de la configuración delictiva.

Siguiendo ese mismo orden de ideas, tampoco se va omitir expresar que la seguridad en el presente siglo está llamada a ocupar un lugar preponderante, y que es una pretensión social a la

¹³⁷ Vid. BECK, Ulrich: *Teoría de la sociedad del riesgo en las consecuencias perversas de la modernidad*, anthropos, 1996.

¹³⁸ Obviamente no se alude a los denominados efectos simbólicos del Derecho Penal, los que de manera sobrada se ponen de manifiesto en los sectores a los que se hace referencia.

¹³⁹ Sobre los efectos simbólicos del Derecho Penal, Vid. entre otros, BARATTA, Alessandro: *Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal. Lineamientos para una teoría del bien jurídico*, en Criminología y Derecho penal, EDINO, Guayaquil, 1993, pág. 13 y sigs. y TOCORA, Fernando: *Política Criminal contemporánea*, TEMIS, Bogotá, 1997, pág. 18.

¹⁴⁰ Cfr. CAMPO MORENO, Juan Carlos: *Los actos preparatorios...*, Op. Cit., pág. 18.

que se supone que el Estado de Derecho, y en particular el Derecho Penal, debe dar respuesta; máxime cuando la solución a la inseguridad no se busca en su lugar natural-el Derecho de policía, sino en el Derecho Penal.¹⁴¹

Lo anterior provoca una diferente y creciente respuesta del poder punitivo del Estado que suele traducirse, en los más de los casos, en el incremento de disposiciones penales;¹⁴² que en nuestro entorno ha trascendido a calificar de inútiles las actuales leyes penales, sin que se haya demostrado alguna vez que una nueva ley sea la solución a problemas estructurales más profundos, de los que en este momento nadie se ocupa; considerando que aunque se cambie la ley, está muy lejos el momento en que se tenga que renunciar a penalizar comportamientos anteriores a la comisión del delito.

Bibliografía

📖 BARATTA, Alessandro: “Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal. Lineamientos para una teoría del bien jurídico”, en Criminología y Derecho penal, EDINO, Guayaquil, 1993.

📖 BECK, Ulrich: “Teoría de la sociedad del riesgo en las consecuencias perversas de la modernidad”, Anthropos, 1996.

📖 BORJA JIMENEZ, Emiliano: “Curso de Política Criminal”, tirant lo blanch, Valencia, 2003.

📖 CAMPO MORENO, Juan Carlos: “Los actos preparatorios Punibles”, tirant lo blanch, Valencia, 2000.

📖 CASTELLÓN, René A.: “Valoraciones sobre el Derecho Penal de Hoy, un problema de opciones: ¿Legalidad o Rendimiento? ¿Derecho Penal Garantista o Derecho Penal del Enemigo?”, en Anuario Número 9, Diciembre 2015, Instituto de Investigación Jurídica, Universidad Dr. José Matías Delgado, Antiguo Cuscatlán, 2015.

📖 CASTRO MARQUINA, Gonzalo: “La necesidad de un Derecho Penal Económico y su legitimidad en el Estado social y democrático de derecho”, B de F, Buenos Aires, 2016.

📖 CEREZO MIR, José: “Derecho Penal. Parte General”, B de F, Buenos Aires, 2008.

📖 DONINI, Massimo: “El Derecho penal frente a los desafíos de la modernidad”, Trad. de Diana María RESTREPO RODRÍGUEZ, ARA EDITORES, Lima, 2010, Pág. 27.

📖 FERRAJOLI, Luigi: “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”, Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Trotta, Madrid, 1995.

.....
¹⁴¹ Vid. ibíd.

¹⁴² Aunque no se use el mismo lenguaje, el discurso oficial, apunta a “demostrar”, que la actual legislación penal, es la razón por la que la delincuencia se ha vuelto “incontrolable”; pero nada se dice de la inoperancia de algunas instituciones, en cuyas manos está la tarea preventiva e investigativa de los delitos, ni de las graníticas estructuras mentales que han sido una rémora que ha acompañado a todo el proceso de implementación de la nueva normativa penal, que ahora mismo se quiere echar por la borda, sin que datos empíricos serios den pauta para que ello se justifique.

- 📖 FLETCHER, George P.: “Gramática del Derecho penal”, Trad. de Francisco Muñoz Conde, Hammurabi, Buenos Aires, 2008.
- 📖 GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: “Concepto y método de la ciencia del derecho penal”, tecnos, Madrid, 1999.
- 📖 GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel: “Teoría Jurídica del Delito”, Cívitas, Madrid, Reimpresión, 1992.
- 📖 JAKOBS, Günther, “La autocomprensión de la Ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”, Trad. de Teresa Manso Porto, en la Ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio, coordinación de la versión española de Francisco Muñoz Conde, tirant lo blanch, valencia, 2004.
- 📖 JAKOBS, Günther: Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación”, Trad. de Enrique Peñaranda Ramos, y otros, Cívitas, Madrid, 1997.
- 📖 LAURENZO COPELLO, Patricia: “El resultado en Derecho penal”, tirant lo blanch, Valencia, 1992.
- 📖 MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Mauricio: “Qué pasa en la criminología moderna”, Temis, Bogotá, 1990.
- 📖 MIR PUIG, Santiago: “Derecho Penal Parte General”, 5ª Edición, 4ª Reimpresión, Reppertor, Barcelona, 2001.
- 📖 MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: “Derecho Penal” Parte General, Sexta edición, revisada y puesta al día, tirant lo blanch, Valencia, 2004.
- 📖 NAUCKE, Wolfgang: “Derecho Penal”. Una introducción, Trad. de la 10ª edición alemana por Leonard Germán Brond, ASTREA, Buenos Aires, 2006.
- 📖 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, et. al.: “Comentarios al Nuevo Código Penal”, 4ª Edición, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005.
- 📖 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, et.al.: “Manual de Derecho Penal”. Parte General, 3ª. Edición, Revisada, ampliada y puesta al día, Aranzadi, Navarra, 2002.
- 📖 RIVERA BEIRAS, Iñaki y DOBÓN, Juan: “La cultura del riesgo. Derecho, filosofía y psicoanálisis”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.
- 📖 ROXIN, Claus: “El desarrollo de la Política Criminal desde el proyecto alternativo”, Trad., de J. Queralt, en Política Criminal y Reforma del Derecho penal, Temis, Bogotá, 1982.
- 📖 ROXIN, Claus: “Política criminal y estructura del delito”. Elementos del delito en base a la política criminal, Trad. de Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, PPU, Barcelona, 1992.

📖 RUIZ ANTÓN, Luis Felipe: “El Agente Provocador en el Derecho Penal”, EDERSA, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1982.

📖 RUSCONI, Maximiliano: “Derecho Penal. Parte General”, AD-HOC, Buenos Aires, 2009.

📖 SANCINETTI, Marcelo A.: “Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa”, Temis, Bogotá, 1995.

📖 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: “En busca del Derecho penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena”, B de F, Buenos Aires, 2015.

📖 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: “La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”, 2ª Edición, revisada y ampliada, Cívitas, Madrid, 2001.

📖 ELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: “Derecho penal Parte General”, 2ª Edición, ampliada y corregida, Temis, Bogotá, 1995.

📖 VIADA, Natacha G.: “Derecho penal y globalización”. Cooperación penal internacional, Marcial Pons, Madrid, 2009.

📖 TOCORA, Fernando: “Política Criminal contemporánea”, TEMIS, Bogotá, 1997.

📖 WELSEL, Hans: “Derecho Penal Alemán”, 11ª. Edición, 4ª. Edición castellana, Trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, 1993.

● CORRUPCIÓN Y DERECHO PENAL. CONDICIONANTES INTERNACIONALES Y REFORMAS DEL CÓDIGO PENAL*

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

Sumario

I. Introducción. II. Las condicionantes nacionales e internacionales. III. Las reformas del Código Penal. IV. Conclusiones.

I. Introducción

1.- El Código Penal de 1995 desde su entrada en vigor ha sido objeto de sucesivas y reiteradas reformas de distinta importancia;¹⁴³ varias de ellas, como es el caso de la reciente de 2015, han incidido sobre figuras delictivas que en mayor o menor grado se refieren a conductas que pueden quedar englobadas o guardar relación con la corrupción.

Los Códigos del XIX, que constituyen la base de la respuesta penal frente al uso desviado del poder, procedieron a la tipificación de conductas realizadas por funcionarios, que incidían negativamente sobre el funcionamiento de la Administración, que constituía el objeto de protección. Se trataba por tanto de una corrupción "nacional" que se afrontaba en especial a través de las clásicas figuras del cohecho y la malversación.

La situación hoy ha cambiado, favorecida por la presencia a nivel global de nuevos condicionantes como la internacionalización política y económica o el desarrollo tecnológico alcanzado en los últimos tiempos. La influencia de estos y otros factores hace que hoy se produzca, no sólo en nuestro país, lo que se califica como una explosión de la corrupción, con nuevos actores y una multiplicación de sus efectos. La dimensión internacional que caracteriza a muchas de las más graves manifestaciones de la corrupción¹⁴⁴ hace que se desarrolle frente a ella una nueva política criminal impulsada por la actuación de instituciones políticas de carácter internacional o regional.

Por otro lado, ésta expansión de la corrupción hace pasar a primer plano las consecuencias políticas y económicas de estos comportamientos, que se anteponen a la evidente incidencia negativa sobre el buen funcionamiento de la Administración, que continúa estando presente en muchos casos.

Como consecuencia de esta evolución, las conductas de corrupción pasan de estar vinculadas a la condición de funcionario a estarlo a la existencia de poder que puede ser utilizado de forma desviada en el propio beneficio y por tanto a un carácter poliédrico de sus manifestaciones.

.....
* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación "Recuperación de activos derivados del crimen organizado y la corrupción. Implementación de criterios internacionales en Latinoamérica a la luz de la experiencia europea", financiado por el Ministerio de Educación del Gobierno de España (DER2012-32638).

¹⁴³ El legislador para justificar estos cambios hace reiterada referencia a la nueva realidad social y a las obligaciones derivadas de convenios internacionales, pero, como ya decíamos en otro lugar, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/LIBERATORE S. BECHARA, Ana Elisa: *El Proyecto de Código penal español de 2013. Algunas consideraciones político criminales*, en en Revista Penal (34), 2014, p.20, estas razones "han servido al legislador penal de coartada para llevar a cabo reformas que nada tienen que ver ni con lo uno ni con lo otro".

¹⁴⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo: *Corrupción y Derecho Penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas*, en Revista Brasileira de Ciências Criminas, (81), 2009, p. 7 y ss.

II.- Los condicionantes nacionales e internacionales.

2.- Entre las reiteradas reformas que ha experimentado el Código de 1995, aquellas que pueden vincularse a la respuesta penal frente a la nueva realidad de la corrupción obedecen a dos grupos de causas de naturaleza muy diversa. Por una parte, la realidad de la corrupción y de la percepción de la misma en nuestra sociedad; y por otra, las obligaciones derivadas de la pertenencia de España a organismos e instituciones internacionales.

La corrupción ha pasado a constituir un tema de gran trascendencia para la opinión pública, basta con ver en nuestro país los resultados que recoge el barómetro del Centro de Investigaciones Sociológicas, que refleja el notable incremento de la consideración que la corrupción merece como problema a los españoles.¹⁴⁵

Ésta percepción negativa de la corrupción se ha agravado en los últimos tiempos, hecho que también es confirmado por los informes de Transparencia Internacional. En el informe de 2006 España ocupaba el puesto 23, con una puntuación de 6,8; en el de 2014 ocupa el puesto 37, con una puntuación de 6,0.¹⁴⁶ Ciertamente el último informe exterioriza una cierta consolidación en la percepción de la corrupción, en especial si se compara con los últimos años, lo que, en opinión de Transparencia Internacional, *“viene a demostrar que España no tiene corrupción sistémica, como ocurre en un gran número de países, sino múltiples escándalos de corrupción política en los niveles superiores de los partidos y en los gobiernos locales y autonómicos”*.¹⁴⁷

Es indudable que estos datos sobre la valoración negativa que socialmente se da a la corrupción, tienen su explicación más próxima en casos tan mediáticos como el Gürtel, el de los ERE, el Bárcenas, el NOOS, con imputación de miembros de la familia real, o el más reciente de la familia Pujol!¹⁴⁸

.....
¹⁴⁵ El barómetro que mensualmente, salvo agosto, elabora el Centro de Investigaciones Sociológicas, tiene como objetivo medir determinados aspectos de la opinión pública española. Puede consultarse en su página web, www.cis.es (acceso 14.4.2015). (acceso 14.4.2015). En noviembre de 2013, la corrupción, con un 31,8 %, era tras el paro, con un 77,7 %, el problema que más preocupaba a los españoles. Un año después, en noviembre 2014, paro y corrupción continúan siendo para los españoles los dos mayores problemas, pero mientras el paro mantiene su porcentaje en un 77 %, la corrupción lo incrementa hasta un 63,8 %. El último barómetro consultado en marzo 2015, refleja una disminución de la consideración de la corrupción como problema, el paro aumenta su porcentaje al 80,3% y la corrupción disminuye a una 50,8%. Estos datos ratifican los resultados de otras encuestas, así, la Comisión Europea en el Anexo referido a España de su Informe de lucha contra la corrupción de la UE, p.3, textualmente afirma: “Según el Euro barómetro especial de 2013 sobre la corrupción, el 63 % de los encuestados (porcentaje más elevado de la UE) se considera afectado personalmente por la corrupción en su vida cotidiana (media de la UE: 26 %), en tanto que el 95 % manifiesta que la corrupción es un problema muy extendido en el país (media de la UE: 76 %) y el 91 % afirma que existe corrupción en las instituciones locales y regionales (media de la UE: 77 %)”.
http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-humantrafficking/corruption/anti-corruption-report/docs/2014_acr_spain_chapter_es.pdf(acceso 29.1.2015)

¹⁴⁶ Los Informe anuales de Transparencia Internacional pueden consultarse en www.transparencia.org o en www.transparencia.org.es „(acceso 7.1.2015) Ciertamente el mayor descenso se produjo en 2013, año en el que España retrocedió 10 puestos, con una nota de 5,9, descenso que solo superaron Gambia, Malí y Guatemala.

¹⁴⁷ Ver, Índice de percepción de la corrupción: La corrupción en el mundo durante 2014 en www.transparencia.org.es. Por otro lado, en España la percepción de cuáles son las instituciones más corruptas se concentra en los partidos políticos y en el poder legislativo, lo que puede ponerse en conexión con la crisis de legitimación institucional que genera la corrupción. Una elemental reflexión sobre las causas de la corrupción en España las vincula, históricamente, en la época anterior a la crisis, cuando se construía, al urbanismo, y en consecuencia a la política municipal y siempre, antes y ahora, a la financiación de partidos y sindicatos.

¹⁴⁸En su último informe, Transparencia Internacional aborda la explicación de este aumento de la percepción negativa de la corrupción que se ha producido en España. Con acierto estima que las razones son complejas pues, “por una parte, los sistemas de control se han mostrado más eficaces y han venido aflorando muy numerosos casos de corrupción; por otra parte, las denuncias de los medios de comunicación y el relevante eco social y atención prestada a los casos ahora aflorados han influido intensamente en la percepción ciudadana, generando un estado general de indignación; también es cierto que la crisis económica ha incrementado el nivel de exigencia social, y aunque la justicia viene cumpliendo su función con cierta eficacia y nivel de resultados, a pesar de su lentitud,

3.- A este primer grupo de razones para dar explicación a las distintas reformas hay que añadir el cumplimiento de obligaciones internacionales, que en el caso de España se derivan de un lado de la pertenencia a Naciones Unidas y a la OCDE y, de otro, de ser miembro de la Unión Europea y el Consejo de Europa.

El haber suscrito la Convención contra la corrupción de Mérida, elaborada en 2003 en el marco de Naciones Unidas,¹⁴⁹ impone obligaciones penales y no penales a los Estados firmantes;¹⁵⁰ pero, pese al indudable significado que tiene el que haya podido llegarse a elaborar un texto con este contenido y potencial extensión territorial, la Convención adolece de las dificultades frecuentes en Naciones Unidas, de no articular mecanismos funcionales para poder impulsar y garantizar el cumplimiento de sus prescripciones.¹⁵¹

También la heterogeneidad de los Estados miembros hace que su articulado diferencie dentro de las medidas represivas propuestas, aquellas cuyo contenido es de obligatorio cumplimiento y aquellas que son meras recomendaciones, basta la lectura de la fórmula empleada, los Estados signatarios "*considerarán la posibilidad de tipificar como delito*".

A este primer grupo de imperativos internacionales, hay que añadir los relacionados con la pertenencia de España a la OCDE, organización que entre otros temas desarrolla una política activa frente a los efectos negativos de la corrupción sobre el comercio internacional y sobre las relaciones entre los Estados.

En 1997 la OCDE alcanza a elaborar un "*Convenio sobre la lucha contra el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones internacionales*".

El Convenio, suscrito por España, obliga a los Estados signatarios a tipificar como delito en sus ordenamientos nacionales la conducta de quien soborna a un funcionario extranjero "*para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales*".

se ha generado desde fines de 2009 un muy alto nivel de alarma social; finalmente, aunque el enfriamiento de la economía, especialmente en el sector urbanístico, permite pensar que los casos de corrupción se han reducido en ese ámbito, la lentitud de las sanciones penales, la baja intensidad de las penas en casos de corrupción relevante, la expansión de los escándalos a las instituciones clave del Estado, y la sensación de impunidad explican bien la percepción social negativa que se mantiene en este Índice.

¹⁴⁹ Ésta Convención vino precedida por la Convención de Viena de 1988 contra el blanqueo y por la de Palermo de 2000, contra la criminalidad organizada. Estas dos últimas, aunque con objetivos más amplios que la corrupción, abordaban dos comportamientos, el blanqueo y la criminalidad organizada, que están presentes o que acompañan a muchas de las manifestaciones más graves de corrupción. En este sentido, es claro el Preámbulo de la Convención de Mérida al recordar: "*los vínculos entre la corrupción y otras formas de delincuencia en particular la delincuencia organizada y la delincuencia económica, incluido el blanqueo de dinero*".

¹⁵⁰ El texto completo de la Convención de Mérida puede consultarse en NACIONES UNIDAS. OFICINA CONTRA LA DROGA Y EL DELITO: *Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción*, Naciones Unidas, Nueva York, 2004. Su estructura, bastante indicativa de que la respuesta frente a la corrupción no debe ser sólo penal, es: Capítulo I: Disposiciones generales. Capítulo II: Medidas preventivas (Políticas anticorrupción no penales). Capítulo III: Represión. (Medidas penales y procesales). Capítulo IV: Cooperación internacional. Capítulo V: Recuperación de activos.

¹⁵¹ El mecanismo de examen de la aplicación de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, establecido por la Resolución 3/1, es por lo menos de dudosa eficacia, al establecer que requiere el acuerdo entre los evaluadores y el país evaluado y tener un carácter confidencial, vid. PEREZ CEPEDA, Ana/ BENITO SÁNCHEZ, Demelsa: *La política criminal internacional contra la corrupción*, cit., p. 31, texto y nota (53).

El Convenio, el más importante frente a la corrupción de un funcionario de un tercer país, lo que en terminología de la OCDE constituye la “corrupción transnacional”,¹⁵² se debe en gran medida a la iniciativa y presión de los Estados Unidos, que en 1977 había promulgado la *Foreign Corrupt Practices Act*.¹⁵³ Pero, pese a la presión ejercida por la OCDE, el grado de cumplimiento de la Convención por parte de los Estados firmantes objetivamente es muy desigual.¹⁵⁴

La OCDE, de forma paralela, también lleva a cabo una lucha contra los denominados “paraísos fiscales”, países y territorios que por sus políticas bancarias y por su opacidad fiscal juegan un papel decisivo en el lavado de capitales, complemento necesario para muchos de los casos más graves de corrupción.¹⁵⁵ En este punto, la actuación de la OCDE se ve favorecida por la naturaleza global de la reciente crisis económica y por la política que en igual dirección han seguido los países del G20.

El punto de partida seguido por la OCDE para afrontar esta realidad ha sido la elaboración de la más conocida lista de Estados considerados como paraísos fiscales, lista que a lo largo de los años ha pasado de “negra” a “gris”¹⁵⁶ y en la que se ha avanzado como instrumento para limitar el secreto bancario, reforzar las relaciones económicas entre los Estados y favorecer las políticas fiscales nacionales.¹⁵⁷

152 Denominación que utiliza la OCDE en su reciente informe para referirse a la corrupción definida en el art. 1 del Convenio, vid OCDE (2014), *Rapport de l'OCDE sur la corruption transnationale: une analyse de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers*, Editions OCDE, en <http://dx.doi.org/10.1787/9789264226623-fr>, expresamente p.7 (acceso 15.1.2015)

153 *La Foreign Corrupt Practices Act*, tiene su origen en el escándalo que supuso la constatación de los sobornos que la empresa Lockheed había realizado a funcionarios japoneses para asegurarse la venta de un determinado modelo de avión. Este comportamiento genera una opinión pública sensibilizada frente a la corrupción, son los años del *Watergate*, una situación que lleva a la criminalización de estos comportamientos. En contra estuvieron muchas empresas, sectores políticos y otros gobiernos, que entendían que el problema estaba en los países de los sobornados y no en el de los sobornadores. Sobre esta ley, sus causas, contenido y debates, véase BENITO SÁNCHEZ, Demelsa: *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, cit., pp. 54 a 63, tiene mucho interés la información que se proporciona en p.56 nota (7).

154 En el último informe de Transparencia Internacional sobre el grado de cumplimiento de este Convenio, TRANSPARENCY INTERNATIONAL: *Exporting Corruption: 2014 OECD Progress Report*. En: http://iissuu.com/transparenciainternacional/docs/2014_exportingcorruption_oecdprogre (acceso el 27/01/2015), diferencia cuatro grupo de países; el primero, los que tienen mayor grado de cumplimiento lo integran cuatro, Estados Unidos, Alemania, Reino Unido y Suiza, que suponen el 23,1% de las exportaciones en el mundo; el segundo, está formado por cinco países con moderado cumplimiento, lo integran, Italia, Canadá, Australia, Austria y Finlandia, suponen el 8,3% de las exportaciones mundiales; el tercer grupo, lo forman ocho países con limitado cumplimiento, está formado por Francia, Suecia, Noruega, Hungría, Sudáfrica, Argentina, Portugal y Nueva Zelanda, que suponen el 7,6% de las exportaciones mundiales; y finalmente, un amplio cuarto grupo de veintidós países, Japón, Holanda, Corea del Sur, Rusia, España, Bélgica, México, Brasil, Irlanda, Polonia, Turquía, Dinamarca, República Checa, Luxemburgo, Chile, Israel, Eslovaquia, Colombia, Grecia, Eslovenia, Bulgaria y Estonia, que suponen el 27% de las exportaciones mundiales.

155 Vid. SAURA GARCÍA, Pedro: *Paraísos fiscales y corrupción*, en temas para el debate N° 223 (jun.) 2013. FABIAN CAPPARROS, Eduardo: *El delito de blanqueo de capitales*, Colex, Madrid, 1998, en especial p. 88 y ss.

156 A final de la última década del pasado siglo la OCDE asume como objetivo la actuación contra los paraísos fiscales y señala una lista de 41 países y 21 territorios que le merecían esta consideración. La crisis económica y la presión del G20 hizo que los países de la lista original fuera disminuyendo, entre otras razones por que era relativamente fácil abandonar la lista, bastaba con suscribir 12 convenios bilaterales, donde se comprometían a intercambiar información fiscal, pero estos convenios podían ser entre países que se encontraban en la lista. Sobre este punto véase, GARZÓN ESPINOSA, Alberto: *Paraísos fiscales en la globalización financiera*, sit; p.144. El ultimo test de transparencia de la OCDE no ha sido superado por Brunei, Dominica, Micronesia, Guatemala, Líbano, Liberia, Islas Marshall, Nauru, Panamá, Trinidad y Tobago; y Vanuatu.

157 Cada Estado puede tener su propia lista de “paraísos fiscales”, con consecuencias sobre las relaciones económicas con los mismos. En España, la lista de los 48 Estados y territorios, que merecen esa consideración, aparece recogida en el RD.1080/1991, del 27 de mayo. El Ministerio de Hacienda en la última actualización de esta lista de diciembre de 2014, reduce la lista a los 33 Estados

No se derivan, por tanto, de estas medidas obligaciones directas de contenido penal, pero ciertamente la supresión de estas políticas de opacidad fiscal es una pieza clave de carácter preventivo en la lucha contra el aprovechamiento de los beneficios de los grandes delitos económicos, entre los que se encuentran los supuestos más graves de corrupción.¹⁵⁸

4.- Por otro lado, la pertenencia de España a las instituciones europeas condiciona internacionalmente el contenido de la política criminal frente a la corrupción, en estos casos la mayor obligatoriedad de las disposiciones de estas instituciones para los Estados miembros las dota de un mayor grado de efectividad.

Las medidas propugnadas por la Unión Europea contra la corrupción comienzan a adoptarse en los últimos años del pasado siglo y pueden situarse dentro de lo que en principio constituye el contenido de un "Derecho Penal Europeo"¹⁵⁹ teniendo como objeto la protección de los intereses financieros de la Unión y la delincuencia transfronteriza, rasgo este que suele concurrir en las conductas más graves de corrupción.

Los primeros pronunciamientos de la Unión Europea en este campo tienen por finalidad afrontar la posible corrupción de los funcionarios comunitarios para garantizar la protección de sus intereses financieros.¹⁶⁰ Este es el sentido de los dos primeros convenios, de 1996 y 1997, que pretenden que las legislaciones penales de los Estados miembros tipifiquen como delito "*actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea*". Estos Convenios fueron completados por el Plan de Acción contra la delincuencia organizada de 1997, dada la conexión de la corrupción con esta forma de delincuencia.¹⁶²

y territorios, que a continuación se relacionan: 1. Emirato del Estado de Bahrein, 2. Sultanato de Brunei, 3. Gibraltar, 4. Anguilla, 5. Antigua y Barbuda, 6. Bermuda, 7. Islas Caimanes, 8. Islas Cook, 9. República de Dominica, 10. Granada, 11. Fiji, 12. Islas de Guernsey y de Jersey (Islas del Canal), 13. Islas Malvinas, 14. Isla de Man, 15. Islas Marianas, 16. Mauricio, 17. Montserrat, 18. República de Naurú, 19. Islas Salomón, 20. San Vicente y las Granadinas, 21. Santa Lucía, 22. Islas Turks y Caicos, 23. República de Vanuatu, 24. Islas Vírgenes Británicas, 25. Islas Vírgenes de Estados Unidos de América, 26. Reino Hachemita de Jordania, 27. República Libanesa, 28. República de Liberia, 29. Principado de Liechtenstein, 30. Macao, 31. Principado de Mónaco, 32. Sultanato de Omán; y 33. República de Seychelles.

¹⁵⁸Pero no se crea que la opacidad fiscal solo se da en los Estados incluidos en las listas de la OCDE, sirva de muestra la sentencia del conocido como caso "ballena blanca", TS 974/2012 de 5.12.2012, que, en sus hechos probados recoge como: "*Por lo general, la persona jurídica extranjera era una sociedad constituida en el Estado norteamericano de Delaware cuya legislación permite que los últimos beneficiarios y dueños de la inversión no aparezcan en la escritura o título constitutivo*". HERNÁNDEZ VIGUERAS, Juan: *Crisis financiera, rescates bancarios y paraísos fiscales, en El viejo topo*, No. 253, 2009, p.56, no duda en calificar a este Estado como "el paraíso fiscal que no figura en la lista de la OCDE".

¹⁵⁹Sobre la Unión Europea y Derecho Penal puede consultarse la síntesis que efectuamos en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*, Iustel, Madrid, 2012, p. 147 y ss. También, ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto/NIETO MARTÍN, Adán: *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Universidad de Castilla la Mancha, Cuenca 2006.

¹⁶⁰Sobre las primeras iniciativas de la Unión Europea en este campo, véase, BENITO SÁNCHEZ, Demelsa: *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, cit., p. 86. Con carácter general sobre la Unión Europea y la corrupción, vid., CARRERA HERNÁNDEZ, F. Jesús: *La persecución penal de la corrupción en la Unión Europea*, en AAVV: *Cooperación jurídica internacional*, BOE, Madrid, 2001, p. 212.

¹⁶¹Este es el título del Convenio de 1997 que continúa la línea iniciada el año anterior por el Primer Protocolo Adicional al Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas. Tiene que resaltarse la tardanza en la entrada en vigor de estos Convenios el de 1996 lo hizo el 17 de octubre de 2002 y el de 1997, el 28 de septiembre de 2005, ocho años después de su adopción.

¹⁶²Sobre este Plan vid., BENITO SÁNCHEZ, Demelsa: *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, cit., p. 93.

Junto a este camino, la Unión Europea ha propugnado el castigo de la corrupción privada para garantizar la libre competencia. Aquí, la dimensión de las consecuencias económicas de la corrupción constituye la clave para el recurso al Derecho Penal, que aparece prescrito por la "Decisión Marco del Consejo Europeo de 22 de Julio de 2003 relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado", que había sido precedida en 1998 por una "Acción común sobre la corrupción en el sector privado".¹⁶³ El artículo 4 de la Decisión Marco establece de forma taxativa el uso del Derecho Penal en estos casos de corrupción¹⁶⁴ y en los dos artículos siguientes establece la adopción de medidas penales o administrativas frente a los comportamientos de corrupción llevados a cabo por personas jurídicas¹⁶⁵

Por su parte, el Consejo de Europa creado con el objetivo de defender los Derechos Humanos, el Estado de Derecho y la democracia, ha desarrollado siempre una política muy activa frente a la corrupción.¹⁶⁶ La pieza clave es la Convención penal contra la corrupción, de 1999,¹⁶⁷ ratificada por España en 2005 y en vigor a partir de 2010, en cuyo preámbulo se afirma que la corrupción, "constituye una amenaza para la primacía del derecho, la democracia y los derechos humanos, que la misma socaba los principios de una buena administración, de la equidad y de la justicia social, que falsea la competencia, obstaculiza el desarrollo económico y pone en peligro la estabilidad de las instituciones democráticas y los fundamentos morales de la sociedad".¹⁶⁸

Esta Convención penal contempla la incorporación a la legislación penal de los Estados firmantes de una serie de delitos referidos a la corrupción. Su contenido es mucho más amplio que otros instrumentos internacionales, pues aborda el cohecho tanto en el ámbito público, como en el privado y en el internacional y en los tres supuestos, tanto el activo como el pasivo. Además incorpora la responsabilidad penal de las personas jurídicas y una muy amplia serie de medidas procesales y preventivas.

.....
¹⁶³ Sobre antecedentes, contenido y problemas que plantea puede verse BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/CERINA, Giorgio: *Sobre la corrupción entre particulares. Convenios internacionales y Derecho comparado*, en Revista Brasileira de Ciencias Criminales, 89, 2011, p. 159 y ss.

¹⁶⁴ El artículo 4 de esta decisión marco obliga a los Estados miembros a tomar las medidas necesarias para asegurar que los actos de corrupción activa y pasiva en el sector privado sean punibles con sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias, y que incluyan una pena privativa de libertad de una duración máxima al menos de uno a tres años.

¹⁶⁵ Ante la tardanza de los Estados en aplicar el contenido de esta Convención, la Comisión pretendió potenciar su lucha contra la corrupción a través de una Comunicación, en 2003, titulada, "Una política global de la Unión Europea contra la corrupción" http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/normativas/politica%20global%20de%20la%20ue%20contra%20la%20corrupcion.pdf, recoge el texto de esta Comunicación, (acceso 14.2015). Su contenido es una invitación imperativa a los Estados miembros a que adopten políticas activas de lucha contra conjunta contra la corrupción.

¹⁶⁶ A partir de la Conferencia de Ministros celebrado en 1994 en Malta, inicia la adopción de medidas contra la corrupción Vid. BENITO SANCHEZ, Demelsa: *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, cit., p. 100 y ss.

¹⁶⁷ La Convención penal de 1999 requería para su entrada en vigor 14 ratificaciones, que se alcanzaron el 1.7.2002. España firmó en 2005, ratificó en 2009 y entró en vigor el 28 de abril del año 2010. En la actualidad la Convención tiene 45 ratificaciones de países miembros y no miembros del Consejo de Europa y 5 firmas aún no seguidas de ratificación. La Convención es completada por un Protocolo de 2003, en vigor desde 2005. España lo ratificó en 2009, entrando en vigor el 17 de enero del año 2011. En la actualidad ha sido firmado y ratificado por 37 países y está firmado y pendiente de ratificación por otros 9. Ver la información sobre la Convención y sobre el Protocolo, en www.coe.int/greco (acceso 1.2.2015)

¹⁶⁸ El Consejo ha adoptado distintas medidas que arrancan de su "Programa de Acción contra la corrupción" de 1996. Al año siguiente el Consejo de Ministros aprobó el 06 de noviembre de 1997, "Veinte principios directivos para la lucha contra la corrupción". El año 2000 el Consejo de Ministros adoptó una recomendación estableciendo un "Código de conducta de los funcionarios públicos" y en 2003 otra Recomendación para el establecimiento de una "Reglas comunes contra la corrupción en la financiación de los partidos políticos y las campañas electorales". El texto de todos estos documentos puede consultarse en http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/european-council/index_es.htm (acceso 1.2.2015)

La Convención penal está completada por otra de carácter civil del mismo año, también vigente en España a partir de 2010, que recoge indemnizaciones para las víctimas de la corrupción.¹⁶⁹

El Consejo de Europa, para el seguimiento de la aplicación por los Estados de su política contra la corrupción, creó, a partir de 1998, el Grupo de Estados contra la Corrupción, GRECO,¹⁷⁰ del que forma parte España y que periódicamente emite, en diálogo con las autoridades de cada país, informes sectoriales sobre las medidas seguidas por los Estados en su lucha contra la corrupción, con evaluaciones y recomendaciones, de cuyo cumplimiento se hace un ulterior seguimiento.¹⁷¹

5- Desde un punto de vista político criminal es obligado considerar el informe de la Comisión, de enero de 2014, sobre la lucha contra la corrupción que dirige al Consejo y al Parlamento.¹⁷²

Dentro de este informe, para este estudio, tiene particular interés el anexo referido a España.¹⁷³ La lectura del mismo pone de relieve como el éxito de la lucha contra la corrupción en España depende, más que de nuevas reformas penales, de la aplicación de las que ya se llevaron a cabo o de reformas en otros ámbitos que doten de eficacia a la política criminal contra la corrupción.

En su diagnóstico, el informe considera como cuestiones que están en el punto de mira en nuestro país: la financiación de los partidos políticos, la corrupción a nivel regional y local, el conflicto de intereses y la publicidad del patrimonio, el desarrollo urbano,¹⁷⁴ la contratación pública¹⁷⁵ y la transparencia y acceso a la información.

169 La Convención civil de 1999, requería para su entrada en vigor, 14 ratificaciones que se obtuvieron el 01 de noviembre del año 2003. España la firmó en el año 2005, la ratificó en el 2009 y entró en vigor el 01 de abril del año 2010. En la actualidad la Convención tiene 35 ratificaciones de países miembros y no miembros del Consejo de Europa y 7 firmas aún no seguidas de ratificación. Ver la información sobre la Convención en www.coe.int/greco (acceso 1.2.2015)

170 Sobre GRECO, puede consultarse la amplia información contenida en su página web, www.coe.int/greco

171 La cuarta ronda de evaluación de las medidas contra la corrupción se ha centrado en la "Prevención de la corrupción respecto de parlamentarios, jueces y fiscales", el informe sobre España es público desde el 15 de enero del año 2014. Las tres anteriores rondas trataron; la primera, sobre la situación general de la corrupción y la lucha contra ella en España; la segunda, abordó tres temas: "Los productos de la corrupción. Administraciones públicas y corrupción y Personas Jurídicas y corrupción "; y la tercera sobre "Transparencia de la financiación de los partidos políticos". A los documentos de las cuatro evaluaciones sobre España y sobre los demás países se puede acceder a las mismas en www.coe.int/greco

172 COMISIÓN EUROPEA: Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. *Informe sobre la lucha contra la corrupción en la UE*, Bruselas 2014, texto completo puede verse en: ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library (acceso 20.1.2015). El origen de la elaboración de este informe viene del año 2011 en una comunicación de la Comisión al constatar que, "la aplicación del marco jurídico de lucha contra la corrupción sigue siendo desigual de un Estado miembro a otro y, en general, no es satisfactoria. No todos los Estados miembros han transpuesto la legislación de la UE contra la corrupción", vid., COMISIÓN EUROPEA: *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico Y Social Europeo*, Bruselas 2011. El texto completo aparece en distintas direcciones electrónicas, se ha utilizado, [173 El texto de este Informe sobre la situación de la lucha contra la corrupción en España, al que ya nos hemos referido, puede verse en \[http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report/docs/2014_acr_spain_chapter_es.pdf\]\(http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report/docs/2014_acr_spain_chapter_es.pdf\)](http://eurored.ccoo.es/eurored/Instituciones UE:Comision Europea (acceso 20.1.2015)</p></div><div data-bbox=)

174 Sobre este punto véase OLAIZAOLA NOGALES, Inés y otros: *Corrupción y urbanismo*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2008.

175 Sobre la corrupción dentro de la contratación pública puede consultarse por todos JAREÑO LEAL, Ángeles: *La corrupción en la contratación pública*, en JAREÑO LEAL, Ángeles (dir.): *Corrupción pública: cuestiones de política criminal*, Iustel, Madrid, 2014, p. 149 y ss.

Los autores del informe subrayan las reformas ya llevadas a cabo, e incluso consideran algunas buenas prácticas en la contratación pública a nivel local,¹⁷⁶ en la transparencia, en el acceso a la información y en la mejora de los índices de transparencia en la Administración municipal. Pero enumeran cuatro aspectos en los que se requiere profundizar, en concreto: seguir trabajando en la normativa de la financiación de los partidos políticos;¹⁷⁷ desarrollar estrategias a la medida para las administraciones regional y local;¹⁷⁸ desarrollar códigos de conducta para los cargos electos a nivel central, regional y local; finalmente, en la contratación pública tener en cuenta las conclusiones del Tribunal de cuentas y organismos análogos.

6- El examen de estos dos grupos de condicionantes de la política criminal frente a la corrupción nos lleva a formular ya una serie de observaciones. Es incuestionable que la nueva realidad de la corrupción requiere una nueva política criminal. Dentro de ella nadie discute la necesidad de recurrir al Derecho Penal frente a sus formas más graves, pero parece claro que los instrumentos internacionales y la racionalidad en el recurso a las penas, constitucionalmente requerido, permite sostener que existe un importante y largo camino a recorrer fuera del Derecho Penal para afrontar con eficacia la lucha frente a la corrupción.

Existe el riesgo, en el que es propenso a incurrir el legislador, de, en razón de las que hemos calificado como causas nacionales de la corrupción, se recurra de forma reiterada a la adopción de medidas que se sitúan dentro del valor simbólico inherente al Derecho Penal. Los peligros de la prevención general positiva con la búsqueda de una legitimación en la opinión pública,¹⁷⁹ han estado y están presentes en este campo, baste recordar las valoraciones que sobre la situación en España recoge el informe de Transparencia Internacional, que se sintetizan en la constatación de la existencia en la sociedad de una sensación de impunidad respecto a la corrupción, que por otra parte no corresponde con la realidad.

Por otro lado, las nuevas conductas de corrupción penalmente relevantes participan de toda la problemática político criminal y dogmática que, con carácter general presenta el denominado “moderno Derecho Penal”.¹⁸⁰

En síntesis, es la hora no de nuevas reformas en la legislación penal, sino de la colaboración internacional, de los necesarios cambios procesales, de las modificaciones de regulaciones

.....
¹⁷⁶ COMISIÓN EUROPEA: *Informe sobre la situación de la lucha contra la corrupción en España*, cit., p.14, pone como ejemplo de buena práctica, “la creación de la Oficina de Supervisión y Evaluación de la Contratación Pública en Cataluña o de la Comisión Consultiva para la Transparencia en las Islas Baleares, adscrita a la Consejería de Presidencia, ha fijado estándares de transparencia más estrictos, centralizado la recopilación de datos y mejorado el escrutinio de los procedimientos de contratación pública”.

¹⁷⁷ Sobre este punto es consulta imprescindible la reciente monografía de OLAIZOLA NOGALES, Inés: *La financiación ilegal de los partidos políticos: Un foco de corrupción*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.

¹⁷⁸ COMISIÓN EUROPEA: *Informe sobre la situación de la lucha contra la corrupción en España*, p. 16, donde valora como importante, “garantizar el necesario marco de aplicación de la nueva Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, incluido un mecanismo de supervisión independiente de la mano de un sistema de sanciones disuasorias”.

¹⁷⁹ Sobre este punto, por todos, LIBERATORE S. BECHARA, Ana Elisa: *Bem jurídico penal*, Quartier Latin, Sao Paulo, 2014, p. 213 y ss.

¹⁸⁰ Sobre los problemas de la incorporación de estos nuevos contenidos al Derecho Penal, por todos, ver SILVA SÁNCHEZ, Jesús: *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales*, 2ª edic., Madrid 2001, o HASSEMER, Winfried/MUÑOZ CONDE, Francisco: *La responsabilidad por el producto en Derecho Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995.

¹⁸¹ Los problemas procesales vinculados a la complejidad de muchos de los casos de corrupción es motivo de la prolongación de los procesos con las consecuencias negativas de todo tipo que de ello se derivan. Ver sobre esta problemática el reciente artículo de

administrativas, de la aprobación de nuevas normativas, y de asumir políticas que transmiten y garanticen la transparencia y la eficacia.

Pensar que evitar la corrupción depende sólo de las reformas penales realizadas y que pasamos a exponer en el siguiente apartado, es cuanto menos ingenuo. La corrupción es plural en sus causas y en sus manifestaciones y posee rasgos propios en cada país. Una realidad compleja exige respuestas complejas que van mucho más allá del contenido del articulado del Código Penal.

III.- Las reformas del Código penal

7.- Como se irá exponiendo, en el caso de la corrupción la mayor parte de los cambios legislativos de carácter penal derivados de los distintos convenios internacionales suscritos por España ya se habían producido con anterioridad al año 2015. En las páginas que siguen, sin pretensión de exhaustividad, se busca llevar a cabo una consideración conjunta de las distintas reformas que pueden vincularse a la respuesta penal frente a la corrupción, ya sea nacional o internacional, tomando como punto de partida las consecuencias que esta tiene en la actualidad.

Un primer grupo de reformas aborda lo que en puridad se puede denominar corrupción internacional con distintos contenidos, por un lado la necesidad de que los ordenamientos jurídicos nacionales recojan comportamientos realizados por funcionarios de las distintas instituciones internacionales, en este sentido es clara toda la normativa generada por la Unión Europea y la propia Convención de Mérida.

Por otro y a veces vinculada a este tipo de comportamientos, se encuentra la necesidad de afrontar la corrupción del funcionario extranjero, con la finalidad de garantizar las relaciones económicas internacionales. En este campo es determinante la actuación de la OCDE.

Un segundo grupo de propuestas y recomendaciones va dirigido a abordar las causas concretas que la corrupción presenta en España, que no excluye el que traiga consecuencias que vayan más allá de nuestras fronteras, pues finalmente la corrupción nacional, puede requerir operaciones de lavado de dinero, al que en seguida me referiré, que muchas veces se llevan a cabo en otros países.

Además, no se debe olvidar que la corrupción de un país afecta en mayor o menor medida a los restantes países con los que tiene relaciones, según sea la intensidad de las mismas, y ya sean estos vínculos de carácter político o económico.

En este grupo hay que incluir las reformas legislativas referidas a la contratación pública, a la corrupción de particulares, a la financiación de partidos políticos, a la ordenación del territorio o al medio ambiente, o la pretensión de tipificar autónomamente el enriquecimiento ilícito.

Otra serie de reformas se refieren a comportamientos que no siempre están relacionados con la corrupción, pero que pueden estar vinculados a su significación económica, pues posibilitan beneficiarse de sus efectos. Este es el caso del lavado de dinero y como complemento necesario del mismo las actuaciones sobre los paraísos fiscales o las dirigidas a la recuperación de activos, estas no tienen carácter penal, por lo que no serán abordadas en estudio.

RUZ GUTIÉRREZ, Pablo: Principales problemas procesales en la investigación de los procedimientos por corrupción, en cuadernos penales José María Lidón, 11, 2015, p. 203 y ss.

Finalmente, hay que apuntar algunas reformas de parte general que se proyectan también sobre delitos, que implican o presuponen una conducta de corrupción, ya que facilitan su comisión, este es el caso de la regulación de la responsabilidad de las personas jurídicas, o, como en las modificaciones de la regulación del decomiso, que pretenden evitar el aprovechamiento de los beneficios económicos derivados de estos comportamientos.

8.- En relación al cohecho, el denominador común de los convenios internacionales referidos a la corrupción es demandar a los Estados firmantes la tipificación del cohecho tanto activo como pasivo, lo que ya se daba en la legislación española, pero la nueva situación internacional exigía una mejora técnica de sus contenidos, lo que se lleva a cabo especialmente en la reforma del año 2010.¹⁸²

La internacionalización de la corrupción es abordada directamente en estos delitos, en un primer momento, tras la reforma de 2010, con la protección de intereses financieros de la Unión Europea, que, tal como demandaban los textos por ella generados, hacía que el delito de cohecho, de acuerdo con el art. 427 del Código Penal, comprendiera los casos en los que *"los hechos sean imputados o afecten a los funcionarios de la Unión Europea o a los funcionarios nacionales de otro Estado miembro de la Unión"*.¹⁸³ A continuación, en el mismo artículo recogía con amplitud quien merecía esta consideración.¹⁸⁴ La reciente reforma del Código Penal va más allá pues, además de agravar con carácter general la pena del delito de cohecho, procede a la ampliación de los funcionarios objeto de estos delitos al equiparar al funcionario nacional a los de cualquier Estado u organización internacional pública, tal como demandaba la Convención de Naciones Unidas.¹⁸⁵ Este cambio trae consecuencias sobre otros delitos, en especial sobre el tipo referido a la protección de la competencia en el marco internacional.

182 Vid., el análisis que lleva a cabo MATELLANES RODRIGUEZ, Nuria: *El delito de cohecho de funcionarios nacionales en el código penal español: condicionantes internacionales y principales aspectos de su nueva regulación*, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/LIBERATORE S. BECHARA, Ana Elisa: *Estudios sobre la corrupción. Una reflexión hispano brasileña*, cit., en especial p.286 y ss. Así mismo véase el análisis de VALEIJE ALVAREZ, Inma: *Cohecho* (arts.419 y ss.), en GONZALEZ CUSSAC, José L. (director): *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p.1153 y ss., donde subraya como la reforma de 2010 del cohecho aparece condicionada internacionalmente y en algunos puntos por las recomendaciones contenidas en los informes del GRECO a las que ya nos hemos referido. Aunque, como pone de manifiesto OLAIZOLA NOGALES, Inés: *La financiación ilegal de los partidos políticos. Un foco de corrupción*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 57 y ss., el legislador fue más allá de las recomendaciones de los informes del GRECO, al introducir importantes modificaciones en algunos tipos.

183 La Convención de Mérida da un concepto más amplio de funcionario extranjero, a la que se aproxima más el Código penal español tras la reforma de 2015. En concreto el art.2 de la Convención en dos de sus apartados establece: " b) Por "funcionario público extranjero" se entenderá toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un país extranjero, ya sea designado o elegido; y toda persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluso para un organismo público o una empresa pública; c) Por "funcionario de una organización internacional pública" se entenderá un empleado público internacional o toda persona que tal organización haya autorizado a actuar en su nombre;"

184 El art. 427, después de la reforma de 2010 establecía: "1. Lo dispuesto en los artículos precedentes será también aplicable cuando los hechos sean imputados o afecten a los funcionarios de la Unión Europea o a los funcionarios nacionales de otro Estado miembro de la Unión. A estos efectos se entenderá que es funcionario de la Unión Europea: 1.º toda persona que tenga la condición de funcionario o de agente contratado en el sentido del Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas o del Régimen aplicable a otros agentes de la Unión Europea; 2.º toda persona puesta a disposición de la Unión Europea por los Estados miembros o por cualquier organismo público o privado que ejerza en ellas funciones equivalentes a las que ejercen los funcionarios u otros agentes de la Unión Europea; 3.º los miembros de organismos creados de conformidad con los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, así como el personal de dichos organismos, en la medida en que el Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas o el Régimen aplicable a otros agentes de la Unión Europea no les sea aplicable. Asimismo, se entenderá por funcionario nacional de otro Estado miembro de la Unión el que tenga esta condición a los fines de la aplicación del Derecho penal de dicho Estado miembro".

185 La redacción del art.427 tras la reforma de 2015, queda como sigue: "Lo dispuesto en los artículos precedentes será también aplicable cuando los hechos sean imputados o afecten a: a) Cualquier persona que ostente un cargo o empleo legislativo, administrativo o judicial de un país de la Unión Europea o de cualquier otro país extranjero, tanto por nombramiento como por elección.

Importa subrayar que en el cohecho continúa en primer plano como objeto de protección el funcionamiento de la Administración,¹⁸⁶ que tras las últimas reformas incorpora, desde el año 2010, la protección del buen funcionamiento de la Administración de la Unión Europea y de la de los distintos Estados miembros y desde el año 2015 el de cualquier otro Estado u organización internacional.

Por tanto, en el caso del cohecho no aparecen recogidas directamente en el tipo las posibles consecuencias económicas, que como vimos caracterizan las nuevas formas de corrupción y que se engloban en otras figuras delictivas.

La protección de los intereses de la Unión Europea, desde un primer momento fue más allá de la revisión del sujeto en estos delitos y alcanza a otros, como el fraude de subvenciones o los fraudes Tributarios, que en algunos casos pueden guardar conexión con conductas de corrupción¹⁸⁷ y en los que si se incorpora el contenido económico de las conductas penalmente relevantes.

Por otro lado, y como adelantaba la exposición de motivos, la reforma del año 2015 ha procedido a una agravación generalizada de la respuesta penal en los “*llamados delitos contra la corrupción en el ámbito de la Administración pública*”, muchos de los cuales pueden ser aplicables en casos de corrupción.¹⁸⁸ Esta política criminal de agravación, además aparece reforzada por la introducción de una limitación para la obtención de la libertad condicional, al establecer, en el p.2 del número 4 del excesivamente extenso art. 90, que se puede denegar su concesión, “*cuando el penado hubiere eludido el cumplimiento de las responsabilidades pecuniarias o la reparación del daño económico causado a la Administración a que hubiere sido condenado*”.

Todas estas reformas del cohecho pueden vincularse también a la que hemos denominado “*corrupción nacional*”, y muy especialmente a la necesidad de abordar su presencia en la contratación pública, a la que antes se ha hecho referencia, aunque la política criminal frente a estos comportamientos no puede limitarse al Derecho Penal sino que pasa por la profundización en políticas de transparencia y por reformas en la regulación administrativa, que aborden el funcionamiento interno de la Administración,¹⁸⁹ y en especial los procedimientos de contratación pública.

b) *Cualquier persona que ejerza una función pública para un país de la Unión Europea o cualquier otro país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública, para la Unión Europea o para otra organización internacional pública. c) Cualquier funcionario o agente de la Unión Europea o de una organización internacional pública*. Ver el análisis de este precepto que efectúa VALEIJE ALVAREZ, Inma: *Cohecho...*, cit., p. 1179 y ss.

¹⁸⁶ Existen distintas posturas en relación con el bien jurídico protegido en el cohecho, con carácter general me parece convincente el análisis de las distintas posturas que lleva a cabo OLAIZOLA NOGALES, Inés: *La financiación ilegal de los partidos políticos*, cit., p. 27 y ss., pues tiene razón al sostener la presencia en este delito de un bien jurídico merecedor de protección por parte del Derecho penal y al situar este en el funcionamiento de la Administración y en concreto en garantizar la prestación de servicios públicos en condiciones de igualdad.

¹⁸⁷ Ver por todos, ARROYO ZAPATERO, Luis/NIETO MARTIN, Adán: *Fraude y corrupción en el Derecho económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Universidad de Castilla la Mancha, Cuenca, 2006.

¹⁸⁸ De acuerdo con la exposición de motivos de la reforma del año 2015, ésta agravación generalizada en los delitos que pueden implicar corrupción dentro de la Administración pública, se llevó a cabo con un “*aumento generalizado de las penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público*”, a la que une en los supuestos de más gravedad la de ejercicio de sufragio pasivo.

¹⁸⁹ En especial, sobre contenidos de políticas preventivas frente a la corrupción en las administraciones públicas, pueden consultarse los estudios recogidos en el primer capítulo de ya citada obra de NIETO MARIN, Adán/MAROTO CALATAYUD, Manuel (directores): *Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*, cit., p.17 a 130

9.- La tutela de las relaciones económicas internacionales con la pretensión de evitar su contaminación por comportamientos que quiebren la libre competencia es, como vimos, un objetivo prioritario para la OCDE, que hizo que el legislador español, incorporase como delitos en el art. 445 del Código Penal conductas de corrupción en las transacciones comerciales internacionales.¹⁹⁰ En 2013, la OCDE emite un informe "demoledor"¹⁹¹ sobre la situación en España, al constatar que durante toda su vigencia, no se había producido ni una sola condena.¹⁹² Con lo que, por otra parte, se confirma una evidencia, que una cosa son las leyes y otra muy distinta la realidad de su aplicación.

Esta situación hace que el autor de la última reforma busque un nuevo camino para dar cabida a estos comportamientos dentro de la sección 4ª del capítulo XI del título XIII del libro II, hasta ahora denominada "De la corrupción entre particulares", que pasa a titularse "De la corrupción en los negocios".¹⁹³ El legislador, con una técnica cuanto menos estética y sistemáticamente discutible,¹⁹⁴ suprime el capítulo X del título XIX, "De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales" e incluye el contenido del farragoso art. 445, con alguna modificación que complica más las cosas, en el nuevo art. 286 ter.¹⁹⁵

190 Este delito se introduce en el Código Penal español por la LO. 3 del año 2000, sobre esta primera redacción véase FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo: *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003. La actual redacción del artículo proviene de la reforma del 2003 y fue revisada en la del 2010. Sobre este delito es básica la citada monografía de BENITO SÁNCHEZ, Demelsa: *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, cit., p. 145 y ss.

191 El Grupo de trabajo efectuó en la fase 2, en el año 2006, una serie de recomendaciones que afectan a la corrupción transnacional. A resaltar que en su Informe el Grupo de trabajo de la OCDE constata no se ha seguido ninguna de las tres referidas a la "infracción de corrupción transnacional", ninguna de las dos concernientes a la "responsabilidad de las personas jurídicas en caso de corrupción transnacional" y ninguna de las cinco referidas a las "sanciones aplicables a la corrupción transnacional". Vid. OCDE: *Rapport de phase 3 sur la mise en oeuvre par l'Espagne de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption*, decembre 2012, p. 92 y ss., en <http://www.oecd.org/fr/daf/anti-corruption/Espagne-Phase-3-FR.pdf> (acceso 16.1.2015)

192 Textualmente afirma: "El Grupo de trabajo está extremadamente preocupado por el hecho de que después de casi 13 años desde la entrada en vigor de la infracción de corrupción transnacional en España, ninguna persona física o moral haya sido perseguida o condenada por este tema". Vid. OCDE: *Rapport de phase 3 sur la mise en oeuvre par l'Espagne de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption*, decembre 2012, cit., p.5. El informe, p.10 y 11, constata la existencia de cuatro asuntos en los que se inició una investigación que concluyó en archivo. En concreto, cinco se referían a relaciones comerciales con distintos países, Costa Rica, Libia, Angola, Marruecos y Letonia y dos a programas internacionales de contenido económico, uno referido a comercio de material militar y otro al programa de Naciones Unidas, "petróleo contra alimentos".

193 Esta denominación se incorpora en el debate de la reforma en el Senado y sustituye a la de "corrupción en el sector privado", que había aprobado el Congreso.

194 Aunque requiere una mayor profundización, no parecía técnicamente necesario el cambio de ubicación de este delito. El Senado con el señalado cambio de denominación de la Sección, de "corrupción en el sector privado", a "delitos de corrupción en los negocios", salva la obvia objeción de que era difícil hablar de corrupción privada, cuando uno de los sujetos de la relación de corrupción es "autoridad o funcionario público", aunque lo sea de otro país, máxime cuando su intervención se efectúa "en relación con el ejercicio de funciones públicas".

195 El nuevo art. 286 ter. "1. Los que mediante el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio o ventaja indebidos, pecuniarios o de otra clase, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a una autoridad o funcionario público en beneficio de estos o de un tercero, o atendieran sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados, salvo que ya lo estuvieran con una pena más grave en otro precepto de este Código, con las penas de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del tanto al triple del montante de dicho beneficio. Además de las penas señaladas, se impondrá en todo caso al responsable la pena de prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social, y la prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública por un periodo de siete a doce años. 2. A los efectos de este artículo se entenderá por funcionario público los determinados por los artículos 24 y 427".

Es decir, respecto a la decisión político-criminal de otorgar relevancia penal a comportamientos en que esté implicado un funcionario extranjero se presenta la opción entre dos caminos, según el bien jurídico que se estime como más relevante, o el funcionamiento de la Administración o las relaciones económicas internacionales, pues bien, el legislador ha optado por seguir los dos a la vez, lo que en lugar de solucionar problemas los genera.

Al ampliar el concepto de funcionario en el cohecho hace que sean incluíbles en él todos los comportamientos de este cohecho internacional del 286 ter,¹⁹⁶ lo lógico, si se asume la explicación que hemos dado al cambio de ubicación de este delito, sería plantearse un concurso ideal de delitos. Pero el legislador parece excluir esta vía y acude a incorporar una regla de concurso de leyes al establecer su aplicación *“salvo que ya lo estuvieran con una pena más grave en otro precepto de este Código”*, afirmación que no constituye una ayuda para solucionar estos problemas.¹⁹⁷

A esta primera observación hay que añadir la que se deriva del hecho de que en el art. 286 ter únicamente se contempla el comportamiento de cohecho activo, es decir de quien corrompe, pero no el del funcionario objeto de la corrupción cuyo comportamiento, por la ampliación del concepto de funcionario siempre quedará dentro del cohecho. Realidad que se torna más compleja si se analiza la Ley Orgánica del Poder judicial y el campo de aplicación que se establece para el principio de justicia universal.¹⁹⁸

En cualquier caso, y volviendo al núcleo de la cuestión, entiendo que es difícil de sostener, que la no aplicación de la legislación penal española a casos de corrupción en las relaciones económicas internacionales dependa del lugar de la colocación del tipo penal en el Código o de las modificaciones realizadas introducidas en la última reforma, que más que facilitarla la dificultan.

10.- Las obligaciones internacionales de España, generadas tanto por la Convención de Mérida, aunque no la mencione, como en especial por *“la trasposición de la Decisión Marco 2003/568/JAI relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado”*, llevaron al legislador en el año 2010, ciertamente con bastante retraso, a incorporar al código estas conductas de corrupción

¹⁹⁶ Como ya ha puesto de relieve GARCÍA ALBERO, Ramón: *Corrupción en los negocios y modificación del cohecho*, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director): *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Pamplona, 2015, p.574, el contenido del cohecho es más amplio que el de este delito, además: *“aunque el artículo 286 no incrimina más que al particular –cohecho activo- la conducta del funcionario podría ser castigada por el artículo 420 o 419 CP. Lo mismo con los sobornos impropios o subsiguientes”*.

¹⁹⁷ Sobre la regla del concurso de leyes que plantea el legislador en la nueva redacción, mi discípula, la profesora DEMELSA BENITO, en diálogo que hemos sostenido sobre este aspecto de la reforma, me argumenta con razón que tampoco tiene mucho sentido, pues, valiéndonos de dos ejemplos, conduce a la siguiente situación: a) Ciudadano español que soborna a un funcionario marroquí para que éste realice un **acto contrario a los deberes del cargo** (cohecho propio) y obtener así un beneficio en la realización de actividades comerciales internacionales. Y b) Ciudadano español que soborna a funcionario marroquí para que éste realice un **acto propio del cargo** (cohecho impropio) y obtener así un beneficio en la realización de actividades comerciales internacionales. En el primer caso, hay que resolver: ¿Cuál es el precepto aplicable, el nuevo 286 ter o el nuevo 427 relacionado con el 424 a su vez relacionado con el 420? Al tener ambos la misma pena, no nos sirve la regla expresada por el legislador. Por lo que habría que acudir a las reglas generales del art. 8 CP y el precepto más especial sería el 286 ter. En el segundo caso, sería aplicable el 286 ter porque prevé una pena mayor que el cohecho propio “clásico” (424 y 420). Esta situación abre la duda de cuáles son las razones que llevan a castigar con más pena el cohecho propio “extranjero” que el cohecho propio “nacional”, tal vez tiene que ver con el bien jurídico afectado.

¹⁹⁸ Con carácter general toda esta problemática, además de lo dicho en nota (52) puede verse PUENTE ALBA, Luz María: *Corrupción en las transacciones internacionales* (art.286 Ter. CP), en GONZALEZ CUSAC, José Luis (director): *Comentarios a la reforma penal de 2015*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 925 y ss.

privada en el nuevo artículo 286 bis, con lo que pasaban a un primer plano las consecuencias económicas de la corrupción y la libre competencia como bien jurídico tutelado.¹⁹⁹

El artículo que recoge este delito es reformado en el año 2015. En primer lugar, se procede a un cambio de orden en sus dos primeros párrafos, con lo que sigue la misma sistemática del cohecho, primero la conducta del corrupto y después la de quien corrompe.²⁰⁰

Junto a este cambio de orden se han realizado, con desigual fortuna, otras modificaciones. Estos ataques a la competencia se producen entre quienes interviene en ella, en su anterior redacción el código enumeraba junto a la empresa mercantil, a “*sociedad, asociación, fundación u organización*”, la actual redacción se limita a “*empresa mercantil o sociedad*”, lo que tiene un potencial de creación de problemas en cuanto, los “*excluidos*” podían llevar a cabo comportamientos que incidan negativamente sobre la competencia, la solución, ya apuntada por la doctrina pasa por mantener un concepto material de empresa mercantil al amparo de la jurisprudencia que sigue en la materia el Tribunal de justicia de la Unión Europea.²⁰¹

En sentido opuesto, no se alcanzan a establecer las razones que han llevado al legislador a mantener al empresario fuera de los posibles sujetos activos de este delito,²⁰² cuando es claro que puede incidir sobre las relaciones de competencia y máxime cuando se ha procedido a la supresión de la referencia al incumplimiento de las obligaciones, lo que supone la opción definitiva por la competencia como bien jurídico y la exclusión como objeto de protección de la lealtad del empleado con la empresa.

11.- El legislador aprovechó la incorporación de este delito para dar directa trascendencia penal, en el párrafo 4 del mismo artículo, de una forma más que discutible, a la **corrupción en el deporte**, pues, entre otras cosas, es bastante difícil establecer que sea el mismo bien jurídico protegido en la corrupción en el deporte y en la corrupción de particulares.²⁰³

.....
¹⁹⁹ Sobre el debate en torno al bien jurídico, que refleja distintas posiciones en Derecho comparado, y en la doctrina española, vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/CERINA, Giorgio: *Sobre la corrupción entre particulares. Convenios internacionales y Derecho comparado*, cit., p.159 y ss. Los mismos: *Algunas observaciones sobre la corrupción entre particulares en el Código penal español*, en Revista Brasileira de Ciencias Criminales, 97, 2012, p.217.

²⁰⁰ El art.286 bis, en sus tres primeros apartados, establece: “1. El directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja. 2. Con las mismas penas será castigado quien, por sí o por persona interpuesta, prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, un beneficio o ventaja no justificados, de cualquier naturaleza, para ellos o para terceros, como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales. 3. Los jueces y tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y a la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio.”

²⁰¹ GARCÍA ALBERO, Ramón: *Corrupción en los negocios y modificación del cohecho*, cit., p.571, que por otra parte no duda en calificar esta modificación del art.286 bis como “sorprendente”.

²⁰² En este sentido, PUENTE ALBA, Luz María: *Corrupción en los negocios* (art.286 bis. CP), en GONZALEZ CUSAC, José Luis (director): *Comentarios a la reforma penal de 2015*, cit., p. 920.

²⁰³ Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/ CERINA, Giorgio: *Algunos aspectos del nuevo delito de corrupción en el deporte*, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/ LIBERATORE S. BECHARA, Ana Elisa: *Estudios sobre la corrupción. Una reflexión hispano brasileña*, cit., p. 387 y ss. Sobre este delito pueden consultarse las monografías de CORTÉS BECHIARELLI, Emilio: *El delito de corrupción deportiva*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011 y BENITEZ ORTUZAR, Ignacio Francisco: *El delito de “fraudes deportivos”*, Dykinson, Madrid, 2011

La reforma del año 2015 ha pretendido solventar alguna de las objeciones formuladas por la doctrina a esta nueva figura delictiva. En este sentido incorpora la exigencia de que el encuentro o competición en el que se ha dado la corrupción sea de “*especial relevancia económica o deportiva*”²⁰⁴ y establece a continuación cuando entienda que concurre cada una de estas relevancias. El camino más adecuado, en mi opinión, hubiera sido el exigir en la competición la presencia conjunta de ambas pues con ello el legislador se acomodaría a las razones que pueden proporcionar una explicación aceptable a que en estos casos se pueda recurrir al Derecho Penal.²⁰⁵

Desde una consideración político criminal la mencionada relevancia económica o deportiva donde efectivamente parece concurrir, en términos que se adecuan a las exigencias constitucionales de racionalidad en la utilización del Derecho Penal, es en los supuestos de agravación que recoge el 286 quater.²⁰⁶

12.- La reforma del año 2015 introduce en el libro II del Código Penal un nuevo título, “**De los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos**”, presentada como uno de los cambios legislativos más demandados por la opinión pública para abordar el problema de la corrupción. El procedimiento seguido²⁰⁷ para su introducción y el propio contenido de los dos nuevos artículos llevan a pensar, una vez más, en el recurso simbólico al Derecho Penal por parte del legislador.

La legislación española opta por una financiación de los partidos políticos de carácter mixto de origen público o privado y ha sido objeto de distintas y sucesivas regulaciones administrativas.²⁰⁸

El debate doctrinal en este tema se ha centrado en cuestiones como la regulación de las fuentes de financiación, la cuantía de las aportaciones y la necesaria transparencia de las mismas.²⁰⁹

²⁰⁴ La nueva redacción del art. 281 bis 4. establece “*Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva de especial relevancia económica o deportiva. A estos efectos, se considerará competición deportiva de especial relevancia económica, aquella en la que la mayor parte de los participantes en la misma perciban cualquier tipo de retribución, compensación o ingreso económico por su participación en la actividad; y competición deportiva de especial relevancia deportiva, la que sea calificada en el calendario deportivo anual aprobado por la federación deportiva correspondiente como competición oficial de la máxima categoría de la modalidad, especialidad, o disciplina de que se trate*”.

²⁰⁵ El camino seguido por el legislador es ciertamente discutible. Pues vincula la relevancia económica a la existencia de cualquier modo de retribución, aunque no lo sea en todos los participantes, con lo que puede ser sujeto del delito uno de los participantes que no recibe retribución. Además, por otro lado, la retribución puede ser mínima. Entiendo que la “*especial relevancia económica*” tenía que haberse vinculado al otro criterio el de la “*especial relevancia deportiva*”, que además el legislador define. La vinculación de los dos criterios proporcionaría una explicación a la inclusión de estos comportamientos en este lugar del Código.

²⁰⁶ Art. 286 quáter in fine: “*En el caso del apartado 4 del artículo 286 bis, los hechos se considerarán también de especial gravedad cuando: a) tengan como finalidad influir en el desarrollo de juegos de azar o apuestas; o b) sean cometidos en una competición deportiva oficial de ámbito estatal calificada como profesional o en una competición deportiva internacional*”.

²⁰⁷ Como recuerda MAROTO CALATAYUD: *Financiación ilegal de partidos políticos*, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director): *Comentario a la reforma penal de 2015*, cit., p.757, estos nuevos delitos se incorporaron ya en la fase de enmiendas al entonces Proyecto de reforma, también vid. p.760-761.

²⁰⁸ La regulación de la financiación de los partidos políticos no se produce hasta la 1987, LO 3/1987 de 2 de julio sobre financiación de los partidos políticos. Veinte años más tarde fue sustituida por la LO 8/2007 de 4 de julio sobre financiación de los partidos políticos, modificada por la LO 5/2012 de 22 de octubre y de nuevo modificada por LO 3/2015 de 30 de marzo, de control de las actividades financieras de los Partidos Políticos.

²⁰⁹ Una buena síntesis de las distintas posturas sobre financiación de los partidos políticos y las ventajas e inconvenientes de cada sistema puede verse en OLAIZOLA NOGALES, Inés: *La financiación ilegal de los partidos políticos: un foco de corrupción*, cit., pp. 87 a 98.

Pero la realidad ha puesto de relieve las insuficiencias de la regulación administrativa y los problemas que, cuando se ha llevado a cabo, ha presentado el recurso al Derecho Penal a través de la aplicación de distintas figuras delictivas ²¹⁰.

Por otra parte, la realidad de la corrupción en nuestro país y el papel que en la misma juegan los partidos políticos quedó reflejada en el Informe que el grupo Greco que en su tercera ronda estuvo dedicado a la *“Transparencia de la financiación de los partidos políticos”*. ²¹¹

Ciertamente no todos los supuestos de financiación ilegal de los partidos políticos están relacionados con supuestos de corrupción, pero la realidad de nuestro país nos demuestra, que esa vinculación con mucha frecuencia está presente, al constituir la aportación a la financiación el precio del uso desviado del poder, muy especialmente en el ámbito de la contratación pública. El actual caso Gürtel o el histórico caso Filesa, aunque no sean los únicos, son buenos ejemplos de esa realidad y de los problemas que presenta la aplicación a estos casos del Derecho Penal.

Ante esta situación, un sector de la doctrina española ya había demandado la necesidad y la conveniencia de una respuesta penal plasmada en una tipificación específica de las conductas de financiación ilegal de mayor gravedad.²¹² La razón clave, que comparto, está en la presencia de un bien jurídico merecedor de protección que radica en el papel constitucional que juegan los partidos políticos, que se ve afectado por las conductas de financiación ilegal de los mismos. Aunque no hay que olvidar el carácter de ultima ratio del recurso al derecho penal, que debe plasmarse en diferenciar entre financiación ilegal, que puede acarrear sanciones administrativas, y financiación penalmente relevante.

Buena parte de las conductas de financiación ilegal de los partidos políticos o relacionadas con ellas, podían tener relevancia penal a través de distintas figuras del Código²¹³, pero, ciertamente, como recuerda la exposición de motivos de la reforma del año 2015, no existía en nuestro Código Penal una figura que recogiera de modo expreso esta forma de corrupción y *“con esta modificación se castigará a aquellas personas que acepten y reciban donaciones ilegales o que participen en estructuras u organizaciones cuyo principal objeto sea el de financiar ilegalmente a un partido político”*. Para lograr este objetivo procede a la incorporación de este nuevo título.

.....
²¹⁰ Ver la exposición que realiza, MAROTO CALATAYUD, Manuel: Corrupción y financiación de partidos políticos. Un análisis político criminal, Tesis doctoral., Universidad de Castilla la Mancha, Ciudad Real, 2013, en www.academia.edu, p. 79 y ss., en especial el epígrafe *“El nuevo siglo. De Filesa a Gürtel”*, p. 150 y ss. También, OLAIZOLA NOGALES, Inés: La financiación ilegal de los partidos políticos: un foco de corrupción, cit., p. 100 en nota (155).

²¹¹ Puede verse este Informe GRECO de la tercera ronda en www.coe.int/greco, que se fundamenta en la recomendación del Comité de Ministros sobre las reglas comunes contra la corrupción en la financiación de los partidos políticos y de las campañas electorales. A resaltar como sus recomendaciones jurídicas no son precisamente de carácter penal.

²¹² Son claves los estudios, con propuestas de tipificación como delito autónomo que realizan. NIETO MARTÍN, Adán: *Financiación ilegal de los partidos políticos*, en ARROYO ZAPATERO, Luis /NIETO MARTÍN, Adán: *Fraude y corrupción en el Derecho económico europeo*, cit., pp. 117 y ss. MAROTO CALATAYUD, Manuel: *Corrupción y financiación de partidos políticos...*, cit., p.365 y ss., y recientemente y con un significativo título, OLAIZOLA NOGALES, Inés: *La financiación ilegal de los partidos políticos: un foco de corrupción*, cit., p. 197 y ss.

²¹³ Ver el análisis que lleva a cabo OLAIZOLA NOGALES, Inés: *La financiación ilegal de los partidos políticos: un foco de corrupción*, pp. 136 a 190.

La reforma del año 2015 toma dos decisiones, por un lado, establecer en el art. 304 bis como delitos a una serie de infracciones de la normativa de financiación privada de los partidos políticos y por otra, en el art. 304 ter, crear la figura de asociación ilícita creada para la financiación ilegal de los partidos políticos. El problema es que el contenido de estos nuevos delitos es objetable técnica y político criminalmente. El 304 bis²¹⁴ está construido como una ley penal en blanco que toma como referencia la Ley Orgánica sobre Financiación de partidos políticos, en concreto su art.51.²¹⁵ Esta redacción del nuevo delito es fuente de nuevos problemas técnicos y político criminales²¹⁶. La remisión que lleva a cabo al mencionado artículo de la Ley Orgánica de Financiación de los Partidos Políticos, implica el considerar como constitutivas delitos a “*las donaciones anónimas, finalistas o revocables*”, a “*donaciones procedentes de una misma persona superiores a 50.000 euros anuales*” y a “*donaciones procedentes de personas jurídicas y de entes sin personalidad jurídica*”.

Esta redacción y el necesario respeto al principio de legalidad impide la referencia a otros preceptos de la ley de financiación, lo que supone que quedan fuera de este delito los casos en los que la financiación tenga carácter público y los supuestos en los que la financiación sea de origen privado, También la técnica de estricta ley penal en blanco, seguida en este tipo, lleva a dejar fuera a las condonaciones de créditos bancarios²¹⁷ o a la financiación realizada, a través de fundaciones,²¹⁸ y a tener dificultades para incluir las donaciones de inmuebles. Tampoco son menores los problemas que traen consigo las relaciones entre la responsabilidad administrativa y la posible responsabilidad penal²¹⁹.

.....
²¹⁴El nuevo artículo 304 bis establece: “1. Será castigado con una pena de multa del triple al quíntuplo de su valor, el que reciba donaciones o aportaciones destinadas a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores con infracción de lo dispuesto en el artículo 5.Uno de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos. 2. Los hechos anteriores serán castigados con una pena de prisión de seis meses a cuatro años y multa del triple al quíntuplo de su valor o del exceso cuando: a) Se trate de donaciones recogidas en el artículo 5.Uno, letras a) o c) de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos, de importe superior a 500.000 euros, o que superen en esta cifra el límite fijado en la letra b) del aquel precepto, cuando sea ésta el infringido. b) Se trate de donaciones recogidas en el artículo 7.Dos de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos, que superen el importe de 100.000 euros. 3. Si los hechos a que se refiere el apartado anterior resultaran de especial gravedad, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado. 4. Las mismas penas se impondrán, en sus respectivos casos, a quien entregare donaciones o aportaciones destinadas a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores, por sí o por persona interpuesta, en alguno de los supuestos de los números anteriores. 5. Las mismas penas se impondrán cuando, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código, una persona jurídica sea responsable de los hechos. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.”

²¹⁵Artículo 5, establece: Artículo 5, establece: “Límites a las donaciones privadas. Uno. Los partidos políticos no podrán aceptar o recibir directa o indirectamente: a) Donaciones anónimas, finalistas o revocables. b) Donaciones procedentes de una misma persona superiores a 50.000 euros anuales. c) Donaciones procedentes de personas jurídicas y de entes sin personalidad jurídica. Se exceptúan del límite previsto en la letra b) las donaciones en especie de bienes inmuebles, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 4.2, letra e). Dos. Todas las donaciones superiores a 25.000 euros y en todo caso, las donaciones de bienes inmuebles, deberán ser objeto de notificación al Tribunal de Cuentas por el partido político en el plazo de tres meses desde su aceptación.”

²¹⁶Pueden verse las primeras críticas en PUENTE ARA, Luz María: *Financiación ilegal de partidos políticos (art.304 bis CP)*, en GONZALEZ CUSAC, José Luis (director): *Comentarios a la reforma penal de 2015*, cit., p. 949 y ss. Y en MAROTO CALATAYUD, Manuel: *Financiación ilegal de partidos políticos*, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director): *Comentario a la reforma penal de 2015*, cit., p. 755 y ss.

²¹⁷Para la importancia que en este tema tienen las deudas bancarias de los partidos y los efectos de sus posibles condonaciones, ver los datos que analiza OLAIZOLA NOGALES, Inés: *La financiación ilegal de los partidos políticos*, cit., p.101.

²¹⁸Sobre la exclusión de las fundaciones ver las páginas que dedica al tema PUENTE ARA, Luz María: *Financiación ilegal de partidos políticos (art.304 bis CP)*, en GONZALEZ CUSAC, José Luis (director): *Comentarios a la reforma penal de 2015*, cit., p. 955 y ss.

²¹⁹MAROTO CALATAYUD, Manuel: *Financiación ilegal de partidos políticos*, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director): *Comentario a la reforma penal de 2015*, cit., p.762.

Finalmente, como ya ha apuntado la doctrina²²⁰, las figuras agravadas son político criminalmente discutibles, pues abren problemas prácticos para la determinación de la cuantías y dejan para que sean establecidos por los tribunales los criterios para la determinación de la “*especial gravedad*” que llevaría a aplicación de la pena de mayor entidad.

Como se adelantaba, el nuevo Título se completa con la introducción de un nuevo delito en el art. 304 ter²²¹, referido a la participación en “*estructuras u organizaciones*” que tengan por finalidad la financiación, “*al margen de lo establecido en la ley*”, de “*partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores*”.

El nuevo delito es una forma agravada del preexistente de asociación ilícita del art. 565. 1º, “*las que tengan por objeto cometer algún delito o. después de constituidas, promuevan su comisión*”, lo que hace surgir como primera duda la de la necesidad de esta nueva figura, sino crea más problemas que los que pretende resolver. Sobre este punto de partida llaman la atención al menos dos problemas, que para el legislador sea más grave la pertenencia a esta “*estructura u organización*”, que la propia actividad de financiación. Con lo que al final es más grave la conducta del que financia, externo al partido, que la de quien es financiado, el partido²²². La confusión se agudiza con la expresa referencia en el tipo a que la financiación que se pretende lo sea, “*al margen de lo establecido por la ley*”, términos que implican una mayor amplitud que lo penalmente relevante, con lo que vuelven a aparecer aquí los problemas vinculados a la confusión entre financiación ilegal y financiación delictiva.

El contenido de este nuevo título constituye un claro ejemplo de utilización simbólica del Derecho Penal. Efectivamente aparece como necesaria la incorporación al Código Penal de los supuestos de mayor gravedad de financiación ilícita de los partidos políticos, pero el camino escogido ha sido pretender demostrar a la opinión pública que se dota expresamente de carácter delictivo a las conductas que parece que están presentes en el caso Gürtel, lo que, como se ha pretendido exponer, aunque fueran tipos aplicables a un hipotético caso de contenido análogo, generan lagunas y plantean problemas técnicos de no fácil solución. Únase a todo ello, la no excesiva gravedad de las penas previstas y las previsibles dificultades para su posible futura aplicación y se tiene el cuadro completo de utilización simbólica del Derecho Penal.

Tiene que volverse a recordar que la eficacia de cualquier política criminal pasa por tener presente que esta no puede reducirse al recurso al Derecho Penal. Esto sin duda ocurre también respecto a la corrupción referida a los partidos políticos que, además, no se puede limitar a la consideración como delitos independientes de estas conductas, aunque los tipos penales estuvieran correctamente formulados.

.....
²²⁰Tiene particular interés el análisis que de las figuras agravadas lleva a cabo MAROTO CALATAYUD, Manuel: *Financiación ilegal de partidos políticos*, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director): *Comentario a la reforma penal de 2015*, cit., p.763 y ss.

²²¹El art. 304 ter establece: “1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años, el que participe en estructuras u organizaciones, cualquiera que sea su naturaleza, cuya finalidad sea la financiación de partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores, al margen de lo establecido en la ley. 2. Se impondrá la pena en su mitad superior a las personas que dirijan dichas estructuras u organizaciones. 3. Si los hechos a que se refieren los apartados anteriores resultaran de especial gravedad, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado”.

²²²En igual sentido, MAROTO CALATAYUD, Manuel: *Financiación ilegal de partidos políticos*, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director): *Comentario a la reforma penal de 2015*, cit., p.764 y ss.

También son exigibles tanto conductas internas de transparencia como la existencia de controles externos de sus finanzas²²³, todo ello unido a no hacer depender la responsabilidad política de sus miembros o dirigentes de su eventual responsabilidad penal, pues el límite de la responsabilidad política debe comenzar mucho antes de que se inicie el de la responsabilidad penal.

13.- Con frecuencia la financiación ilegal de los partidos políticos aparece relacionada con el **delito de tráfico de influencias**. Este delito fue introducido por la reforma de 1991 y su redacción en el Código de 1995 ha sido objeto de reforma en el 2010 y en el año 2015.

Con carácter general se busca aquí afrontar el mercado de las influencias sobre quien tiene capacidad para tomar decisiones que redunden en el beneficio económico privado, es decir, la conducta de corrupción. Pero, a diferencia del criterio utilizado en el cohecho, el legislador dota de relevancia penal solo al comportamiento de quien ejerce sus influencias, diferenciando cuando se trata de funcionario, art. 428 y cuando se trata de un particular, art. 429, y completa en el art. 430²²⁴, con la tipificación de la conducta de quien ofrece estos servicios.

Como ya ha señalado la doctrina²²⁵ las conductas descritas en los dos primeros artículos en parte podían llevarse a supuestos de participación en otros delitos y no así el caso del art. 430, que constituye un acto preparatorio que por sí mismo sería impune.

Sobre este punto de partida hay que subrayar dos cuestiones; en primer lugar, su directa relación con la corrupción y dentro de ella muchas veces con conductas de las denominadas personas políticamente expuestas y con la financiación ilegal de los partidos políticos²²⁶ y; en segundo lugar, su escasa aplicación²²⁷, pese a que sea un hecho difícilmente discutible su frecuencia en nuestra sociedad.

²²³Vid. en NIETO MARTÍN, Adán/MAROTO CALATAYUD, Manuel (directores): *Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*, cit., en especial los estudios recogidos en los capítulos II y III, p. 131 y ss.

²²⁴Tras la reforma de 2015 el art. 430 establece: “Los que, ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los dos artículos anteriores, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año. Si el delito fuere cometido por autoridad o funcionario público se le impondrá, además, la pena de inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de uno a cuatro años. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Capítulo, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”.

²²⁵Por todos ver, CUGAT MAURI, Miriam. *El tráfico de influencias: un tipo prescindible*, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 2014, núm. 16-07, <http://criminnet.ugr.es>, p.3 y ss.

²²⁶Lo pone de relieve con abundancia de ejemplos MAROTO CALATAYUD, Manuel: *Corrupción y financiación de partidos políticos*, cit., en especial, pp. 286 a 296.

²²⁷Subrayado por, CUGAT MAURI, Miriam. *El tráfico de influencias: un tipo prescindible*, cit., p.10, “los más de veinte años transcurridos desde la introducción del nuevo tipo hasta la fecha demuestran que ni se ha terminado con la práctica que se quería combatir ni han proliferado las condenas por ese título”.

La incorporación como nuevo delito político criminalmente ha sido una vez más, una prueba de la utilización simbólica del Derecho Penal y además, su muy escasa aplicación frente a la realidad de la corrupción contribuye a potenciar los efectos negativos de esta, en especial al potenciar la deslegitimación del sistema y la pérdida de confianza de los ciudadanos en el sistema legislativo y en los responsables de su aplicación, justamente lo contrario de lo que con frecuencia el legislador dice que pretende buscar.

La situación se refuerza con el hecho de que las dos mencionadas reformas lo que han buscado ha sido simplemente, incorporar la referencia a las personas jurídicas y agravar las penas. Pero, frente a esta situación de escasa aplicación no se aborda ni el examen de las causas de la misma ni la validez del camino escogido, y, por otro lado, tampoco se procede a intentar resolver los problemas técnicos que presentan estas figuras delictivas, en buena parte vinculadas a su proximidad con la inducción a la prevaricación o con el cohecho.²²⁸

14.- La búsqueda de eficacia en la lucha contra el delito lleva al legislador a veces en la tensión eficacia garantía a plantear el sacrificio de garantías en búsqueda de resultados contra el delito, que no llegan a producirse. Este rasgo clásico de la utilización simbólica del Derecho Penal aparece también en un campo como el de la corrupción, en el que el peso de la opinión pública es particularmente elevado.

Esta situación se ha plasmado en algunos ordenamientos, con el apoyo en la Convención de Mérida²²⁹, en la inclusión del delito de **enriquecimiento ilícito**. Ciertamente, en el posible debate en España acerca de su inclusión en nuestra legislación, tiene que pesar la posición que ha mantenido el Tribunal constitucional portugués²³⁰ al rechazar esta figura delictiva por contravenir exigencias constitucionales, en especial las vinculadas a la presunción de inocencia.

Un tipo penal con este contenido está construido como un delito de sospecha, constituye por tanto una manifestación de responsabilidad objetiva, al elevar a la consideración de delito lo que en realidad constituye una prueba indiciaria, la no justificación por parte de un funcionario de un incremento patrimonial, la sospecha, por tanto, de la comisión de un posible hecho delictivo. Una figura delictiva así construida implica un ataque a la presunción de inocencia y una inversión de la carga de la prueba²³¹, por lo que merece una consideración positiva que no esté presente en nuestro ordenamiento.

.....
²²⁸Es particularmente ilustrativo el análisis que lleva a cabo CUGAT MAURI, Miriam. *El tráfico de influencias: un tipo prescindible*, cit., p. 4 y ss., o VALEIJE ALVAREZ, Inma: *El tráfico de influencias*, en GONZALEZ CUSSAC, José Luis (director): *Comentarios a la reforma penal de 2015*, cit., p. 1192 y ss.

²²⁹El art. 20 de la Convención de Mérida abre esta posibilidad, aunque la supedita a los principios fundamentales de cada ordenamiento jurídico nacional. En concreto dispone que: *“Con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él”*.

²³⁰El Tribunal Constitucional portugués declaró inconstitucional el delito de enriquecimiento ilícito que se había incorporado al Código penal, fundamentalmente por suponer una inversión de la carga de la prueba, vid, *Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 179/2012, Processo n.º 182/12* <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120179.html>, (acceso 1.2.2015)

²³¹En este sentido puede verse la argumentación que para rechazar la pretensión de su inclusión en el Derecho penal brasileño manteníamos en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/LIBERATORE S. BECHARA, Ana Elisa: *O controle da corrupção: a experiência espanhola*, cit., pp. 373-374.

15.- Todos los informes internacionales sobre la corrupción en España ponen de manifiesto una presencia particularmente importante de la misma en el ámbito municipal, proyectada sobre todo en los excesos que se produjeron en el urbanismo y en la **ordenación del territorio** con la finalidad de favorecer un desordenado y enloquecido auge de la construcción.

La respuesta penal expresa a esta situación comienza a producirse en el Código de 1995, tras un frustrado intento en el Proyecto de 1980,²³² con la incorporación al mismo de un capítulo titulado "*De los delitos sobre la ordenación del territorio*".

En las casi dos décadas de vigencia del código ha quedado evidente la realidad de la corrupción a gran escala en algunos municipios dentro de las decisiones de política urbanística²³³, lo que hizo necesaria la adaptación de la respuesta penal a esta realidad y el reforzamiento de las regulaciones administrativas. Estas reformas y en especial el contenido de la legislación administrativa excederían el objetivo de estas líneas, debido a su amplitud y a la problemática que se deriva de ser una materia de competencia de las distintas comunidades autónomas, lo que supone la existencia de regulaciones no necesariamente coincidentes.

En el campo del Derecho Penal, la reforma de 2010, cambia la rúbrica del capítulo, que pasa a denominarse "De los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo", junto a ello procede a una ampliación de los tipos y a una agravación de las penas, acompañado de una modificación de la denominada prevaricación urbanística²³⁴.

La abundancia de elementos normativos en los artículos 319 y 320 ha requerido un importante y complejo desarrollo jurisprudencial para la determinación del contenido de los mismos²³⁵. Finalmente, la reforma del año 2015, ha incorporado en el último momento, una precisión respecto a "*la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada*", al exigir que con carácter previo a la demolición estén garantizadas las indemnizaciones al tercero de buena fe²³⁶.

.....
²³²Vid. VERCHER NOGUERA, Antonio: *Urbanismo y corrupción: notas sobre el proceso evolutivo de su tratamiento penal en España*, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/LIBERATORE S.BECHARA, Ana Elisa (Coord.): *Estudios sobre la corrupción. Una reflexión hispano brasileña*, cit., p. 415. También se habían producido, como recoge el mismo autor, p. 424 y ss., algunos antecedentes jurisprudenciales, dentro de la aplicación de los delitos contra el medio ambiente.

²³³Es particularmente significativo el caso del municipio de Marbella. Entre los distintos pronunciamientos jurisprudenciales puede verse el reciente de la conocida como "operación Malaya", sobre el que recayó sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de más de 4.000 folios. Con independencia de otras consideraciones, el caso en este momento tras haberse celebrado ya la vista del recurso en julio de 2014, está pendiente de la sentencia definitiva del Tribunal Supremo resolviendo los muchos recursos presentados por parte de los 52 condenados.

²³⁴Sobre la nueva redacción véase RUBIO LARA, Pedro Ángel: *Corrupción urbanística y corrupción pública en el Derecho penal: un estudio de la situación tras la reforma de 2010*, en AAVV: *La corrupción a examen*, Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 17 y ss.

²³⁵Sirvan de ejemplo los términos que enumera VERCHER NOGUERA, Antonio: *Urbanismo y corrupción: notas sobre el proceso evolutivo de su tratamiento penal en España*, cit., p. 429 y ss., como "constructor y promotor", "construcción" o "edificación" o "demolición".

²³⁶En su paso por el Senado se incorporó esta reforma en el apartado 3 del art. 319, cuya redacción queda como sigue: "*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*".

El propósito es evitar la pérdida de la vivienda o de los medios para obtener otra. El posible problema es, si en la práctica se está abriendo una vía, no buscada por el legislador, para el mantenimiento definitivo de edificaciones ilegales.

16.- Junto a estas figuras que tipifican comportamientos de uso desviado del poder, existe otra serie de delitos que engloban no sólo conductas de corrupción, un claro ejemplo es el delito de **blanqueo de capitales**²³⁷. Desde que la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo, incorporara al viejo Código Penal español la primera criminalización del blanqueo de capitales, tanto la regulación como la práctica de este delito han experimentado cambios trascendentales.

Las sucesivas reformas que el legislador ha introducido a lo largo de más de dos décadas han transformado radicalmente la naturaleza esta figura²³⁸. En efecto, tanto la referida normativa original, como la que se incorporó al mismo cuerpo legal por obra de la Ley Orgánica 8/1992, centraron sus esfuerzos en la lucha contra el narcotráfico, pretendiendo hallar su contenido material en torno a la protección de la salud pública. En tal sentido, fue determinante la influencia de la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecha en Viena el 19 de diciembre de 1988²³⁹.

La Ley Orgánica 10/1995, aprobatoria del nuevo Código Penal, ofreció a este delito una nueva regulación sobre la que se ha venido construyendo la autonomía del delito de blanqueo que reclaman los nuevos instrumentos internacionales, fundada sobre el significado socioeconómico de este género de conductas. Lo que posibilita su aplicación a conductas complementarias de la de corrupción al favorecer el disfrute de los beneficios de la misma.

Las sucesivas reformas operadas por las Leyes Orgánicas 15/2003 y 5/2010 —de la que deriva la regulación hoy vigente—han consolidado esta tendencia. Con todo, aún existen ciertas manifestaciones, tanto normativas como jurisprudenciales, que demuestran que todavía queda camino por recorrer²⁴⁰.

.....
²³⁷Sobre este delito véase la clásica monografía del especialista en esta materia, FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo: *El delito de blanqueo de capitales*, Colex, Madrid, 1988, o las de ABEL SOUTO, Miguel: Universidad de Compostela: Santiago de Compostela, 2002 y *El delito de blanqueo en el Código penal español*, Bosch, Barcelona, 2005

²³⁸Presenta un alto interés los sucesivos congresos internacionales, cuatro hasta ahora, que se han celebrado en torno al blanqueo coordinados por ABEL SOUTO, Miguel y SANCHEZ STEWART, Nielson, sus ponencias y conclusiones, referidas no sólo al Derecho penal, han sido objeto de publicación: I Congreso de Prevención y Represión del blanqueo de dinero, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009; II Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero Tirant lo Blanch, Valencia, 2011; III Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012; IV Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.

²³⁹El art.3. 1, de la Convención de Viena obliga a los Estados signatarios a considera como delito entre otros a: "b) i) *la conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados o de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones; ii) la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos;*" Texto completo de la Convención, ratificada por España, puede consultarse en: «BOE» núm. 270, de 10 de noviembre de 1990.

²⁴⁰Así aunque se considera al blanqueo como delito autónomo de la infracción previa aún hay vestigios de su dependencia, como es el caso de la agravación si los bienes proceden de las drogas 301.II (desde 1995) o de la corrupción o el medio ambiente 301.III, o la agravación personal en el 303 a veterinarios, facultativos, educadores,... (el 303 es clónico del 372, sobre drogas). Por otro lado,

La objeción más importante es la excesiva amplitud del tipo, constitucionalmente cuestionable y que puede llevar a castigar como iguales comportamientos que no lo son y a producir un alejamiento del bien jurídico originalmente protegido.²⁴¹

17.- La Parte General del Código Penal también ha sido objeto de reformas vinculadas al Derecho penal económico y aplicables a la lucha contra la corrupción y que eran apuntadas en los instrumentos internacionales que se han expuesto. En concreto, nos referimos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas y al decomiso.

La necesidad de que las personas jurídicas, cuando infringen las normas reguladoras de la economía, fueran objeto del poder sancionador del Estado, bien penal, bien administrativo, aparecía, como hemos visto, en varios instrumentos internacionales.²⁴² En España, la **responsabilidad penal de las personas jurídicas**, se incorpora al Código penal en la Reforma de 2010 en el nuevo artículo 31 bis.²⁴³ La reforma discurre paralela a un debate doctrinal sobre la necesidad de su admisión y sobre la finalidad última de esta modificación del Código²⁴⁴ y vino seguida de cambios necesarios en la Ley de Enjuiciamiento Criminal²⁴⁵ y de una modificación del artículo 31 bis en diciembre de 2012 para incluir, dentro de las personas jurídicas susceptibles de responsabilidad penal, a los, hasta entonces excluidos, partidos políticos y sindicatos.²⁴⁶

hay una desatada tendencia a castigar como blanqueo actos que no tienen nada que ver con lo socioeconómico, que es el fundamento de la autonomía, utilizando la amplitud del tipo. Aparte, aún quedan asuntos por resolver en el plano dogmático. Por ejemplo, el problema del sujeto activo en el blanqueo imprudente. Gramaticalmente es común, pero el TS se pronuncia 50-50% afirmando que es especial, afectando sólo a los sujetos obligados por la Ley 10/2010 de prevención. Cuando se opta por el especial, se dice que el deber objetivo de cuidado sólo se puede determinar a partir de una norma de referencia, y esa norma sería la Ley 10/2010.

²⁴¹Por todos ver las críticas que expresa y recoge ABEL SOUTO, Abel: *Jurisprudencia penal reciente sobre el blanqueo de dinero, volumen del fenómeno y evolución del delito en España*, en IV Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero, cit., en especial en 138 a 140.

²⁴²Puede consultarse en especial respecto a la situación en Europa, DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis/PÉREZ, Ana Isabel: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco europeo: las Directivas europeas y su implementación por los Estados*, en DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis (Dir.)/DE LA MATA BARRANCO, Norberto (Coord.): *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid 2013, p. 129 y ss.

²⁴³Sobre la incorporación al Derecho Penal español de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la necesidad de esta decisión, antecedentes y aproximación a los problemas que plantea, vid. la aproximación que se lleva a cabo en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: *Viejo y nuevo Derecho Penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*, cit., p.161 y ss.

²⁴⁴Una buena síntesis del debate y de las distintas posturas sostenidas puede verse en PALMA HERRERA, José Manuel: *El papel de los compliance en un modelo vicarial de responsabilidad penal de la persona jurídica*, en PALMA HERRERA, José Manuel (director): *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*, Dykinson, Madrid, 2014, p.158 y ss.

²⁴⁵Sobre este punto vid. el reciente artículo de RODRIGUEZ GARCÍA, Nicolás: *Adecuación del proceso penal español a la fijación legal de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, en *Revista Penal*, (35), 2015, p. 139 y ss.

²⁴⁶Según la exposición de motivos de la Ley Orgánica 7/2012 de 27 de diciembre por la que se modificaba el Código Penal, "De este modo se supera la percepción de impunidad de estos dos actores de la vida política que trasladaba la anterior regulación". Pero hay que recordar que la percepción a la que se refiere el legislador sólo logra romperse con la aplicación de la ley, cosa que hasta el momento no se ha producido. Los riesgos del recurso a la utilización simbólica del Derecho Penal aparecen cuando, como es el caso, un precepto no llega a aplicarse y la mencionada percepción es de que si hubiera sido posible hacerlo.

El examen de muchos de los informes citados en el primer apartado de este trabajo pone de relieve como la mayor parte de las conductas de gran corrupción son llevadas a cabo por o a través de una o varias personas jurídicas, por lo que es necesario tener presente esta realidad y plantearse, si se busca dotar de eficacia a la respuesta penal frente a la corrupción, si es político criminalmente necesario utilizar también este argumento adicional para sostener la responsabilidad penal de las personas jurídicas²⁴⁷.

Entiendo, de acuerdo con un importante sector doctrinal²⁴⁸, que la razón de ser de la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas descansa en la pretensión de buscar que las mismas establezcan controles internos, que impidan o dificulten el que a través de ellas se realicen comportamientos delictivos, entre ellos los que implican una utilización desviada del poder político, del poder económico o de ambos. Esta finalidad es cuestionada por algunos autores por entender, entre otras razones, que fundamentar la responsabilidad penal de las personas jurídicas sobre esta base, responde a principios ajenos a nuestro derecho e implica en cierta medida una privatización del poder sancionador.²⁴⁹

En todo el tiempo transcurrido desde la entrada en vigor del art. 31 bis no se ha producido aún una sentencia condenatoria de una persona jurídica,²⁵⁰ con lo que en principio parece difícil sostener la necesidad de la reforma que se lleva a cabo en 2015 por las razones, técnicas, interpretativas y de supuestas obligaciones internacionales, que se aducen en su exposición de motivos²⁵¹.

El Consejo de Estado en su Dictamen²⁵² y los primeros análisis de la doctrina²⁵³ sobre esta Reforma, critican con dureza tanto el procedimiento seguido como el contenido de las modificaciones aquí introducidas que dificultan más que favorece la aplicación de la normativa penal²⁵⁴.

.....
²⁴⁷ Este punto es abordado en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/MATELLANES RODRIGUEZ, Nuria: *Respuesta penal frente a la corrupción y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en Revista General de Derecho Penal, Iustel, (20), 2013.

²⁴⁸ Por todos NIETO MARTIN, Adán: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 2008.

²⁴⁹ Por todos véase la sólida crítica que efectúa QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *La reforma del régimen penal de las personas jurídicas*, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director): *Comentario a la reforma penal de 2015*, cit., p. 77 y ss.

²⁵⁰ Hasta ahora me consta dos sentencias condenatorias ambas por el delito de estafa, la 337/2014 de 25 de noviembre de la secc. 6 de la Audiencia Provincial de Zaragoza y la 742/2014 de 17 de diciembre de la secc.3 de la Audiencia Provincial de Madrid. Junto a ellas las más mediáticas imputaciones de Pescanova, Bankia y el Barcelona CF. Agradezco esta información a la profesora Soledad Gil Nobajas de la Universidad de Deusto.

²⁵¹ La Exposición de Motivos establece: "La reforma lleva a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del «debido control», cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal. Con ello se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial, y se asumen ciertas recomendaciones que en ese sentido habían sido realizadas por algunas organizaciones internacionales. En todo caso, el alcance de las obligaciones que conlleva ese deber de control se condiciona, de modo general, a las dimensiones de la persona jurídica".

²⁵² El Consejo de Estado en su Dictamen sobre el entonces Anteproyecto de reforma del Código penal de 27 de junio de 2013, es especialmente crítico por la tramitación seguida por el Gobierno que lleva a la ausencia en este punto de los Informes de Consejo general del Poder Judicial y del Consejo Fiscal.

²⁵³ Ver especialmente las páginas que dedica GONZALEZ CUSSAC, José L.: *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*: arts. 31bis, ter, quáter y quinquies, en GONZALEZ CUSSAC, José L. (Director): *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, cit.,

El análisis del contenido de la reforma va mucho más allá de intentar precisar el contenido y límites del “*debido control*” y su estudio excede en mucho el objetivo de este trabajo por lo que se apuntarán solo algunas cuestiones.

Por un lado, con su mencionado entusiasmo en la numeración de los artículos, completa y desglosa el art. 31 bis originario hasta un art. 31 bis quinquies, lo que parecía necesario dada las distintas cuestiones que se pretendían abordar y por las dimensiones que ha adquirido el nuevo 31 bis.

Las dos innovaciones más relevantes son, por una parte, los cambios que se introducen en la relación de personas físicas que con su actuación pueden desencadenar la responsabilidad penal de la persona jurídica y por otra, el establecimiento del contenido de los modelos de organización y gestión que exteriorizan el denominado “*debido control*” y cuya presencia puede llevar a la exención de la responsabilidad penal.

En su redacción originaria el art. 31 bis se refería a “*los representantes legales y a los administradores de hecho y de derecho*”. En los tres casos se trata de términos con un contenido establecido por ley y concretado por la doctrina y la jurisprudencia. La nueva redacción²⁵⁵ se refiere a “*los representantes legales o a aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma*”. La modificación fue informada negativamente por el Consejo de Estado y en igual sentido, con razón ya se ha pronunciado la doctrina²⁵⁶, pues la nueva redacción abre innecesarias interrogantes sobre las personas que quedan incluidas por ella.

La principal innovación de la reforma radica en establecer los contenidos que deben abordar los denominados “*modelos de organización*”²⁵⁷ y cuando la presencia de estos, aunque se hayan

p. 155 a 160.

²⁵⁴Subrayado especialmente por QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *La reforma del régimen penal de las personas jurídicas*, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director): *Comentario a la reforma penal de 2015*, cit., p. 80.

²⁵⁵El art. 31 bis 1 establece: “*En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables: a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma. b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.*”

²⁵⁶Véanse las páginas que dedican al tema, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *La reforma del régimen penal de las personas jurídicas*, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director): *Comentario a la reforma penal de 2015*, cit., pp. 89-90 y GONZALEZ CUSSAC, José L.: *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*: arts. 31bis, ter, quáter y quinquies, en GONZALEZ CUSSAC, José L. (Director): *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, cit., p.164 a 168.

²⁵⁷El art.31bis apartado 5 enumera los puntos que debe contener el modelo de organización: “*Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos: 1º. Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos. 2º. Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de*

quebrantado, puede determinar la exención de responsabilidad penal de la persona jurídica en cuyo “nombre o por cuenta de las mismas y en su beneficio directo o indirecto”²⁵⁸ se haya realizado el delito.

El camino seguido por el legislador es criticable por distintas razones tanto técnicas como político criminales. En primer lugar, el contenido que deben tener los modelos de organización y gestión debería ser objeto de la legislación mercantil no de la penal. Por otro lado, los efectos de exclusión de responsabilidad deberían haber sido objeto de debate, máxime cuando pueden llegar a excluir la responsabilidad penal de la persona jurídica por hechos cometidos por los ya citados cargos de dirección.²⁵⁹

Además, la reforma, aunque mantiene la posible responsabilidad penal de partidos y sindicatos, continúa excluyendo de la misma a personas jurídicas que con carácter general “*ejercen potestades públicas de soberanía o administrativas*”.²⁶⁰

Desde una perspectiva político-criminal esta exclusión requiere una profundización en el debate, pues la política de prevención de la corrupción tiene una pieza clave en la actuación o en la intervención de las personas jurídicas en las que se articula la Administración y esta política no debería excluir sin más un posible recurso frente a ellas de la sanción penal.

ejecución de las mismas con relación a aquéllos. 3º. Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos. 4º. Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención. 5º. Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo. 6º. Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios”.

²⁵⁸El art. 31 bis 2, en sus cuatro primeros apartados establece: “Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones: 1º. El órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. 2º. La supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica. 3º. Los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y; 4º. No se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.ª. En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena”.

²⁵⁹Con razón QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *La reforma del régimen penal de las personas jurídicas*, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director): *Comentario a la reforma penal de 2015*, cit., p. 90 afirma: “la idea de que los máximos dirigentes actúan eludiendo “fraudulentamente” los controles internos es, formalmente, admisible, pero cuesta rebasar el plano de lo teórico y aceptar que en la práctica es posible someter a control a esos líderes, cuyas decisiones son propias y directamente ejecutadas”.

²⁶⁰El art. 31 quinquies establece: “1. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas. 2. En el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas

18.- Uno de los más importantes desafíos políticos criminales dentro de la criminalidad económica vinculada a la delincuencia organizada y dentro de ella a los delitos de corrupción, es recuperar el dinero o los bienes vinculados a estas actividades delictivas. A esta finalidad obedece la Directiva de 3 de abril del 2014, que el legislador español utiliza como referencia en la reforma del año 2015. Aunque la reforma va más allá de lo establecido por la Directiva y es político criminalmente de dudosa constitucionalidad y técnicamente deplorable²⁶¹.

La ampliación del **decomiso** en el Código Penal, iniciada en 2010, abandona la regulación tradicional del mismo, vinculada directamente a la realización de un hecho delictivo. La directiva abre la puerta del decomiso ampliado, que el legislador español cruza, y que ya había utilizado en 2010 para los delitos de terrorismo y los cometidos por grupos u organizaciones criminales.

El art. 127 bis establece el “*decomiso de los bienes, efectos y ganancias*” en una extensa relación de delitos entre los que se encuentran relacionados con la corrupción: delitos de corrupción en los negocios, delitos de blanqueo de capitales, delitos de cohecho y delitos de malversación. El decomiso se establece, de acuerdo con el mencionado artículo, cuando el juez o tribunal: “*resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva y no se acredite su origen lícito*”.

El decomiso no requiere por tanto la conexión causal entre el delito por el que se condena y los bienes, efectos y ganancias decomisados. Sino que establece una presunción de su origen ilícito en función de pruebas indiciarias, que enumera en el apartado 2 del mismo artículo 127 bis²⁶². La regulación se completa con la detallada regulación de otros puntos como los supuestos en que no requiere sentencia condenatoria y el decomiso de bienes transferidos a un tercero²⁶³.

públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33. Esta limitación no será aplicable cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal”.

²⁶¹Véase la acertada crítica que formula HAVA GARCÍA, Esther: *La nueva regulación del decomiso*, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director): *Comentario a la reforma penal de 2015*: p.214

²⁶²127 bis 2: “1º. La desproporción entre el valor de los bienes y efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada. 2º. La ocultación de la titularidad o de cualquier poder de disposición sobre los bienes o efectos mediante la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, o paraísos fiscales o territorios de nula tributación que oculten o dificulten la determinación de la verdadera titularidad de los bienes. 3º. La transferencia de los bienes o efectos mediante operaciones que dificulten o impidan su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica válida. 4º. En estos supuestos será también aplicable lo dispuesto en el apartado 3 del artículo anterior. 5º. Si posteriormente el condenado lo fuera por hechos delictivos similares cometidos con anterioridad, el juez o tribunal valorará el alcance del decomiso anterior acordado al resolver sobre el decomiso en el nuevo procedimiento. 6º. El decomiso a que se refiere este artículo no será acordado cuando las actividades delictivas de las que provengan los bienes o efectos hubieran prescrito o hubieran sido ya objeto de un proceso penal resuelto por sentencia absolutoria o resolución de sobreseimiento con efectos de cosa juzgada”.

²⁶³El Código se extiende en su detallada regulación del decomiso hasta el 127º sexies”. A resaltar la regulación en 127 ter del decomiso sin condena: “1. El juez o tribunal podrá acordar el decomiso previsto en los artículos anteriores aunque no medie sentencia de condena, cuando la situación patrimonial ilícita quede acreditada en un proceso contradictorio y se trate de alguno de los siguientes supuestos: a) Que el sujeto haya fallecido o sufra una enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento y exista el riesgo de que puedan prescribir los hechos; b) Se encuentre en rebeldía y ello impida que los hechos puedan ser enjuiciados dentro de un plazo razonable, o; c) No se le imponga pena por estar exento de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido. 2. El decomiso al que se refiere este artículo solamente podrá dirigirse contra quien haya sido formalmente acusado o contra el imputado con relación al que existan indicios racionales de criminalidad cuando las situaciones a que se refiere el apartado anterior hubieran impedido la continuación del procedimiento penal”.

La regulación del decomiso, no sólo en lo que se refiere a la corrupción, es ejemplo de la búsqueda de eficacia con el precio de la tensión con las garantías de las que es titular el ciudadano delincuente, también el corrupto. Pese a la necesidad de pruebas indiciarias, del contenido de la directiva inspiradora y de afirmaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de que *“el decomiso sin condena no tiene una naturaleza penal”*, que transcribe la exposición de motivos, se abren dudas desde un derecho penal de garantías, en especial en lo que se refiere a su proximidad al ya mencionado delito de enriquecimiento ilícito de algunos ordenamientos, también mencionada en la Exposición de Motivos.

IV.- Conclusiones.

La reflexión político criminal sobre las medidas a adoptar para afrontar las conductas de corrupción aparece hoy como una necesidad sometida a muy distintos condicionantes.

La dimensión que en la actualidad alcanza el uso desviado del poder en el propio beneficio, sus efectos económicos, políticos e institucionales, favorecidos por la internacionalización de nuestras sociedades y conectados con el desarrollo tecnológico alcanzado en las últimas décadas, delimitan una realidad muy distinta de la que tenían que afrontar códigos penales que hundían sus raíces en tiempos ya pasados.

El factor internacional juega un papel decisivo impulsado por la internacionalización de la economía y por la presencia de distintos organismos e instancias de carácter supranacional. La actuación y los instrumentos generados por Naciones Unidas, la OCDE, la Unión Europea y el Consejo de Europa, aspiran a incidir en el contenido de las políticas estatales contra la realidad de la corrupción, que describen y valoran los Informes anuales de Transparencia Internacional y que, en ningún caso, se limita al recurso al Derecho Penal.

En este contexto y con estos condicionantes el legislador español en sucesivas reformas del Código de 1995 ha corregido viejos delitos e incorporado otros nuevos. Pero la consideración en su conjunto de las reformas introducidas, algunas de ellas en el año 2015, no merece una valoración positiva. Técnicamente, en bastantes casos, el camino seguido para las reformas, con limitaciones en el debate o ausencia del mismo, conduce a problemas de concursales y de coordinación entre las distintas figuras delictivas.

A lo que hay que unir que, desde una perspectiva político criminal, se incurre con frecuencia en un uso simbólico del Derecho Penal, que busca la legitimación en la opinión pública. Pero limitarse a este camino implica olvidar el recurso a otras ramas del ordenamiento y las políticas de transparencia, que impiden o dificultan las conductas de corrupción. A lo que debe añadirse la creación de condiciones procesales y materiales, de personal e infraestructura, que faciliten frente a las conductas de corrupción, una respuesta rápida con la aplicación de los nuevos tipos delictivos y las nuevas formas de responsabilidad. En caso contrario, la ausencia de aplicación de las normas trae como consecuencia la potenciación de los efectos negativos de la corrupción, justamente lo contrario de los que se pretendía.

Bibliografía

- 📖 ABEL SOUTO, Miguel: Universidad de Santiago de Compostela: Santiago de Compostela, 2002 y El delito de blanqueo en el Código penal español, Bosch, Barcelona, 2005.

- 📖 ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto/NIETO MARTIN, Adán: Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude, Universidad de Castilla la Mancha, Cuenca 2006.
- 📖 BENTEZ ORTUZAR, Ignacio Francisco: El delito de "fraudes deportivos", Dykinson, Madrid 2011.
- 📖 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/CERINA, Giorgio: Sobre la corrupción entre particulares. Convenios internacionales y Derecho comparado, en Revista Brasileira de Ciencias Criminales, 89, 2011.
- 📖 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo: Corrupción y Derecho Penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas, en Revista Brasileira de Ciencias Criminales, (81), 2009.
- 📖 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/LIBERATORE S. BECHARA, Ana Elisa: El Proyecto de Código penal español de 2013. Algunas consideraciones político criminales, en en Revista Penal (34), 2014.
- 📖 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/MATELLANES RODRIGUEZ, Nuria: Respuesta penal frente a la corrupción y responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Revista General de Derecho Penal, Iustel, (20), 2013.
- 📖 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy, Iustel, Madrid, 2012
- 📖 CARRERA HERNÁNDEZ, F. Jesús: La persecución penal de la corrupción en la Unión Europea, en AAVV: Cooperación jurídica internacional, BOE, Madrid, 2001, p. 212.
- 📖 CORTÉS BECHIARELLI, Emilio: El delito de corrupción deportiva, Tirant lo Blanch, Valencia 2011.
- 📖 CUGAT MAURI, Miriam. El tráfico de influencias: un tipo prescindible, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 2014, núm. 16-07.
- 📖 ABIÁN CAPARRÓS, Eduardo: El delito de blanqueo de capitales, Colex, Madrid, 1988
- 📖 FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo: La corrupción de agente público extranjero e internacional, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- 📖 HASSEMER, Winfried/MUÑOZ CONDE, Francisco: La responsabilidad por el producto en Derecho Penal, Tirant lo Blanch, Valencia 1995.
- 📖 HERNÁNDEZ VIGUERAS, Juan: Crisis financiera, rescates bancarios y paraísos fiscales, en El viejo topo, nº253, 2009
- 📖 JAREÑO LEAL, Ángeles: La corrupción en la contratación pública, en JAREÑO LEAL, Ángeles (dir.): Corrupción pública: cuestiones de política criminal, Iustel, Madrid, 2014

- 📖 NIETO MARTIN, Adán: La responsabilidad penal de la personas jurídicas un modelo legislativo, Iustel, Madrid, 2008.
- 📖 OLAIZAOLA NOGALES, Inés y otros: Corrupción y urbanismo, Universidad de Deusto, Bilbao, 2008.
- 📖 OLAIZOLA NOGALES, Inés: La financiación ilegal de los partidos políticos: Un foco de corrupción, Tirant lo Blanch, Valencia 2014.
- 📖 PALMA HERRERA, José Manuel (director): Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica, Dykinson, Madrid 2014.
- 📖 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director): Comentario a la reforma penal de 2015, Aranzadi, Pamplona, 2015.
- 📖 RODRIGUEZ GARCÍA, Nicolás: Adecuación del proceso penal español a la fijación legal de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, en Revista Penal, (35), 2015.
- 📖 RUBIO LARA, Pedro Ángel: Corrupción urbanística y corrupción pública en el Derecho penal: un estudio de la situación tras la reforma de 2010, en AAVV: La corrupción a examen, Aranzadi, Pamplona, 2012.
- 📖 RUZ GUTIÉRREZ, Pablo: Principales problemas procesales en la investigación de los procedimientos por corrupción, en Cuadernos penales José María Lidón, 11, 2015.
- 📖 S. BECHARA, Ana Elisa: Bem jurídico penal, Quartier Latin, Sao Paulo, 2014.
- 📖 SAURA GARCÍA, Pedro: Paraísos fiscales y corrupción, en Temas para el debate, N°. 223 (jun.), 2013 FABIAN CAPARROS, Eduardo: El delito de blanqueo de capitales, Colex, Madrid, 1998.
- 📖 SILVA SÁNCHEZ, Jesús: La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales, 2ª edic., Madrid 2001.

Páginas web

- 📖 http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-humantrafficking/corruption/anti-corruption-report/docs/2014_acr_spain_chapter_es.pdf
- 📖 <http://dx.doi.org/10.1787/9789264226623-fr>
- 📖 http://issuu.com/transparencyinternational/docs/2014_exportingcorruption_oecdprogre
- 📖 http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/normativas/politica%20global%20de%20la%20ue%20contra%20la%20corrupcion.pdf

 http://eurored.ccoo.es/eurored/Instituciones_UE:Comision_Europea (acceso 20.1.2015)

 http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report/docs/2014_acr_spain_chapter_es.pdf.

 http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/european-council/index_es.htm

● LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN COMO DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN: EL OBJETO DE TUTELA PENAL FRENTE A ELLOS

Norberto Javier de la Mata Barranco

Sumario

I. Introducción. II. La corrupción. III. Corrupción y cohecho. IV. Delitos relativos a la Administración Pública. V. Delitos relativos a la Administración: objeto de protección. VI. Objeto de tutela de los delitos de corrupción. VII. Conclusiones. Bibliografía.

I. Introducción

Los delitos de corrupción se ubican en el Código Penal vigente en El Salvador en el capítulo II del título XVI dedicado a los delitos relativos a la Administración Pública. Este capítulo abarca figuras diversas, pero siempre nucleadas en torno a la obtención de un beneficio ilícito. Otras conductas delictivas, de indudable perjuicio para la Administración, se remiten a otros lugares del título o incluso fuera de él, con lo que parece clara la opción que toma el legislador salvadoreño por un concepto restringido de corrupción, que, sin embargo, va más allá del que hace referencia al encuentro de dos partes para la satisfacción de intereses mutuos.

¿Qué significa en realidad la corrupción y en qué medida ha de hacer frente a ella el Derecho Penal?

II. La corrupción

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

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

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

En este ámbito, se dice que la corrupción se produce cuando el poder que ha sido entregado por el Estado a una persona a título de administrador público –o sea, para gestionarlo de acuerdo con los intereses generales– no se utiliza correctamente, al desviarse su ejercicio, defraudando

la confianza de sus mandantes, para obtener un enriquecimiento personal²⁶⁴. De acuerdo, pero, ¿En qué se traduce ese desvío del ejercicio público y por qué ha de responderse a él penalmente? Si no acertamos a definir el interés que se lesiona o se pone en peligro con ese desvío o no podemos predicar del que se describa su susceptibilidad de tutela penal toda intervención en este ámbito debiera estar vetada.

Frecuentemente se insiste en la dificultad de encontrar un único bien jurídico como objeto de tutela de las distintas figuras de corrupción propia e impropia en su sentido más estricto –esto es, de cohecho–, que se refieren a actuaciones del funcionario –corrupción mal llamada en ocasiones pasiva– y del particular –mal llamada activa–, que el Código Penal de El Salvador no ubica entre los delitos de corrupción²⁶⁵.

Ello es así, sobre todo, por la tipificación de conductas vinculadas más que a la idea de una correcta gestión administrativa a cuestiones de carácter ético²⁶⁶ en relación con un enriquecimiento ilícito del funcionario que también podrá surgir, no obstante, con otras muchas formas de corrupción –en sentido más genérico– que no requieren una relación ilícita entre funcionario y particular –malversaciones, peculados o concusiones, pero también abusos en el cargo de cualquier clase– diferentes de lo que representa en sí el cohecho, y cuyo único denominador común se cifra justamente en este enriquecimiento y en el intento por evitar toda clase de colusión entre la función pública y el interés privado²⁶⁷. Esto se observa también en la tipificación del denominado cohecho impropio, en que en sí, no hay alteración del buen funcionamiento de la Administración Pública.

Pero que con los delitos de cohecho se persiga la finalidad de eliminar la corrupción en la Administración Pública no implica considerar que el bien jurídico sea, por ejemplo, el interés en evitar que los funcionarios ejerciten sus funciones en atención a las recompensas entregadas u ofrecidas a los mismos, pues éste puede no reunir las características que han de predicarse de todo objeto de tutela penal. Habrá de concretarse no ya sólo, aunque también, qué es la corrupción –en lo que no existe un consenso total–, sino en qué medida –con objeto de tutelar qué interés capaz, necesitado y merecedor de tutela– debe intervenir frente a ella un Derecho Penal en absoluto legitimado para actuar ante conductas únicamente faltas de ética o contrarias a reglamentaciones funcionariales. Esto es lo que ha de llevarnos a decidir si está o no justificada la sanción del cohecho propio, la del cohecho impropio o incluso la de la recepción de dádivas en consideración meramente al cargo público que se ostenta, sin contraprestación, lícita o ilícita, alguna, como ocurre, no en El Salvador, pero sí en muchas otras legislaciones.

.....
²⁶⁴ Así, NIETO, *Corrupción en la España democrática*, Barcelona, 1997, p. 7.

²⁶⁵ Téngase en cuenta la diferente terminología de cada ordenamiento, que no impide poder distinguir en todos ellos –punibles o no– el cohecho denominado pasivo o corrupción del funcionario, propio e impropio, y el cohecho denominado activo o corrupción al funcionario, también propio e impropio.

²⁶⁶ En estos términos, FEIJÓO, *Delitos contra la Administración Pública: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas*, en *La Ley*, 1997-2, p. 1680. En la doctrina italiana, FIANDACA Y MUSCO, *Diritto Penale. Parte Speciale*, Volume I, Bologna, 1997, p. 214, señalan que la orientación que postula un objeto jurídico de tutela idéntico en todas las formas de corrupción no puede sino hacer referencia a deberes como los de fidelidad, probidad, corrección, lealtad, etc.

²⁶⁷ Entre otros, ORTS Y VALEIJE, *Comentarios al Código Penal de 1995*, Volumen II, Valencia, 1996, pp. 1808 s.

III. Corrupción y cohecho.

Vinculando directamente el delito de cohecho –o los delitos de cohecho, en sus diversas modalidades– con el propio concepto de corrupción, y atendiendo su consideración genérica como delito previsto para afrontar dicho fenómeno, ha sido recurrente considerar en las definiciones que se proponen del objeto de tutela del delito –sobre todo, pero no exclusivamente, en otras épocas– la idea de incorruptibilidad y, desde similar perspectiva, el interés que existe en que los funcionarios públicos no incurran en corrupción. Amplia acogida ha tenido también en la doctrina el concepto de integridad²⁶⁸.

Con acierto, sin embargo, se recuerda que la integridad del funcionario interesa en la medida en que afecte al correcto desenvolvimiento de la función que le compete²⁶⁹, sin que pueda argumentarse a favor de estas posturas el que la consumación de determinadas figuras no exija la realización material de acto alguno por el funcionario público, pues tales previsiones pueden no responder sino a la voluntad de adelantar las barreras de protección penal, pero sin que con ello deje de ser dicha realización la razón por la que se estimen punibles las conductas descritas.

Las alusiones específicas a la idea de incorruptibilidad o integridad evocan en todo caso esa caracterización que tradicionalmente se ha venido haciendo de los delitos cometidos por los funcionarios públicos como delitos de infracción de un deber, en los que el bien tutelado se cifra precisamente en el correcto o fiel desempeño de las funciones del cargo o en el no quebrantamiento o dejación de los deberes que le son propios, como los de fidelidad, lealtad o probidad, términos similares a aquéllos y muy frecuentes en muchos autores²⁷⁰.

Frente a ellas, a menudo se insiste, sin embargo, en que este tipo de construcción cifra el bien jurídico en conceptos demasiado genéricos para ser de alguna utilidad –de fórmula vacía y genérica incapaz de constituir un objeto de agresión autónomo se hablará en la doctrina italiana–, en cuanto no permite diferenciar los delitos de corrupción de otros delitos contra la Administración²⁷¹ y dificulta la posibilidad de ofrecer un objeto de tutela común a las diferentes figuras de cohecho pasivo y activo²⁷², al margen de la recurrente alegación jurisprudencial de que al particular se le sanciona en cuanto su conducta se entiende que induce al funcionario a la infracción de esos deberes que le son propios²⁷³.

.....
²⁶⁸ Véanse las distintas referencias que a esta diferente terminología se efectúan, con citas de numerosos autores, en DE LA MATA, *El bien jurídico protegido en el delito de cohecho*, en Revista de Derecho Penal y Criminología, nº 17, 2006, pp. 91 ss.

²⁶⁹ Por todos, OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación del funcionario público*, Madrid, 1980, p. 147.

²⁷⁰ Ampliamente, DE LA MATA BARRANCO, *La respuesta a la corrupción pública*, Granada, 2004, pp. 53 ss.

²⁷¹ Es concluyente en Italia la argumentación de PAGLIARO, *Principi di Diritto penale, Parte Speciale I, Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2000, p. 144. Véanse también FIANDACA Y MUSCO, *Parte Speciale I*, cit., p. 217; y RIGO, *Codice penale*, a cura di Tullio Padovani, Milano, 2000, p. 1341. En la doctrina española, entre otros, Octavio de Toledo, *Derecho penal, poderes públicos y negocios* (con especial referencia a los delitos de cohecho), en Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López, Granada, 1999, p. 872; y VALEIJE, *Consideraciones sobre el bien jurídico protegido en el delito de cohecho*, en *Estudios Penales y Criminológicos*, T. XVIII, 1995, p. 368.

²⁷² Véase VALEIJE, “Consideraciones”, cit., pp. 328 ss. Destaca esta idea en Italia, Pagliaro, *Parte Speciale I*, cit., p. 144.

²⁷³ Así lo explica RODRÍGUEZ, *El Delito de Cohecho, Problemática Jurídico-Penal del Soborno de Funcionarios*, Navarra, 1999, p. 47.

Como es sabido, ha sido corriente de opinión extendida en Alemania la postura que desde la teoría del “deber del cargo” fundamenta el injusto de los delitos de funcionarios en la infracción del deber específico de su función. La referencia al mismo alude a un deber subjetivo originado por la particular relación que une al funcionario con el Estado, que en ocasiones se quiebra en un sentido de infidelidad, deslealtad o traición a la confianza que se deposita en él²⁷⁴.

No obstante, es ya lugar común en la doctrina insistir en que la mera infracción de un deber no puede fundamentar la intervención penal si no se pone en relación con el sustrato del que deriva el mismo; y, en Derecho Penal, con un determinado objeto de tutela sobre el que se proyecta la obligación de garantizar su indemnidad. Si la infracción del deber se configura en sentido subjetivo y exclusivamente desde el punto de vista de la relación entre el Estado y el funcionario, la interpretación de los tipos penales, se dirá, no sólo se empobrece sino que adquiere tintes autoritarios²⁷⁵, confundiendo además en tal planteamiento el incumplimiento del deber del cargo con las relaciones de servicio y anulándose la capacidad de distinguir el delito de la infracción disciplinaria²⁷⁶.

Ha de reiterarse una vez más la insuficiencia de la tesis del incumplimiento de deberes para explicar el contenido del injusto penal de los delitos contra la Administración –y ello es especialmente importante en la interpretación del delito de cohecho por su, quizás en él más que en otros (sobre todo en el cohecho impropio), aparente falta de lesividad material a intereses generales o particulares–, independientemente de cualquier otra consideración sobre cada particular objeto de protección, por su propia incapacidad para ello. De ahí que progresivamente se haya ido abriendo paso en la doctrina la crítica a que el incumplimiento de deberes de fidelidad y probidad en sí, de hecho existentes y relevantes, pueda constituir el contenido material del injusto de tales delitos²⁷⁷.

En una remisión ya clásica, cabe afirmar que: *“El deber del cargo no puede constituirse, en sentido técnico jurídico-penal, en objeto de protección penal, ya que, en todo caso, su relevancia se establece como concepto que existe en función de la protección de un verdadero bien jurídico [...] el sostenimiento del ‘deber del cargo’ como objeto de protección de los ‘delitos de funcionarios’ implica, además de una concepción política inaceptable, una visión formalista y abstracta del bien jurídico, incompatible con las funciones limitadoras del ius puniendi estatal que le son comúnmente atribuidas”*²⁷⁸.

.....
²⁷⁴ Por todos, WAGNER, *Amtsverbrechen*, Berlin, 1975, p. 28.

²⁷⁵ Así, GARCÍA, *La prevaricación judicial*, 1990, p. 37.

²⁷⁶ Expresamente, MORILLAS Y PORTILLA, *Los delitos de revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho impropio y tráfico de influencias*, en Comentarios a la legislación penal, Tomo XVI, Madrid, 1994, p. 180.

²⁷⁷ Véase, por todos, OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación*, cit., pp. 218 ss.

²⁷⁸ OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación*, cit., p. 260.

Parece acertado, por ello, seguir las posturas que tratan de objetivar el deber del funcionario, negando que el injusto descansa en la lesión de la relación funcionarial y cifrándolo en el correcto ejercicio de la función pública, siempre desde la perspectiva de los ciudadanos, frente a los cuales el deber de la Administración y de sus órganos operativos físicos –los servidores públicos, funcionarios, empleados, agentes, autoridades– cobra auténtica relevancia penal²⁷⁹.

El desvalor de la conducta típica y, por tanto, la relevancia de la cualidad del sujeto activo de quien se exige aquella integridad, aquella actuación conforme a los deberes que le son propios, ha de interpretarse desde la concreción del bien que objetivamente se pretende tutelar y sólo puede tenerse en cuenta –y así ocurre en todos los delitos especiales, en general, y oficiales, en particular– para atender la mayor vulnerabilidad que frente a tal sujeto presente dicho bien. De ahí que de alguna manera pueda aludirse a la posición de garante que debe desempeñar frente al mismo. La mera infracción de un deber, la “deslealtad”, no puede fundamentar la intervención penal si no se relaciona con el sustrato del que deriva dicho deber, un objeto de tutela penal concreto de cuya indemnidad es garante el funcionario. Cabe aceptar su relevancia, en cuanto podrá derivar en un incorrecto ejercicio de la actividad administrativa. Pero de tal aceptación no habrá que deducir la lesión del bien jurídico-penal tutelado siempre que el depositario de la función pública infrinja uno de sus deberes. De este modo, la relevancia de la infracción de los deberes del cargo no se cifra en la quiebra de la fidelidad o lealtad a la condición pública, sino en la de la salvaguarda de un interés digno y merecedor de protección penal que compete particularmente a quien se encuentra en situación especial de dominio sobre dicho interés, enmarcado en los objetivos que caracterizan el servicio que fundamenta la existencia de la Administración, un servicio que debe atender a imperativos de legalidad, objetividad y eficacia, entre otros²⁸⁰.

IV. Delitos relativos a la Administración Pública.

Como han destacado ya numerosos autores, la denominación de los títulos que en las diferentes legislaciones acogen estos delitos –contra la o relativos a la “Administración Pública”– recoge claramente la evolución doctrinal sobre su contenido, permitiendo huir de la concepción que los reduce a meras infracciones de las obligaciones de los funcionarios para con la Administración²⁸¹. No interesan las relaciones internas que se establezcan en ella, su estructuración orgánica y la vinculación del funcionario con la institución, sino el desarrollo de la propia función pública que, hoy en día, exige una acomodación a los parámetros constitucionales que delimitan su correcta gestión y, sin duda, desde la consideración democrática y social del Estado al que sirve, su aspecto prestacional²⁸².

279 En estos términos, MORILLAS Y PORTILLA, “*Los delitos de revelación de secretos*”, cit., p. 181.

280 Véase DE LA MATA BARRANCO Y ETXEBARRIA, *Malversación y lesión del patrimonio público*, Barcelona, 1995, pp. 105 y 113. Ampliamente, VIZUETA, *Delitos contra la administración pública: estudio crítico del delito de cohecho*, Granada, 2003, pp. 51 ss., 85 ss. y 201 ss. En la doctrina salvadoreña, por todos, MORENO Y RUEDA, *Código Penal de El Salvador Comentado*, T. II, San Salvador, 2004, p. 1080, optando por la eficacia de la actuación de la Administración como bien jurídico protegido.

281 Por todos, LÓPEZ Y GARCÍA, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid, 1996, p. 176.

282 Entre otros, CUGAT, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, Barcelona, 1997, pp. 76 ss.; GÓMEZ, *Urbanismo, función pública y Derecho Penal*, Granada, 2000, p. 44; GONZÁLEZ, *Los delitos de los funcionarios públicos: cuestiones generales. La prevaricación como figura residual*, en *Delitos de los funcionarios públicos*, Madrid, 1994, p. 62; Méndez, *Sobre la naturaleza de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos*, en *Estudios Jurídicos en Memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Segundo Volumen, Valencia, 1997, pp. 367 ss.; OLAIZOLA, *El delito de cohecho*, Valencia, 1999, pp. 83 ss.; REBOLLO VARGAS, *La Revelación de Secretos e Informaciones por Funcionario Público*, Barcelona, 1995, pp. 44 ss.; o RODRÍGUEZ, *El Delito de Cohecho*, cit., pp. 37 ss.

Con ello se subraya que toda actividad pública está embebida de la noción de función orientada a la sociedad²⁸³ y se posibilita un criterio de delimitación respecto de las infracciones disciplinarias propias de las relaciones administrativas internas²⁸⁴.

La priorización del elemento de la función pública por encima del elemento del deber tiene la virtud de situar en el centro de la protección penal un criterio de legitimidad material propio de la esencia del bien jurídico, que garantiza, con ello, su aspecto limitador del *ius puniendi* estatal²⁸⁵.

Y, además, esta concepción permite negar que cada vez que el funcionario infrinja los deberes que conlleva el correcto ejercicio de la función deba considerarse lesionado el objeto de tutela y explicar satisfactoriamente la agrupación sistemática de esta clase de delitos, en alguno de los cuales—como en el mismo cohecho activo, separado no obstante en el Código Penal de El Salvador—no concurre la condición de funcionario en el sujeto activo, pero puede contribuir a afectar la prestación de funciones públicas objetivamente consideradas²⁸⁶.

Desde esta perspectiva, ha sido frecuente sobre todo entre los autores alemanes describir el bien jurídico protegido en los delitos de corrupción aludiendo a la quiebra de la autoridad estatal, la autoridad de la Administración o la autoridad en el ejercicio estatal de funciones públicas. En las doctrinas española e italiana será usual referirse a la tutela de la buena imagen de las administraciones públicas o de su dignidad y prestigio²⁸⁷.

Las críticas que se efectúan contra este tipo de posturas inciden fundamentalmente en su dudosa legitimación desde las concepciones actuales del Derecho Penal, al ofrecer una visión autoritaria de la Administración a la que se concibe como fin en sí misma y no como organización al servicio del ciudadano, al margen de que, además, procuren criterios de concreción inseguros, genéricos, amplios o incluso vacíos de contenido para afirmar la relevancia penal de determinadas conductas²⁸⁸. Es evidente que cualquier comportamiento irregular del funcionario puede lesionar o poner en peligro el prestigio de la Administración²⁸⁹—depende cómo se interprete éste—; pero por ello mismo estamos ante propuestas que en absoluto satisfacen ninguno de los aspectos fundamentales que el concepto

.....
²⁸³Véase, en este sentido, GONZÁLEZ, *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, Valencia, 1997, p. 23.

²⁸⁴De nuevo, por todos, LÓPEZ Y GARCÍA, *El Código Penal*, cit., p. 176.

²⁸⁵Expresamente Cugat, *La desviación del interés general*, cit., p. 99.

²⁸⁶Así, por todos, GARCÍA, *La prevaricación administrativa y otros comportamientos injustos*, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n° 11, 1997, p. 357.

²⁸⁷Ampliamente sobre estas tesis, DE LA MATA, *La respuesta a la corrupción*, cit., pp. 62 ss.

²⁸⁸Véase VALEIJE, *Consideraciones...*, cit., pp. 337 y 368. Asimismo, FIANDACA Y MUSCO, *Parte Speciale I*, cit., p. 217; y PAGLIARO, *Parte Speciale I*, cit., p. 145.

²⁸⁹Expresamente, entre los autores italianos, quienes con mayor intensidad han criticado esta clase de construcción, DE LUCA, *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1999, p. 274; o GROSSO, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1996, p. 222.

central del bien jurídico exige al ordenamiento en orden a la precisión de los límites al ius puniendi estatal, al requisito de lesividad o peligrosidad de las acciones que pretenden penalizarse y a la necesidad de una correcta clasificación, desde el punto de vista material y valorativo, para la construcción de la parte especial del Derecho Penal²⁹⁰.

Una construcción también tradicional en la doctrina alemana ha venido vinculando el objeto de tutela del delito de cohecho a la protección de la voluntad estatal, que queda alterada o falsificada, se dirá, a través de los comportamientos corruptos, en cuanto la actuación de la Administración se distancia del respeto a la Ley y a las decisiones que deben producirse conforme a ella. Obviamente estamos ante un criterio que impide acoger la sanción de cohechos subsiguientes o incluso antecedentes cuando aparecen referidos a actos lícitos y, por tanto, adecuados a la voluntad estatal²⁹¹. Por eso se ha cuestionado la limitada perspectiva del criterio²⁹²—otra cuestión es que se entienda que las conductas que no abarca deban permanecer impunes— y la necesidad de su integración en una propuesta más compleja²⁹³.

V. Delitos relativos a la Administración: objeto de protección

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

En tal sentido, lo que se trata de tutelar no es un ente abstracto con independencia de su función jurídico-social, sino su correcto funcionamiento para que pueda servir con eficacia y objetividad a los intereses generales²⁹⁴. No estamos por tanto sólo ante un concepto objetivo y no subjetivo de la Administración, sino ante un concepto prestacional, como antes señalaba, que exige delimitar sus fines y concretar los principios que informan la adopción de decisiones de su competencia²⁹⁵, respecto a lo cual el respeto a las previsiones constitucionales es ineludible y, por consiguiente —primando según el caso unos u otros—, a los principios de coordinación, eficacia, imparcialidad, jerarquía, objetividad y, por supuesto, como concepto envolvente, legalidad.

.....
²⁹⁰En estos términos VALEIJE, *Consideraciones...*, cit., p. 354.

²⁹¹Detenidamente, DÖLLING, "Gutachten C für den 61. Deutschen Juristentag", en *Empfehlen sich Änderungen des Straf- und Strafprozessrechts, um der Gefahr von Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft wirksam zu begegnen?*, München, 1996, pp. C 48 ss.

²⁹²Por todos, FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München, 1999, § 331, n.m. 3.

²⁹³Expresamente, Kühl, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, München, 1999, § 331, n.m. 1.

²⁹⁴Por todos, FEIJÓO, *Delitos contra la Administración*, cit., p. 1678.

²⁹⁵Así, ASUA, *La tutela del correcto funcionamiento de la Administración, en Delitos contra la Administración pública*, Oñati, 1997, p. 21.

Orientada la concreción del bien jurídico hacia una vertiente objetiva en la que se tenga en cuenta la Administración no en sí misma considerada sino en lo que representa en cuanto al servicio que debe prestar a los ciudadanos, la mayoría de la doctrina actual opta por considerar bien jurídico protegido de los delitos de corrupción, genéricamente, el buen funcionamiento de la Administración²⁹⁶.

Como se afirma en la doctrina italiana, un buen funcionamiento de la Administración, entendido en términos de eficacia de la acción administrativa para la consecución de fines públicos y asociado, en este contexto, a la situación de ajenidad que respecto a intereses particulares ha de observarse en la actuación administrativa²⁹⁷. Ello, se añade, permite fundamentar todas las hipótesis de corrupción, propia o impropia, antecedente o subsiguiente²⁹⁸.

Sin embargo, sintetizando una crítica generalizada, se ha matizado también que al margen de que esta concepción no precisa el bien tutelado, que no puede entonces desarrollar su función crítica e interpretativa, no permite, entre otras cosas, explicar, por ejemplo, concursos con el delito objeto de acuerdo, la punición de la corrupción subsiguiente –también difícilmente el cohecho impropio o incluso el cohecho activo– o la irrelevancia de la reserva mental del funcionario de no cumplir el acto objeto de acuerdo²⁹⁹.

La alusión al correcto funcionamiento de la Administración, bien jurídico categorial o finalidad tuitiva común según diferentes terminologías, constituye una referencia genérica y poco indicativa del contenido sustancial del injusto de cada una de las figuras agrupadas entre los delitos “contra la Administración Pública”, insuficiente además para determinar la necesidad de tutela penal. El núcleo esencial del injusto de cada particular tipo penal de entre los que se enmarcan en la protección de la Administración deberá concretarse por ello a partir de las características esenciales del proceso o función administrativa de que se trate³⁰⁰, esto es, sobre la base de los principios que inspiran cada sector de la actuación administrativa³⁰¹. Así, dicho funcionamiento se convierte en objeto de tutela penal cuando su afección se acompaña de lesión a intereses que puedan cifrarse de forma específica y, aceptado exclusivamente como punto de arranque para averiguar el objeto de protección concreto de estos delitos, ha de sustituirse por otros referentes más concretos³⁰².

.....
²⁹⁶Con ulteriores referencias, DE LA MATA, *Relación concursal entre los delitos de cohecho y prevaricación*, en Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos In Memoriam, Volumen II, Cuenca, 2001, pp. 939 ss.

²⁹⁷Véanse las consideraciones de DE LUCA, *Delitti dei pubblici ufficiali*, cit., p. 273 y 350; Dupuis, *La corruzione*, Padova, 1995, p. 4; y Fiandaca y Musco, *Parte Speciale I*, cit., p. 217.

²⁹⁸Así, PAGLIARO, *Parte Speciale I*, cit., p. 151.

²⁹⁹En estos términos, SEMINARA, *Commentario breve al Codice penale*, Padova, 1999, p. 831.

³⁰⁰Así, DE LA MATA Y ETXEBARRIA, *Malversación...*, cit., p. 114.

³⁰¹Expresamente, GARCÍA, *La prevaricación administrativa*, cit., p. 358.

³⁰²De nuevo, con ulteriores referencias, DE LA MATA Y ETXEBARRIA, *Malversación...*, cit., pp. 102 y 114.

VI. Objeto de tutela de los delitos de corrupción

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

Sin embargo, como en el caso de la tutela de la dignidad y prestigio de la Administración, estamos ante posturas que prescinden del servicio que ésta ha de prestar a los ciudadanos, ofreciendo esa visión autoritaria a que antes se aludía, que acertadamente se insiste en rechazar³⁰³. Pero es que, además, la pureza del ejercicio de la actividad pública no debe significar otra cosa que la actuación en dicho ejercicio de conformidad con los parámetros que concretan jurídicamente cómo ha de desarrollarse el mismo.

Desde este punto de vista, en la doctrina son numerosas las referencias a los principios de igualdad, legalidad y objetividad como bienes jurídicos protegidos en el delito de cohecho –o al menos en alguna de sus modalidades, en especial en relación con el cohecho propio–, alternativamente o, lo que será más frecuente, conjuntamente con otros.

Ha venido existiendo, sin embargo, un cierto acuerdo a la hora de entender que el núcleo fundamental del injusto en las diferentes figuras de cohecho reside en la obtención de un acuerdo ilícito, momento, se dirá, en el que lo que específicamente se conculca es el principio de imparcialidad, pues el funcionario se sitúa en una posición parcial respecto a la futura adopción de un acto propio del cargo –que será la que pueda afectar a aquellos principios–, tanto si, una vez formalizado el pacto, se posterga la efectiva recepción de la ventaja patrimonial, como si ésta se entrega al alcanzarse el acuerdo entre funcionario y particular³⁰⁴.

La idea de imparcialidad –asociada al concepto de eficacia indiferente–, condición esencial para el correcto funcionamiento de la actividad pública, se entiende en este contexto como ausencia de interferencia en la toma de decisiones públicas³⁰⁵ o como deber de los poderes públicos de obrar con neutralidad y objetividad respecto a los intereses privados –con lo que en realidad no es sino una manifestación específica de la idea de legalidad³⁰⁶–, cualquiera que sea su naturaleza, operando como límite externo al buen funcionamiento de la Administración al garantizar la ausencia de arbitrariedad y la desigualdad de tratamiento entre los sujetos destinatarios de los servicios que los poderes públicos vienen obligados a ofrecer a los ciudadanos³⁰⁷, lo que ha permitido incluso considerarlo bien jurídico medial para alcanzar la

.....
³⁰³Por todos, VALEIJE, *Consideraciones...*, cit., pp. 336 y 368.

³⁰⁴En este sentido, véanse las consideraciones de RODRÍGUEZ, *El Delito de Cohecho*, cit., p. 177; y de VALEIJE ÁLVAREZ, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Madrid, 1996, pp. 75 ss.

³⁰⁵Por todos, RODRÍGUEZ, *El Delito de Cohecho*, cit., p. 84.

³⁰⁶Véase sobre esta idea Cugat, *Desviación del interés general*, cit., pp. 104 ss.

³⁰⁷Así, VALEIJE, *Consideraciones...*, cit., p. 368. En la doctrina italiana, por todos, FIANDACA Y MUSCO, *Parte Speciale I*, cit., pp. 217 y 224.

tutela de un derecho fundamental como es la igualdad de todos en la obtención de prestaciones públicas³⁰⁸.

Es cierto que la normativización del interés a tutelar posibilita una interpretación del delito despojada de componentes éticos o morales, así como la exclusión –o la restricción punitiva– de los supuestos en los que el citado interés no se vea seriamente afectado³⁰⁹. Pero, si bien se ha señalado que el principio de imparcialidad viene preterido o puesto en peligro cada vez que los órganos de la Administración mantienen relaciones o sufren influencias por parte de los particulares fuera de las formas previstas en la ley, sometiendo la función pública que desempeñan a la satisfacción directa o indirecta de intereses particulares³¹⁰ y que por eso se justifica la punición de la corrupción propia e impropia, antecedente y subsiguiente³¹¹, se ha criticado, acertadamente, que existen tipos de cohecho –en muchas legislaciones, incluidas la española o la salvadoreña– que o en absoluto o no necesariamente requieren, al menos directamente, una vulneración de la misma, lo que ya muchos autores no pueden dejar de reconocer, y que aunque la imparcialidad puede verse afectada por determinados comportamientos –no con conductas cuya finalidad o referencia sea, por ejemplo, la comisión de un delito que nada tenga que ver con ello–, lo será en el mismo terreno de consideración jurídica, y probablemente con menor evidencia, que por ejemplo la legalidad o la eficacia, según las diferentes modalidades del delito³¹².

Realmente es difícil acertar a comprender en qué medida, por ejemplo, un funcionario vulnera el principio de imparcialidad cuando decide –inducido o no– cometer un delito de falsificación, violación de secretos, uso de información privilegiada o contrabando motivado por la recepción de una dádiva y no en cambio cuando la decisión se toma por la pretensión de obtener un beneficio derivado de la propia comisión delictiva³¹³. La dádiva podrá motivar su conducta, facilitar un mayor empeño en su desarrollo o favorecer la creación de estructuras delictivas, pero que desde luego no es la lesividad del principio de imparcialidad lo que se representa el funcionario como elemento a captar por el dolo parece evidente, salvo en su caso en aquellas actuaciones delictivas relacionadas, por ejemplo, con delitos de prevaricación funcional o judicial o de ciertos abusos en el cargo, en función de la tipificación de cada Código. Cuando se produzca o se pretenda alguno de aquellos delitos, parece que será la tutela del bien jurídico que se trata de garantizar con su previsión la que, con independencia de cualquier otra consideración, puede fundamentar la intervención penal –aunque sea respecto a estadios preparatorios–, pero no la existencia de la dádiva y la supuesta parcialidad que no se concreta a qué afecta.

.....
³⁰⁸ Acerca de la vinculación de este principio con el respeto al principio de igualdad, CUGAT, *Desviación del interés general*, cit., p. 115; RODRÍGUEZ PUERTA, *El Delito de Cohecho*, cit., p. 83; o VALEIJE, *El tratamiento penal*, cit., p. 31.

³⁰⁹ En estos términos, MORALES Y RODRÍGUEZ, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Navarra, 1999, p. 1228.

³¹⁰ Así, ORTS Y VALEIJE, *Comentarios II*, cit., p. 1810.

³¹¹ Entre otros, PAGLIARO, *Parte Speciale I*, cit., p. 151.

³¹² Así, OCTAVIO DE TOLEDO, *Derecho Penal...*, cit., pp. 872 s. Véase la detenida crítica que realiza VIZUETA, *Delitos contra la Administración*, cit., pp. 221 ss. y 225 ss.

³¹³ Piénsese incluso en la calificación como cohecho de la actuación del funcionario que, por precio, accede a abrir las puertas de un depósito público para hacer posible una sustracción, facilita una agresión sexual o, simplemente, omite una labor de vigilancia que permite la comisión de cualquier clase de delito.

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

Y es que, además, si se admite que incluso en las modalidades impropias del delito de cohecho se protege aquélla –es recurrente en la jurisprudencia italiana afirmar que la diferencia entre la corrupción propia e impropia reside en que en el primer caso la parcialidad se transfiere al acto a ejecutar, lo que no ocurre en el segundo³¹⁴–, lo que está claro, es que la imparcialidad sufre una metamorfosis por la que se convierte en un valor absoluto que tiene más en cuenta la idea de fidelidad del funcionario público³¹⁵. Cáusticamente se señala a este respecto que podemos encontrarnos incluso con la incriminación de un peligro de peligro de peligro para la imparcialidad: así, en la instigación a un supuesto de cohecho impropio respecto a un acto no ejecutado³¹⁶ y más aún, cabe añadir, ante un peligro todavía más remoto, en caso de admitir la sanción de la complicidad en tales supuestos.

Por todo ello, parece que cuando se recurre a la idea de imparcialidad para definir el bien tutelado en las diferentes figuras de cohecho se piensa más en aquellas modalidades vinculadas a la conclusión de un acuerdo injusto que es el que, en definitiva, puede conllevar su quiebra. Y aun con todo, sólo en aquellos casos en que el mismo –no el que da lugar a un delito de falsificación o a uno de malversación– se relaciona con la adopción de una decisión no necesariamente constitutiva pero sí en la órbita de lo que tratan de tutelar delitos de carácter prevaricador o de abuso en el cargo. Si cuando la dádiva se orienta a su realización y en tal caso se entiende vulnerado el principio de imparcialidad, desde luego que ello no se debe a la existencia de la misma, sino a la de tales conductas; que la dádiva no aporta un mayor contenido lesivo a la quiebra de la imparcialidad parece evidente.

.....
³¹⁴Véanse ulteriores referencias en DE LUCA, *Delitti dei pubblici ufficiali*, cit., p. 370.

³¹⁵Así, SGUBBI, *Los delitos contra la Administración Pública*, en *Cuadernos de Política Criminal*, 2000, p. 117.

³¹⁶En estos términos, PAGLIARO, *Parte Speciale I*, cit., p. 147.

Pero si, por otra parte, vinculamos la tutela al peligro de que se pueda materializar la actuación injusta que, sin embargo, en sí a veces no se sanciona de forma independiente de no existir la dádiva, qué duda cabe que el motivo de la sanción habrá de cifrarse no en el peligro para la imparcialidad –cuya vulneración no le importa al legislador penal desde el momento en que no sanciona la ejecución del acto injusto o la omisión, o del acto propio del cargo, aisladas de dádiva³¹⁷–, sino en alguna otra explicación asociada a la mera idea de la recepción de un precio por parte del funcionario público.

Por eso, con cierto componente a mi juicio de infracción de un deber –que muchos autores intentan objetivar–, la definición del objeto de tutela se ha tratado de formular a menudo también desde la idea del abuso en sí en el ejercicio de la función pública, aludiendo a la confusión de intereses públicos y privados, a la utilización del cargo en interés propio o, si cabe aún más explícitamente en cuanto a lo que implica la perspectiva bilateral de la corrupción en sentido estricto, a la utilización del cargo para la obtención de un beneficio o lucro ilícito o a la venta de un acto a realizar en el ejercicio del cargo. Si el funcionario atiende la retribución privada, se señalará tratando de abarcar la totalidad de las figuras de corrupción, se puede ya simplemente retrasar la realización del interés público, anteponiendo el cumplimiento de actos que interesan únicamente a determinados particulares³¹⁸.

Estamos ante las tesis que, expresamente referidas a los delitos de cohecho o a figuras similares en el ámbito del enriquecimiento ilícito, han acuñado como bien jurídico los conceptos de no venalidad o no susceptibilidad de comercio, remuneración o compra del desempeño de la función pública³¹⁹.

Tales posturas, obviamente, permiten sancionar conductas en las que no existe un peligro concreto para el servicio público, como en supuestos de cohecho impropio respecto de regalos recibidos en atención al cargo –incluso regalos de despedida–, conductas con independencia de la intención que se tenga al entregar o recibir la dádiva, conductas de cohecho subsiguiente o conductas vinculadas a la realización de actos lícitos y aunque no se demuestre relación alguna entre la retribución y la actividad del funcionario. En definitiva, cualquier hipótesis de corrupción, puesto que, como se ha señalado críticamente, se produce un proceso de transformación que golpea la esencia más característica de lo que es el cohecho –al margen de disputas históricas entre la concepción romana y la concepción germana de la corrupción y, en consecuencia, de la discusión sobre la importancia del acuerdo vinculado a la actuación en el ejercicio del cargo–, pasándose de una dimensión objetiva atenta al hecho a una dimensión subjetiva más atenta al autor³²⁰.

.....
³¹⁷Y la argumentación podría seguir la misma línea que en Italia en las diferentes legislaciones.

³¹⁸Así, PAGLIARO, *Parte Speciale I*, cit., p. 150. Ahora bien, téngase en cuenta que ello también puede ocurrir sin que se atienda retribución alguna; sin embargo, el Derecho Penal no intervendrá en tales supuestos, lo que parece indicar que no será entonces tanto la anteposición de unos intereses a otros lo que interesa evitar, cuanto la aceptación de la retribución.

³¹⁹Ampliamente, DE LA MATA, *La respuesta a la corrupción*, cit., pp. 80 ss.

³²⁰En este sentido, SGUBBI, *Los delitos contra la Administración...*, cit., p. 117.

Se ha afirmado en la doctrina que en todas las figuras de cohecho existe, aunque a modo de objeto de referencia, la preocupación por evitar la actuación pública en interés privado, en el marco de la corrección del servicio que los poderes públicos han de prestar a los ciudadanos, estando presente, además, ese otro particular interés del funcionario que, acaso, pueda suscitarle la oferta que se le hace o que realmente se muestra cuando la insta o la acoge: el enriquecimiento injusto con que se le tienta o que busca y/o encuentra. Ello parece evidente. Pero la protección, se dice también, se dirige más bien hacia uno de los factores que con mayor eficacia puede garantizar esa ausencia de interés privado en las actuaciones públicas, la no venalidad del ejercicio de estas funciones: así, se dirá, la inexistencia de interés privado en los actos de la función podrá ser la *ratio legis*, el criterio de agrupación de las figuras delictivas en estudio, el bien jurídico de esta categoría de delitos, pero es la no venalidad del desempeño de las funciones públicas, en cuanto falta de la cualidad de vendible o expuesto a la venta, lo que se constituye en bien jurídico protegido por la incriminación de todas y cada una de las modalidades de cohecho. Desde esta postura, la no venalidad es el concreto bien jurídico de estos preceptos, que se lesionará en los supuestos de recepción o aceptación por el funcionario de lo que se le ofrece, en los de entrega por la otra parte de lo que el funcionario le solicita o en los de acogimiento por esa otra parte de la solicitud misma, poniéndose en peligro en aquellos supuestos en los que el correspondiente tipo no exija, para su consumación, más que el respectivo ofrecimiento; y en la medida en que la no venalidad abarca la mera exposición a la venta habrá también lesión en aquellos casos en que el delito se consuma con la simple solicitud del funcionario³²¹.

Claro está que esta concepción permite legitimar cualquier figura de cohecho. La cuestión es si el Derecho Penal es el instrumento adecuado de actuación para tutelar esa cualidad en el ejercicio de la función pública. Desde luego, se acomoda perfectamente a la actual regulación de El Salvador, como a muchas otras –no en relación a las penas previstas, diferentes en función de la conducta pretendida del funcionario–, permitiendo justificar incluso la incriminación de conductas de cohecho activo no sólo propio –siempre desde la idea de peligro– y, aún más, respecto a meras ofertas no necesariamente aceptadas.

Ahora bien, que el correcto funcionamiento de la Administración, en cualquiera de sus facetas, se perjudique o pueda perjudicarse con conductas “incorrectas” de recepción de regalos, trascendentes o intrascendentes –o de predisposición a ello–, pero sin vínculo a la ejecución de acto alguno –téngase en cuenta en todo caso la dificultad de formular el propio concepto de venalidad sin definir lo que es vendible o está expuesto a la venta y sin referir el mismo, por tanto, al comportamiento que se pretende del funcionario, que si no es ilícito es difícil vincular a ese anormal funcionamiento de la Administración–, es a mi juicio cuestionable. Y, en tal caso, la proximidad entre la idea de no venalidad –como objeto jurídico realmente protegido, al margen de la *ratio legis* de estos preceptos– y las de infracción del deber del cargo o de prohibición de enriquecimiento del funcionario público derivado del ejercicio de su función en mi opinión es difícil de negar. Por otra parte, que con tal perspectiva adquiere consistencia la sustantividad del delito de cohecho es innegable; pero que, al mismo tiempo, se dificulta la distinción de conductas entre cohecho propio o impropio y la mayor penalidad de unas frente a otras, salvando puntuales observaciones sobre la idea de pluriofensividad, también³²².

.....
³²¹En estos términos, OCTAVIO DE TOLEDO, *Derecho Penal*, cit., pp. 870 a 873.

³²²Véanse ulteriores críticas en VIZUETA, *Delitos contra la Administración*, cit., pp. 236 ss., en particular en relación con el cohecho subsiguiente, pero también cuando la dádiva está desvinculada de un comportamiento concreto o cuando el acto prometido es lícito.

El mantenimiento de esta postura, además, obviamente no permitiría fundamentar la existencia del delito de cohecho en otros ámbitos ajenos al de funcionamiento de la Administración –la denominada corrupción privada, en el sector privado o en los negocios–, que habría que explicar desde tesis próximas sí a la idea de abuso del cargo –si bien desde una posición de poder económico o de otra índole–, pero no a la de no venalidad del ejercicio de la función pública.

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

Una cuestión diferente, por último, es que la privilegiada posición del funcionario pueda favorecer una actuación delictiva y permitir en consecuencia una agravación penal; pero ésta siempre habría que referirla a la tutela de un bien jurídico concreto, fuera cual fuera éste, ya sea en el ámbito de la tutela de los secretos de estado, ya en el de la capacidad probatoria de los documentos o en el de la correcta gestión del patrimonio público, entre otros.

Desde otra perspectiva diferente, una de las tesis que más eco ha tenido en Alemania ha sido la de defender como bien jurídico protegido en el delito de cohecho la confianza pública o de los ciudadanos en el correcto funcionamiento de la Administración, en los principios que lo informan o en las diversas cualidades que han de tener quienes actúan en desarrollo del mismo.

Así, se afirma, por ejemplo, que en un Estado de derecho la confianza de los ciudadanos en el correcto ejercicio de la función pública se lesiona cada vez que las decisiones de la autoridad aparezcan como producto de motivaciones ajenas al cumplimiento de la ley y especialmente cuando exista el peligro de que puedan ser compradas por los particulares³²³ y ello se conozca, habría que añadir, pudiendo lesionarse, en todo caso, también cada vez que el ciudadano vea insatisfechas sus pretensiones, con independencia de que la decisión que le afecta sea correcta, especialmente respecto a actuaciones no regladas³²⁴.

.....
³²³ Así, BACIGALUPO, *Sobre la reforma de los delitos de funcionarios*, en Documentación Jurídica, Volumen 2, 1983, p. 1100.

³²⁴ Véase detenidamente KAISER, *Die Bestechung von Beamten unter Berücksichtigung des Vorentwurfs zur Revision des schweizerischen Korruptionsstrafrechts*, Zürich, 1999, p. 51, aludiendo a la configuración como delitos de peligro abstracto de estos preceptos.

Ya de entrada, que este planteamiento ofrezca una perspectiva diferente de las consideradas hasta ahora dependerá del significado que se dé al concepto de confianza, lo que difícilmente ocurre con aquellas posturas que identifican la misma con el peligro para el interés a que venga referida³²⁵.

Pero, y al margen de esto último, por una parte, la confianza de la sociedad en el correcto funcionamiento de la Administración no es algo específico del delito de cohecho, sino común a muchos de los delitos contra la Administración Pública³²⁶; a todos, seguramente. Y, por otra, determinados comportamientos no son incorrectos porque disminuyan la confianza de los ciudadanos, sino que disminuyen esta confianza porque son incorrectos, de modo tal que la alusión a la misma nada dice todavía sobre el bien jurídico protegido³²⁷. Por muy consolidada que esté la confianza que se tiene en el desarrollo de una institución, el correcto funcionamiento de ésta no puede hacerse depender de la misma –al contrario, será la confianza en una institución la que dependa de su buen funcionamiento–, de igual manera que el desconocimiento de la existencia de un delito no garantiza su ausencia, máxime en un supuesto como el de cohecho cuya cifra negra suele estimarse cercana al noventa por ciento. La Administración no podrá afirmarse que funciona o no conforme a los parámetros constitucionales que legitiman su existencia o, cuando menos, su actuación, por el hecho de que el grado de confianza en ella sea mayor o menor, lo que depende de variables tan lejanas a lo que ha de ser la delimitación de un bien jurídico concreto como la mayor o menor eficacia policial o incluso la mayor o menor transparencia informativa.

Teniendo en cuenta esta perspectiva, pero sin desconocer la importancia del funcionamiento de la Administración en sí mismo considerado, se ha desarrollado también la tesis de la tutela de las instituciones públicas en sus condiciones internas y externas de funcionamiento, afirmando que en los delitos de cohecho es esta doble perspectiva su único objeto de protección. Se aspira, se dirá, a proteger la Administración frente a peligros de diferente orden: en primer lugar, el peligro de que se lesione el funcionamiento de la Administración estatal “desde dentro”, en cuanto la recepción de ventajas tanto para la ejecución de un acto ilícito como lícito representa un mal ejemplo para el desarrollo ético de la función, generándose el peligro de una decisión ilegal –obsérvese de nuevo, sin embargo, la alusión al acto del cargo–; y, en segundo lugar, el peligro de que con el mal ejemplo quiebre la confianza popular en la objetividad e imparcialidad de la Administración, condición de funcionamiento necesaria “desde fuera”³²⁸.

.....
³²⁵ Así, señalan MIR, *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código penal*, Barcelona, 2000, p. 226; o MORILLAS Y PORTILLA, *Los delitos de revelación de secretos*, cit., p. 194, que el bien jurídico tutelado no es tanto la imparcialidad, sino la confianza en la imparcialidad, es decir –dirán–, el peligro para la imparcialidad.

³²⁶ Véanse, en diferentes doctrinas, las consideraciones, entre otros, de DE LUCA, *Delitti dei pubblici ufficiali*, cit., p. 274; KAISER, *Bestechung*, cit., p. 51; u OLAIZOLA, *El delito de cohecho*, cit., p. 99.

³²⁷ Así, VIZUETA, *Delitos contra la Administración*, cit., p. 209.

³²⁸ En estos términos, RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Neuwied, 1997, n.m. 7 antes del § 331 y § 331, n.m. 4. Véase también LOOS, “*Zum Rechtsgut der Bestechungsdelikte*”, en *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, Berlin-New York, 1974, pp. 879 ss. Igualmente, BACIGALUPO, *Sobre la reforma*, cit., pp. 1098 ss.; y OLAIZOLA, *El delito de cohecho*, cit., p. 111.

Ahora bien, se puede compartir que el delito de cohecho implica una mezcla de intereses públicos con intereses privados que puede perjudicar el funcionamiento de la Administración –no necesariamente, si las actuaciones finalmente llevadas a cabo no lesionan interés alguno, particular o general– y puede frustrar las expectativas que los ciudadanos tienen en ella, aspectos ambos que se perturban si el ciudadano sabe que tiene que pagar los servicios de la Administración –supuestos en mi opinión, no obstante, más vinculados a la concusión y, en consecuencia, ajenos al cohecho– o que el funcionario a cambio de dinero está dispuesto incluso a cometer un delito –por la peligrosidad, abstracta, de su actitud–, aunque finalmente no llegue a cometerlo. No creo, sin embargo, que ello pueda constituir el objeto de protección del delito. En primer lugar, porque ese conocimiento es difícilmente constatable, pero es que, aunque lo fuera, si dicho dinero no llegara a ofrecerse o a solicitarse nunca, ¿Cómo podría afirmarse que se está perturbando la correcta prestación de servicios públicos o incluso, desde las perspectivas denostadas, que el funcionario está quebrando su deber de fidelidad para con la institución por la mera predisposición que puede tener, en un momento dado, a la comisión de un delito cuando, por ejemplo, nunca existiera nadie dispuesto a participar en la contraprestación? En aquellos Estados tradicionalmente asociados con la idea de corrupción, no es ni siquiera la constatación pública de ésta lo que perjudica su desarrollo democrático desde la idea de eficacia indiferente, sino su misma existencia. Por eso, y en otros términos, lo que hay que plantearse es si dejaría de ser necesario someter a la intervención penal las conductas constitutivas de cohecho cuando se tuviera la certeza de que las mismas nunca iban a ser conocidas por la opinión pública, pero si la respuesta fuera negativa, difícilmente podría cifrarse el objeto de tutela entonces en la confianza sobre su inexistencia³²⁹.

Por último, particularmente en la explicación de las diferentes modalidades del delito de cohecho propio, varios autores se han referido al carácter pluriofensivo del mismo, al menos en alguna de las modalidades que el mismo puede presentar³³⁰. Es frecuente también, sobre todo en las argumentaciones de la doctrina alemana, pero también en España o Italia, la vinculación de todas las diferentes figuras tanto a las perspectivas que cifran la tutela en el correcto funcionamiento de la Administración conforme a parámetros constitucionales como a las que insisten en la idea de venalidad o incluso en la de la instrumentalización del cargo³³¹.

Ahora bien, prescindiendo de consideraciones sobre la *ratio legis* del grupo de figuras en su conjunto, su bien categorial o la definición del objeto de tutela desde perspectivas complementarias, lo que realmente puede afectar a la delimitación típica y a la interpretación de los diferentes elementos del delito es sin duda la idea de la pluriofensividad en concreto de una o varias modalidades de cohecho –de cohecho propio–, entendiéndose, por ejemplo –en la postura más argumentada–, que se tutela la imparcialidad y además la legalidad, pues ello permitiría explicar su mayor penalidad respecto al resto de figuras.

.....
³²⁹ Para una crítica específica a estas posturas, VIZUETA, *Delitos contra la Administración*, pp. 212 ss.

³³⁰ Específicamente, RODRÍGUEZ, *El Delito de Cohecho*, cit., pp. 88 y 140.

³³¹ Véanse las detenidas consideraciones desde esta perspectiva plural, que permite tomar en consideración intereses tan diversos como la obligación del servicio, la pureza en el ejercicio de la Administración y la confianza en ella misma, la ausencia de venalidad, remunerabilidad o comerciabilidad de la actuación administrativa, el falseamiento de la voluntad estatal, la confianza en la objetividad de las decisiones públicas o la capacidad de funcionamiento de la Administración, de Graupe, *Die Systematik und das Rechtsgut der Bestechungsdelikte*, München, 1988, pp. 109 ss.; y de Jaques, *Die Bestechungstatbestände unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses der §§331 ff. StGB zu §23 UWG*, Frankfurt am Main, 1996, pp. 36 ss.

Esta construcción, en todo caso, sigue presentando las limitaciones de referir la idea de imparcialidad y, en este caso, también la de legalidad a unas actuaciones posteriores que, por ejemplo, en la órbita de las falsedades o el contrabando nada tienen que ver con ambos principios. Sí, en cambio, si restringimos las mismas al ámbito de la prevaricación, el abuso del cargo o los actos arbitrarios –en la diferente terminología usada para definir esta clase de infracción penal– o de las simples actuaciones ilícitas que no llegan a dar lugar a delito alguno. Pero la distinción entre la idea de legalidad y la de imparcialidad en tales casos se antoja difícil, en cuanto aunque no todo lo que es ilegal es parcial, sí es ilegal todo lo que es parcial. Ello con independencia, además, de cómo se resuelvan los supuestos en que la puesta en peligro de la legalidad se materializa en una lesión, que sin duda debiera excluir la sanción de aquélla, no siendo tal, sin embargo, la postura que acostumbra a mantenerse³³².

Esta idea de la pluriofensividad ofrece sin duda una perspectiva de análisis interesante en cuanto puede permitir explicar la diferente penalidad que se prevé para las diferentes figuras del cohecho; los problemas que plantea, sin embargo, surgirán precisamente –con independencia de las consideraciones críticas expuestas en relación con cada una de las propuestas anteriormente aludidas en relación con los diferentes objetos de tutela descritos– si de la misma no se obtienen criterios que permitan explicar la vinculación entre los tipos más graves de cohecho y el resto de delitos contra la Administración que puedan pretender la tutela de intereses similares o equivalentes a los ya tenidos en cuenta en la calificación pluriofensiva de aquéllos.

VIII. Conclusiones

Es evidente que la atención penal que debe merecer el fenómeno de la corrupción obliga a delimitar el interés que, necesitado de tutela, se entiende vulnerado con el mismo, más allá de desvaloraciones acerca de la reprobación que puedan merecer tanto el posible enriquecimiento injustificado del funcionario como la conducta influenciadora del particular, lo que sólo es posible analizando el perjuicio que se deriva de la actuación corrupta.

Es difícil, no obstante, concretar dicho perjuicio de forma unitaria, en cuanto, aun cuando en la mayoría de legislaciones todavía hoy la figura del cohecho –en sus modalidades de corrupción del funcionario o al funcionario– se ubique exclusivamente entre los delitos contra la Administración, los comportamientos corruptos surgen tanto en el sector público como en el sector privado, afectando a intereses tan diversos como la tutela de la competencia, el libre desenvolvimiento de los mercados o la toma de decisiones sin interferencias en procesos políticos, entre otros. Seguir manteniendo un único concepto de corrupción para definir conductas que pueden afectar a bienes jurídicos muy diversos, además de los equívocos que puede generar, va a suponer constatar que si bien dicho concepto refleja claramente la clase de conducta que pretende describirse –enriquecimiento derivado de la instrumentalización ilícita de una ocupación que se pone al servicio de una persona ajena a ella– no ocurre lo mismo con el desvalor que se le puede atribuir en cuanto el mismo no va a poder concretarse si no se especifica cuál es a su vez el desvalor de la conducta que desea obtenerse con la contraprestación económica y el ámbito de actuación en que se desenvuelve la persona corrupta.

.....
³³²A este respecto, DE LA MATA, *La respuesta a la corrupción pública*, cit., pp. 205 ss.

Restringiendo el fenómeno de la corrupción al campo de actuación de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos –más que al ámbito de funcionamiento de la Administración, ya que nada tienen que ver con éste, por ejemplo, conductas de blanqueo de capitales, falsedades o fraudes de subvenciones prometidas o realizadas a cambio de un precio– desde un primer momento se ha dudado de la sustantividad de las figuras de cohecho al remitirse la descripción de su contenido típico, en la mayoría de los preceptos, a la realización de otro comportamiento para delimitar una responsabilidad a la que, sin embargo, parece dar contenido el lucro que proviene del particular.

La vinculación con una actuación ajena a la solicitud o la recepción de una dádiva en sí mismas consideradas, aunque menos evidente cuanto menor sea la gravedad de la figura de cohecho considerada, es obvia –se exija o no para delimitar explícitamente lo injusto–, tanto desde la tradición histórica como desde la regulación vigente en casi todos los ordenamientos. Por ello, incluso aunque no tomemos en consideración otra clase de cohechos vinculados a ámbitos económicos o políticos, es difícil pretender encontrar un único objeto a tutelar frente a las diferentes conductas de corrupción funcional, teniendo en cuenta que se puede cohechar tanto para prevaricar como para falsificar, tanto para participar en delitos de blanqueo como para omitir la persecución de un delito. Ello quizás obligue a entender que en realidad el bien jurídico tutelado –plural– dependerá de cuál sea el acto delictivo contrapartida de la dádiva pactada, al menos cuando sea eso lo que se pretende³³³.

Puede, no obstante, entenderse que su sustantividad surge de aceptar que lo que se sanciona en los diferentes tipos es meramente la instrumentalización del cargo para la obtención de un beneficio económico. Ello debería llevar a entender que el desvalor de la conducta es el mismo cuando el acto objeto de acuerdo es o no delictivo o ni siquiera ilícito e incluso cuando no exista acuerdo alguno. Pero entonces será difícil tanto comprender la diferenciación de conductas que proponen las diversas legislaciones –distinguiendo el cohecho propio del impropio, en sus diversas variantes– como tratar de definir el objeto de tutela a partir del puro dato del enriquecimiento o de su pretensión. Cuanto más fijemos la atención en los tipos de cohecho impropio, si bien más fácilmente podemos defender su autonomía respecto a otros delitos cometidos por el funcionario en el ejercicio de su cargo, también es cierto que ésta no será sencillo que pueda basarse en otra idea que no sea la de elevar a la categoría de delito autónomo “el ofrecimiento y la recepción de un precio” o incluso la simple posibilidad de que éste llegue a ofrecerse o a recibirse. Entender que en tales casos estamos más allá que ante un juicio moral de reproche tutelando un interés vinculado a la satisfacción de necesidades personales o la participación de la persona en el sistema social no parece sencillo ni desde las construcciones del abuso del cargo³³⁴.

Lo cierto es que de entre las tesis que, al margen de las hoy menos atendibles propuestas cifradas en la vulneración de deberes, han intentado proponer un objeto de tutela desvinculado del acto para el que se solicita o recibe la dádiva o presente, las que más acogida han tenido han sido las que atienden a las ideas de imparcialidad, por una parte, y no venalidad, por otra.

.....
³³³Mantiene claramente esta posición VIZUETA, *Delitos contra la Administración*, cit., pp. 274 ss.

³³⁴De ahí que, entendiendo que lo único que se lesiona es la honradez o integridad de la condición de funcionario público –interés, dirá, que no es en todo caso merecedor de tutela pena- propongamos VIZUETA, *Delitos contra la Administración*, cit., pp. 237 ss. y 304 s., la despenalización de las conductas de cohecho impropio.

Pero como antes señalaba, no se comprende, sin embargo, de qué modo, por ejemplo, un funcionario vulnera el principio de imparcialidad cuando decide cometer un delito de falsificación o malversación motivado por la recepción de una dádiva y no en cambio cuando la decisión se toma por la pretensión de obtener un beneficio derivado de la propia comisión delictiva. Cuando se produzca o se pretenda alguno de tales delitos parece que debiera ser la tutela del bien jurídico que se trata de garantizar con su previsión la que, con independencia de cualquier otra consideración, puede fundamentar la intervención penal –desde la punición de la preparación o la tentativa del delito–, no la existencia de la dádiva y aunque quiera destacarse la importancia de ésta. En las figuras de cohecho propio no vinculadas a la comisión de un delito es difícil también tratar de concretar en qué consiste la quiebra o puesta en peligro del principio de imparcialidad a que se alude en la doctrina, ya que si se prescinde de la dádiva los comportamientos dejarían de ser relevantes penalmente, con lo cual o no hay lesión del principio de imparcialidad o la misma sólo interesa si a ella se añade la posibilidad de enriquecimiento personal, con lo que sería entonces éste lo que realmente trata de evitar el legislador. Y si se admite, por otra parte, que incluso en las modalidades impropias del delito de cohecho se protege tal principio, lo que está claro es que la idea de imparcialidad presentará una caracterización por la que se convierte en un valor peligrosamente próximo a las ideas de infidelidad o deslealtad en la gestión pública.

En cuanto a la ausencia de venalidad, también se señalaba la dificultad de formular el objeto de tutela sin definir lo que es vendible o está expuesto a la venta y referir el mismo, por tanto, al comportamiento que se pretende del funcionario, con la consecuente necesidad de considerar el interés que éste vulnera. Si se prescinde de él, la proximidad entre la idea de no venalidad y la de infracción del deber del cargo o la prohibición de enriquecimiento del funcionario es difícil de evitar, en cuanto es difícil encontrar en dicha idea en sí menoscabo alguno para el funcionamiento de la Administración. No se explica, en este sentido, cómo su quiebra puede afectar la satisfacción de necesidades personales si la venalidad no se traduce en la adopción de un acuerdo perjudicial para intereses particulares, la omisión de un acto debido, su retraso o un condicionamiento de la índole que sea en la obtención de un servicio público.

Y, por lo que respecta a la posible pluriofensividad de alguna de las figuras de cohecho, referida a la puesta en peligro del objeto de tutela en relación con el ilícito cometido con el acto a ejecutar por el funcionario, que se suma a la instrumentalización del cargo, en el modo en que ésta se quiera definir, ofrece una perspectiva de análisis interesante, en cuanto puede permitir explicar la diferente penalidad que se prevé para las diferentes figuras de cohecho y distinguir el propio del impropio; los reparos que suscita surgen, sin embargo, como ante indicaba –y al margen de las consideraciones críticas formuladas respecto a cada uno de los intereses que conformen el objeto plural de tutela–, si de ella no se obtienen criterios que permitan explicar la vinculación entre los tipos más graves de cohecho y el resto de infracciones contra la Administración que tutelen intereses equivalentes a los tomados en cuenta en la calificación pluriofensiva de aquéllos³³⁵.

³³⁵Ampliamente a este respecto, DE LA MATA, *La respuesta a la corrupción pública*, cit., pp. 205 ss.

Sin duda ha de buscarse en el dato del enriquecimiento la explicación del cohecho pasivo; y en el de su favorecimiento la del activo. Pero ello resulta insatisfactorio, particularmente pero no sólo por esto, dada la diversidad de penas previstas en atención al acto a ejecutar o a que se ejecute o no acto alguno. Si, más aún, se entienden los preceptos –y en particular los que refieren la corrupción al funcionario– desconectados del hecho que se pretende que se ejecute –inmediatamente o no– e, incluso, del cohecho pasivo, propio o impropio, la trascendencia que se da al dinero como “elemento corruptor”, con independencia de que corrompa o no o de que aún corrompiendo implique lesividad penalmente relevante de alguna clase, es cuestionable con respecto a los parámetros en que ha de moverse el Derecho Penal.

De ahí que sean merecedoras de atención las propuestas de despenalización de algunas conductas de corrupción³³⁶–buena parte de la doctrina ya se ha posicionado en tal sentido en relación con determinadas conductas de cohecho impropio, sobre todo en relación a la sanción del particular– que comparto plenamente cuando no se pretende acto ilícito alguno o cuando el que se pretende, aun siéndolo, no es delictivo; y, aquí ya con matizaciones –dependiendo de la naturaleza jurídica que se le asigne al cohecho en relación con otros tipos delictivos así como de la relación concursal que con ellos se proponga³³⁷– cuando el acto pretendido es delictivo, pues la sanción de la corrupción en estos supuestos podría entenderse necesaria –no habría ya problemas de merecimiento de pena– como adelantamiento y extensión de la intervención penal en aras a proteger bienes jurídicos a cuya tutela se dirigen también los delitos contraprestación de la dádiva al existir un referente al que poder vincular la antijuridicidad material de la conducta, que es lo que entiendo imposible de hacer en el resto de figuras de cohecho.

Téngase en cuenta que el posible acto objeto de acuerdo en sí mismo considerado es irrelevante penalmente en muchos supuestos de corrupción, con la dificultad entonces de encontrar a partir de él un bien jurídico merecedor y necesitado de tutela. Lo que lo hace relevante es que por o para su “posible comisión” entra en juego la solicitud, recepción, promesa o aceptación de una dádiva, con lo que es ésta en realidad la que da la auténtica medida del desvalor que el legislador asigna a las diferentes modalidades típicas de cohecho –más aún, si no existe acto alguno que ejecutar–, al margen de la incongruencia penológica que produce entonces la distinción entre cohecho propio e impropio y la diferenciación de penas que la misma conlleva. ¿Pero por qué además sancionar al funcionario cuando dicta una resolución parcial –o actúa de cualquier otra manera– por precio y no por otro tipo de favoritismo? ¿Por qué cuando se abstiene de intervenir por la promesa de recibirlo y no por falta de diligencia? Es difícil de entender. Y aun suponiendo la existencia de una explicación perfectamente justificada, la diferenciación penológica de las diversas conductas tipificadas se escapa a toda lógica.

.....
³³⁶Véanse las consideraciones de VIZUETA, *Delitos contra la Administración*, cit., pp. 229 ss. y 313 ss.

³³⁷Sobre el modo de entender la vinculación entre unos y otro, detenidamente, DE LA MATA, *La respuesta a la corrupción pública*, cit., pp. 283 ss.

En definitiva, no creo que pueda afirmarse la existencia de un bien jurídico que satisfaga las características que de tal concepto deben derivarse en el análisis de todos los preceptos dedicados a los delitos de corrupción. Se trata en realidad de sancionar un enriquecimiento indebido o la instrumentalización del cargo para su consecución. Pero de entenderse que ello implica un desvalor penalmente relevante el mismo puede perfectamente tenerse en cuenta con agravantes que atiendan la actuación por precio o en abuso del cargo cuando la conducta ejecutada, intentada o incluso –según los casos– preparada sea delictiva.

Cuando no lo sea la intervención penal se antoja demasiado anticipada por la mera presunción de una posible futura actuación delictiva que, si no lo es, no se acierta a ver por qué ha de sancionarse.

Lo que han de procurarse son férreos controles administrativos (y disciplinarios) y políticos que impidan comportamientos ajenos a un correcto servicio público libre de interferencias privadas y en que no sea posible un enriquecimiento no derivado del cargo sino conseguido con el cargo. Por mucho que pretendamos calmar reivindicaciones populares, dar apariencia de compromiso en la lucha contra la corrupción y obtener réditos políticos electorales con el Derecho Penal, la cifra negra en el ámbito de los delitos de cohecho no va a disminuir. Lo que sí puede hacerla disminuir es la eficacia en el control de los comportamientos potencialmente corruptos, la transparencia en la gestión pública y el estricto sometimiento de los empleados públicos a la normativa administrativa (bajo control de supervisión) en el desarrollo de sus funciones

Bibliografía

- 📖 ASUA, “La tutela del correcto funcionamiento de la Administración”, en Delitos contra la Administración pública, Oñati, 1997.
- 📖 BACIGALUPO, “Sobre la reforma de los delitos de funcionarios”, en Documentación Jurídica, Volumen 2, 1983.
- 📖 CUGAT, La desviación del interés general y el tráfico de influencias, Barcelona, 1997.
- 📖 DE LA MATA BARRANCO Y ETXEBARRIA, Malversación y lesión del patrimonio público, Barcelona, 1995.
- 📖 DE LA MATA BARRANCO, La respuesta a la corrupción pública, Granada, 2004.
- 📖 DE LA MATA, “El bien jurídico protegido en el delito de cohecho”, en Revista de Derecho Penal y Criminología, nº 17, 2006.
- 📖 DE LA MATA, “Relación concursal entre los delitos de cohecho y prevaricación”, en Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos In Memoriam, Volumen II, Cuenca, 2001.
- 📖 FEIJÓO, “Delitos contra la Administración Pública: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas”, en La Ley, 1997-2.
- 📖 FIANDACA Y MUSCO, Diritto Penale. Parte Speciale, Volume I, Bologna, 1997.

- 📖 GARCÍA, *“La prevaricación administrativa y otros comportamientos injustos”*, en Revista Aragonesa de Administración Pública, nº 11, 1997.
- 📖 GÓMEZ, *Urbanismo, función pública y Derecho Penal*, Granada, 2000.
- 📖 GONZÁLEZ, *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, Valencia, 1997.
- 📖 KÜHL, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, München, 1999, § 331, n.m. 1.
- 📖 MIR, *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código penal*, Barcelona, 2000.
- 📖 MORALES Y RODRÍGUEZ, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Navarra, 1999.
- 📖 MORENO Y RUEDA, *Código Penal de El Salvador Comentado*, T. II, San Salvador, 2004.
- 📖 MORILLAS Y PORTILLA, *“Los delitos de revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho impropio y tráfico de influencias”*, en *Comentarios a la legislación penal*, Tomo XVI, Madrid, 1994.
- 📖 NIETO, *Corrupción en la España democrática*, Barcelona, 1997.
- 📖 OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación del funcionario público*, Madrid, 1980.
- 📖 ORTS Y VALEIJE, *Comentarios al Código Penal de 1995*, Volumen II, Valencia, 1996.
- 📖 PAGLIARO, *Principi di Diritto penale, Parte Speciale I, Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2000.
- 📖 RODRÍGUEZ, *El Delito de Cohecho, Problemática Jurídico-Penal del Soborno de Funcionarios*, Navarra, 1999.
- 📖 VALEIJE, *“Consideraciones sobre el bien jurídico protegido en el delito de cohecho”*, en *Estudios Penales y Criminológicos*, T. XVIII, 1995.
- 📖 VIZUETA, *Delitos contra la administración pública: estudio crítico del delito de cohecho*, Granada, 2003.

● DOLO, CULPA Y OMISIÓN EN EL LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS: UN ENFOQUE DESDE LA TEORÍA DEL DELITO Y EL DERECHO PENAL ECONÓMICO

A Papá Carlos in memoriam.

Carlos Ernesto Sánchez Escobar

Sumario

Introducción. I. La forma de imputación dolosa en el delito de lavado de dinero. 1. Cuestiones generales sobre el dolo. 2. La concreción del dolo en el delito de lavado de dinero. 3. La valoración de los hechos como objeto del dolo. 4. El conocimiento del origen de los bienes procedente del lavado de dinero. 5. La llamada ceguera intencional y el dolo eventual. II. Aspectos de la culpa en materia de legitimación de capitales. 6. Fundamentos del delito culposo. 7. Cuestiones político criminales sobre la culpa y las formas delictivas de lavado de dinero. 8. La configuración del delito de lavado de dinero por culpa. 9. Críticas a la punición del lavado de dinero culposo. 10. Las formas de incriminación de la culpa en la ley de lavado de dinero y activos. III. El delito de omisión respecto del lavado de dinero. 11. Generalidades del delito de omisión. 12. La omisión propia. 13. La omisión impropia. 14. Fuentes de la posición de garante. 15. La posición de garante. IV. Responsabilidad de los órganos de dirección y de los empleados de los sujetos obligados mediante omisión a sus deberes de comunicación. 16. Incumplimiento del examen de las obligaciones atribuidas por ley. 17. La omisión de comunicación. 18. La posición de garante de los órganos de dirección y empleados en el lavado de dinero. 19. La posición de garante y el deber de informar. 20. La posición de garante de los directivos y funcionarios. 21. La posición de garante del empleado. 22. El deber jurídico de actuar respecto de los directivos y empleados. 23. Imputación penal respecto del empleado por omisión. 24. Omisión y participación en estructuras jerarquizadas. Bibliografía.

Introducción.

La presente elaboración constituye un trabajo de investigación sobre una temática clave en la dogmática jurídico penal –como lo son el dolo, la culpa y la omisión– pero vinculados a las tipologías propias de los delitos de lavado de dinero y activos; ahora bien, si estos temas son de por sí relevantes en el Derecho Penal, y su abordaje siempre presenta cuestiones polémicas, resultan más discutidos cuando se vinculan a un área tan compleja como la es el blanqueo de dinero.

En razón de lo anterior, el tema elegido pretende cubrir aspectos esenciales en materia de lavado de dinero, por un lado la cuestión de la llamada imputación subjetiva, y las dificultades de comprobación que la misma presenta en el ámbito práctico, así como las respuestas dadas en la teoría penal a esa problemática; desde otra perspectiva, la relevancia del no actuar por algunos sujetos que en razón de su vinculación a las instituciones que aparecen como sujetos obligados en materia de lavado de dinero, tienen el deber de control, vigilancia, y comunicación de operaciones que puedan ser consideradas como irregulares y que por ende, ameritan una investigación para prevenir y reprimir el blanqueo de capitales, lo cual da paso a cuestiones de imputación por culpa y omisión.

En esa perspectiva, se desarrollan tres temas diferentes pero vinculados, por medio de los cuales se pretende examinar aspectos nebulosos que se presentan en la actividad de lavado de dinero y activos. Se hizo necesario para efectos metodológicos, iniciar cada eje temático con una breve fundamentación de carácter general sobre la categoría penal respecto de la cual se reflexiona, y ello no es ocioso, por cuanto, estas cavilaciones están destinadas a todos los operadores del sistema penal, algunos versados en esta materia, otros recién iniciados, para estos últimos es necesario contar con un adecuado marco de referencia, que los sitúe de manera simplificada en la institución dogmática que se comenta, para tal fin, he sido parco –o al menos eso espero– y sólo se han abordado las cuestiones que son estrictamente necesarias para el desarrollo del tema.

Al examinar la cuestión del dolo se han examinado tres particularidades que considero importantes, la concreción del dolo en materia de lavado de dinero, así como el conocimiento de los hechos y del origen de los bienes, temas nada pacíficos y de importancia para la demostración de las conductas típicas, se ha elaborado también un apartado sobre la figura de la llamada ceguera intencional, dada la relevancia que de *lege ferenda* tiene ésta doctrina indicándose su similitud con la figura del dolo eventual.

En materia de imputación culposa, se presenta el panorama que domina en la actual política criminal sobre la imprudencia, y la concreción de ésta en las conductas relativas al lavado de dinero, cuestión polémica la opción de tipificar de manera culposa ciertas conductas de blanqueo de capitales, y por ello, se exponen en cuanto a su fundamentación y crítica, haciendo una revisión del modelo salvadoreño.

Se aborda la temática de la omisión respecto del lavado de dinero, en un panorama actual, el de la responsabilidad que tienen los órganos de dirección, los funcionarios y los empleados, de aquellas instituciones financieras y económicas que aparecen como obligadas para prevenir y coadyuvar a la persecución de los delitos de lavado, básicamente mediante la figura del deber de información, sobre tal aspecto se examinan las actuales formas de imputación por omisión, con énfasis en la posición de garante que tienen los mismos.

Por último conviene indicar, que los temas han sido abordados desde nuestra realidad, pero con un estricto soporte de la doctrina penal comparada, ello es necesario para la completa comprensión de los problemas que se originan en el entramado legal y se ha hecho el esfuerzo –espero que cumplido, lo cual en su momento lo calificará el lector– de concretar esas complejidades doctrinarias con el desarrollo normativo que impera en el país.

I. La forma de imputación dolosa en el delito de lavado de dinero.

1. Cuestiones genéricas sobre el dolo.

El dolo pertenece al aspecto subjetivo del tipo penal –de entre otros elementos de la misma índole– y es la forma más usual de imputación subjetiva, en la tipificación de las figuras delictivas³³⁸. El dolo es el conocimiento y voluntad de realizar la conducta determinada en el tipo objetivo³³⁹; así, la conducta dolosa acontece cuando el agente conoce el hecho y además quiere su realización o cuando acepta tal realización previéndola como posible.

Si realizar una conducta dolosa significa realizar la conducta tipificada en la norma penal, conociendo lo que se hace y queriendo además su realización, es necesario señalar, que el dolo se integra por dos elementos, uno de ellos es de carácter intelectual o cognoscitivo y se vincula al conocimiento de la realidad que percibe el sujeto, de ahí la caracterización de elemento cognitivo –el sujeto conoce la realidad que le circunda– el otro elemento es el denominado volitivo y ésta vinculado al querer de realización, es decir a la voluntad de hacer o no hacer³⁴⁰.

El elemento cognoscitivo, es por así decirlo, el momento intelectual del dolo y comprende: (a) el conocimiento de todas las circunstancias del hecho; (b) la previsibilidad del desarrollo del evento que se ejecutó, incluida la causalidad; (c) el conocimiento del resultado. De ahí que al elemento de conocimiento que requiere el dolo, haga necesario que el sujeto conozca, los elementos que constituyen el tipo penal³⁴¹.

Se ha indicado que este conocimiento debe ser efectivo y actual y no potencial³⁴², lo que significa, que debe tratarse de un conocimiento efectivo que inclusive puede ser actualizable; esto último significa, que dicho conocimiento debe preexistir y además ser conocido, y aunque no se considere al momento de ejecutar el acto, se sabe sobre el hecho que se ejecuta; el dolo debe abarcar necesariamente los diversos elementos que estructuran el tipo penal, tanto aquellos de índole descriptivos, como los normativos –aunque respecto de los elementos normativos existe una renovada discusión sobre los ámbitos de su ubicación– además debe cubrir, las circunstancias genéricas o específicas que concurren como agravantes al tipo penal, e inclusive debe abarcar los elementos subjetivos del tipo penal distintos del dolo.

³³⁸Sobre ello MAURACH Reinhart, ZIPF Heinze, *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible. Traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Editorial Astrea. Buenos Aires. Argentina 1994 p 376.

³³⁹ Así se indica que por dolo debe entenderse: “la voluntad consciente de realizar el tipo objetivo de un delito”, TERRADILLOS BASOCO Juan María, *Teoría Jurídica del Delito*, en “Ciencias Penales”. Monografía. Consejo Nacional de la Judicatura. San Salvador. El Salvador. 2001, p. 102.

³⁴⁰ En tal sentido HASSEMER Winfried, *Los Elementos característicos del dolo*. Traducción de María del Mar Díaz Pita en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. 1990. Madrid. España, 1990, p. 927.

³⁴¹ Por ejemplo señalando ese aspecto: STRATENWERTH Günter, *Derecho Penal. Parte General*. I. El Hecho punible. 4ª edición totalmente reelaborada. Traducción de Manuel Cancio Melia y Marcelo A. Sancinetti. Hammurabi. Buenos Aires. Argentina. 2005, p. 175; ZIELINSKI Diethart, *Dolo e Imprudencia*. Traducción de Marcelo A. Sancinetti. Hammurabi. Buenos Aires. Argentina. 2003, p. 25; BACIGALUPO Enrique, *Hacia el nuevo Derecho Penal*. Hammurabi. Buenos Aires. Argentina. 2006, p. 315; CASTILLO GONZÁLEZ Francisco *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2008, p. 533.

³⁴² VELÁSQUEZ V. Fernando, *Derecho Penal. Parte General*. Tercera Edición. Temis. Bogotá. Colombia. 1997, pp. 407 a 408.

Debe señalarse que sobre el conocimiento de estos elementos, por parte del sujeto no se requiere una intelección técnico-jurídica, sino sólo un conocimiento natural, que es lo que se ha denominado “valoración en la esfera del profano”³⁴³, es decir, se encuentra referido a una comprensión sustancialmente fáctica respecto del suceso que se desarrolla ante el agente del delito y del cual participa en su realización, dicha valoración se encuentra desprovista entonces de un sentido estrictamente normativo, por lo cual la exigencia para el sujeto es más de índole real en cuanto a las circunstancias del suceso que desarrolla su conducta.

El dolo además –de al menos por lo que sostiene la generalidad de la doctrina³⁴⁴– se estructura por el elemento volitivo o conativo³⁴⁵, es decir, con la voluntad de querer realizar la conducta prohibida por el tipo penal, o de incumplir el mandato que impone; este elemento es trascendental en la configuración del dolo, porque a partir de la concurrencia del llamado elemento volitivo, es posible entender que para configurar al dolo, no es suficiente el conocimiento del hecho, es decir de los elementos del tipo penal y de la precisión de su desarrollo, sino que es necesario que el sujeto decida cometer el hecho, es éste el segundo momento del dolo, que del conocimiento completo del hecho pasa a su realización voluntaria.

De los alcances del elemento volitivo, parte la diferenciación más proverbial que se hace sobre el dolo, en el sentido de entender un dolo directo o de primer grado, un dolo de consecuencias necesarias o de segundo grado, y un dolo eventual³⁴⁶. El dolo directo se dice asume dos modalidades, el dolo directo o inmediato –de primer grado– es aquel en el cual el agente, persigue de manera directa la realización del hecho típico. En cambio en el dolo directo de segundo grado –mediato– también conocido como de consecuencias necesarias, el autor para realizar la finalidad delictiva que se ha propuesto ejecutar –cometer un hecho punible– asume los efectos concomitantes que se deriven de manera inevitable del desarrollo de sus actos.

Punto esencial, es la consideración del denominado dolo eventual, y la relevancia de este arquetipo, radica en su íntima vinculación con la llamada culpa representada³⁴⁷. Dolo eventual es aquel, en el cual el sujeto se representa la posibilidad de un resultado correlativo al desarrollo de sus actos, y tal resultado lo incluye en su voluntad de realización³⁴⁸.

343 Ver MEZGER Edmund, *Derecho Penal. Parte General. Libro de Estudio*. Traducción de Ricardo C. Núñez. Cárdenas Editor. México D.F. 1985, p. 238.

344 También en el pensamiento penal se argumenta que el elemento decisivo del dolo es el conocimiento, y la cuestión de la voluntad sería prescindible. Confrontar por ejemplo. ROMEO CASABONA, Carlos María, *Sobre la estructura monista del dolo. Una visión crítica*, en Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad. Hans Joachim Hirsch. José Cerezo Mir. Edgardo Alberto Donna. Directores. 1ª edición. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. Argentina. 2005, pp. 451 a 483.

345 BUSTOS RAMÍREZ Juan, *Derecho Penal. Tomo I. Fundamentos del Derecho Penal y Teoría del delito y el sujeto responsable*. Segunda Edición. LEYER. Bogotá. Colombia. 2008, p. 591. DÍAZ PITA María, *El Dolo eventual*. Tirant Lo Blanch. Valencia. España. 1994, p. 48

346 CASTILLO GONZÁLEZ Francisco, *El Dolo. Su estructura y sus manifestaciones*. Editorial Juritexto. San José. Costa Rica. 1999, p. 267.

347 ZIELINSKI Diethart, *Dolo e Imprudencia*. Traducción de Marcelo A. Sancinetti. Hammurabi. Buenos Aires. Argentina. 2003, p. 84.

348 Se indica sobre el dolo eventual: “Ante todo la configuración del dolo eventual tiene como presupuesto que el sujeto actúe sin el fin de cometer el delito, pues en caso contrario actuaría con dolo intencional. Antes bien el agente debe representarse la comisión de un delito solamente como consecuencia posible de una conducta dirigida a alcanzar otros objetivos [...] La teoría de la posibilidad responde en sentido afirmativo. En efecto, de acuerdo con esta teoría actúa dolosamente quien prevé la concreta

El punto medular, es saber si el agente quiso realizar el hecho, y para ello es imprescindible determinar cuál fue su actitud, frente a la posible realización del resultado. De ahí surgen dos planteamientos, uno de ellos se finca en la aprobación interior del sujeto de la posible realización del tipo penal, y se requiere que el sujeto haya asentido el probable resultado; como dicha opción pone su énfasis en el elemento volitivo del dolo, dicha teoría se conoce como del consentimiento.

La segunda opción es la llamada teoría de la probabilidad, para la cual, sólo es suficiente la representación que el autor se haga del hecho, como eventualmente realizable, para que se confirme el dolo, esta teoría toma como fundamento el aspecto cognoscitivo. Últimamente se ha formulado una teoría mixta, por la cual para que concurra dolo eventual, el agente debe de manera sincrética, haberse representado la realización del tipo penal, y haberse conformado al menos con dicha representación, con ello se pretende ponderar los criterios del asentimiento y la representación, puesto que ciertamente como se ha señalado respecto de las teorías del consentimiento y la probabilidad se ha llegado a una especie de “consenso divergente”.³⁴⁹

2. La concreción del dolo en el lavado de dinero

Por regla general el delito de lavado de dinero se configura como un delito doloso, para lo cual debe tenerse en cuenta que en este clase de delitos, el dolo significará el conocimiento y la voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo de lavado de activos, ello implica que el autor debe conocer, el origen delictivo de los bienes y saber que la acción que realiza voluntariamente constituye una forma de blanqueo de capitales³⁵⁰.

Uno de los aspectos más problemáticos en materia de dolo respecto de los delitos de lavado es la determinación del grado de conocimiento del origen delictivo de los bienes. A nivel de lege condendo es usual que se admita que el sujeto actúa con dolo eventual, lo cual significa que se representa como probable –incluso basta la sospecha– el origen delictivo de los bienes y, no obstante ello, obra admitiendo la eventual realización de un delito de lavado de dinero³⁵¹.

Ahora bien, el conocimiento del origen delictivo de los bienes, genera importantes problemas de prueba, mucho más cuando los delitos previos se encuentren limitados a algunas categorías específicas de delitos –como en nuestro caso– por cuanto en el artículo 6 de la Ley de la materia se determina el catálogo de delitos generadores de las actividades de lavado.

posibilidad de provocar la lesión de un bien jurídico y no obstante, actúa igualmente. Al respecto la teoría de la probabilidad constituye una variante según la cual es necesario que el agente se represente la verificación del resultado lesivo, no sólo como concretamente posible, sino como probable.” FIANDACA Giovanni, MUSCO Enzo, Derecho Penal. Parte General. Traducción de Luis Fernando Niffo. Temis. Bogotá. Colombia. 2006, pp. 366 a 367.

³⁴⁹ RAGUÉS I. VALLÉS Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, J. M. Bosch. Barcelona. España. 1999 pp. 80 a 81.

³⁵⁰ PRAMBS JULIÁN Claudio, *El Delito de Blanqueo de Capitales. Estudio teórico práctico*. Lexis-Nexis. Santiago de Chile. Chile. 2005, p. 404.

³⁵¹ En tal sentido ARANGUEZ SÁNCHEZ Carlos, *El Delito de Blanqueo de Capitales*. Marcial Pons. Madrid, España. 2000, p. 267; BLANCO CORDERO Isidoro, *El Delito de Blanqueo de Capitales*. 2ª edición. Aranzadi. Navarra. España. 2002, p. 353.

En estos casos puede suceder que el justiciable informe que su creencia de que los bienes procedían de delitos distintos a los prescritos en la norma fuente de origen para los delitos de lavado. No obstante lo anterior, esta cuestión se ve superada por que el último supuesto es de carácter extensivo y permite la incriminación por blanqueo de los bienes procedentes prácticamente de cualquier delito²⁵²; por lo cual, es suficiente con demostrar que el sujeto tuvo noticia, por cualquier medio, de que los bienes implicados en una determinada operación procedían de la comisión de algún delito.

Conforme a lo anterior, el autor ha de conocer aquellas circunstancias fácticas perceptibles por los sentidos, las cuales son el fundamento para que el agente valore su carácter delictivo; se opera en tal sentido como en la percepción de los elementos descriptivos del tipo, por lo cual se requiere del conocimiento de los hechos constitutivos de un delito de los que originan blanqueo de capitales. Sin embargo concurre otro aspecto fundamental por cuanto el sujeto ha de proceder a posteriori a la valoración de dichos hechos, con lo cual es menester determinar, si ha de conocer exhaustivamente todas y cada una de las circunstancias en las que se producen los mismos²⁵³.

3. La valoración de los hechos como objeto del dolo

Ciertamente el autor del delito de lavado de dinero ha de realizar a una valoración de los hechos que ha percibido. De dicha valoración, ha de entender que los mismos constituyen una conducta delictiva, vinculada a las formas de lavado de dinero. Este tipo de valoración es una mezcla entre lo fáctico y jurídico, y tiene como referencia el criterio de la valoración paralela en la esfera del profano, siendo la misma integrante del dolo. Empero, no es necesaria una calificación jurídica precisa en su sentido de *nomen iuris* de un delito determinado, basta con que se perciba que los hechos son constitutivos de una infracción dentro de la categoría de los delitos objeto de lavado; por lo tanto carecerá de relevancia la creencia de que los bienes proceden de una concreta figura delictiva cuando en realidad procedan de otra.

Otra cuestión relevante es la que tiene que ver con el momento del conocimiento del hecho previo –es decir la concurrencia del *dolus subsequens*– por cuanto en esta materia de hechos, es usual que el sujeto realice una operación exteriormente no sospechosa y, que después, tenga conocimiento del origen delictivo de los bienes. Para ello sirva decir que en el delito de blanqueo de capitales, como en la mayoría de delitos, el dolo debe concurrir en el momento de la realización del comportamiento y por ende el conocimiento posterior o dolo subsecuente no tiene efectos penales³⁵⁴, en tal sentido el sujeto no cometería un delito doloso de blanqueo de capitales porque no tenía del conocimiento del origen de los bienes al momento de realizar la operación, pero ello en materia de lavado no impera con carácter de general, por cuanto pueden concurrir conductas en las cuales este conocimiento posterior del origen ilícito si tenga relevancia.

.....
³⁵² El artículo 6 de la Ley contra el Lavado de Dinero y de Activos en el supuesto de la letra "p" establece: "Todo acto de encubrimiento y legalización de dinero o bienes procedentes de actividades delictivas".

³⁵³ En semejanza con el delito de receptación, no es necesario un conocimiento exacto y pormenorizado del delito previamente cometido. En este sentido, mayoritariamente se considera que el delito previo es un elemento de carácter normativo que "va más allá de las meras sospechas, suposiciones o conjeturas, sin que sea equiparable al conocimiento exhaustivo y pormenorizado del hecho criminal en cuanto a sus particularidades o circunstancias de fecha, forma o lugar". Por tanto, circunstancias tales como el tiempo, lugar, formas de comisión, autor, víctimas, etc., no necesitan ser abarcadas por el conocimiento, aunque si son conocidas forman parte integrante del dolo.

³⁵⁴ Ver en tal sentido ARANGUEZ SÁNCHEZ Carlos, *El Delito de Blanqueo de Capitales*. Op cit. p. 273.

Pero debe tenerse en cuenta casos en los cuales, el conocimiento del origen de los bienes no está presente en el momento de iniciar la conducta, pero si con posterioridad, y durante el transcurso de la ejecución de otros actos vinculados a la misma conducta. Estos hechos se producen fundamentalmente en el ámbito del mercado bancario y financiero, y se plantea en todas aquellas operaciones que no se consuman en un solo acto, sino que permanecen en el tiempo³⁵⁵. En estos casos, una vez que el banco por medio de sus funcionarios o empleados tengan conocimiento del origen ilegal de los bienes, deben comunicarlo o denunciarlo a los órganos del Estado competentes para fiscalizar las actividades de lavado, si ello no ocurre es plausible la configuración de un delito de lavado³⁵⁶.

4. El conocimiento del origen de los bienes procedentes del lavado de dinero.

A tenor de lo dicho hasta el momento, el dolo consiste en un “conocer y querer los elementos objetivos pertenecientes al tipo legal”³⁵⁷. En consecuencia, habrá de distinguirse dos elementos que, a su vez, integran dos momentos temporalmente diferenciables: el primero, de índole *cognoscitivo* —también denominado *intelectivo o intelectual*—, consistente en la efectiva percepción por parte del sujeto activo de los diversos elementos que integran lo objetivo del hecho tipificado; el segundo, *volitivo* —*voluntativo o conativo*—, vinculado al deseo, la voluntad o la opción de realizar aquellos mismos elementos objetivos que el sujeto ha tenido ocasión de conocer con anterioridad. En tal sentido, sólo es dolosa la conducta del agente cuando se pruebe que éste tuvo noticia de todos y cada uno de los elementos integrantes del tipo objetivo de blanqueo y que, sobre la base de ese conocimiento, decidió ejecutarla.

No parece que la determinación del elemento cognitivo respecto de la conducta, el resultado y el nexo causal que los une suponga ninguna dificultad específica de esta tipicidad; es suficiente con que el sujeto tenga noticia del significado de su comportamiento —ya sea activo u omisivo—, así como de su idoneidad para que los bienes sobre los que verse la operación se incorporen a los cauces oficiales de la economía.

³⁵⁵ En la actividad bancaria muchas actividades no se desarrollan en un único acto, sino que en diversos y con diferentes operaciones de la misma especie o de diferente tipo, es posible que en el transcurso de estas el personal del banco pueda colegir que el dinero que se ha recibido como transferencia, depósito, créditos, hipotecas, proceden de actividades indicativas de lavado, en tal caso la ausencia de comunicación teniéndose ese conocimiento implica una conducta de lavado de dinero, que por ejemplo se encuentra prevista en nuestra legislación en el artículo 5 (b) cuando establece que la utilización de fondos a sabiendas que derivan de actividades delictivas cuando media finalidad de legitimación es una conducta propia del lavado de dinero como caso especial.

³⁵⁶ Si el empleado conoce la procedencia delictiva del dinero y no cumple con su obligación de comunicación, toda actuación posterior sería constitutiva de un delito doloso de blanqueo; ya no sería un supuesto de *dolus subsequens*, sino que existiría dolo en el momento de realizar la conducta, con lo cual el dolo quedaría cubierto por el principio de coincidencia.

³⁵⁷ Así JESCHECK, Hans-Heinrich: *Tratado de Derecho penal. 4ª edición*. Corregida y ampliada. Traducción de José Luis Manzanares Samaniego. Editorial Comares. Granada, España. 1993, p. 398. En el mismo sentido vid. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Acerca del dolo eventual*, en Estudios de Derecho Penal, Tercera edición. Tecnos, Madrid. España. 1990, p. 241; Aunque actualmente se advierte una tripartita posición del dolo MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal*. B de F. Buenos Aires. Argentina. Séptima edición. 2005, p. 261 a 262.

Sin embargo, la cuestión se torna más problemática, cuando lo que se aspira es a valorar el grado de conocimiento del autor en relación con el objeto material del delito, lo cual implica que contenido de la voluntad del presunto reciclador giren en torno a la noticia que éste tenga respecto de las cualidades objetivas de los rendimientos a lavar y, muy especialmente, en relación con el origen delictivo de los mismos. De acuerdo a esta doctrina mayoritaria, actuará dolosamente quien se decida a reciclar bienes a sabiendas de su origen delictivo³⁵⁸.

Ahora bien, ese conocimiento debe manifestarse en el momento de la ejecución del acto de blanqueo —esto es, de la realización del tipo objetivo—. En aplicación estricta de los criterios generalmente admitidos por la doctrina, la eventual concurrencia de un dolo subsequens no permite entender cumplida la vertiente subjetiva del tipo³⁵⁹ salvo que por el principio de coincidencia, el tipo penal se haya construido de manera que el dolo subsiguiente presente relevancia típica.

Si es oportuno indicar, que la cuestión adquiere una relevancia muy especial en este sector, dado que, planteada una relación económica de carácter duradero idónea para el lavado de capitales —baste pensar, por ejemplo, en un contrato bancario de tracto sucesivo—, parece fácil imaginar que las dudas o las certezas del profesional de que se trate sobre la licitud del origen de los bienes recibidos o sobre el sujeto que los entrega no se manifiesten al comienzo del contacto, sino después de un período de tiempo determinado.

En tales casos, por regla general la responsabilidad criminal de tal profesional no podrá extenderse a los actos de blanqueo realizados con anterioridad a que tuviera conocimiento de esa ilicitud³⁶⁰. No obstante, parece cierto que tal responsabilidad subsistirá si, propiciada inconscientemente una operación de lavado, y manteniéndose aún dentro de su esfera de poder, el sujeto activo no hiciera nada por evitar el reciclaje definitivo de ese capital de origen ilegal —de comisión por omisión— después de haber conocido su procedencia real.

Cuestión muy distinta es, si el sujeto activo conoce esa procedencia delictiva, por cuanto tratándose en este caso de un elemento normativo del tipo —entendidos según Engisch como los “*hechos que sólo pueden pensarse e imaginarse bajo el presupuesto lógico de una norma*”²⁶¹— será necesario que el sujeto tenga plena conciencia de su significado.

.....
³⁵⁸ Sobre este aspecto DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: *El blanqueo de capitales procedente del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español*. Actualidad Penal, número 32 septiembre, 1994, p. 611; PÉREZ MANZANO, Mercedes: *El tipo subjetivo en los delitos de receptación y blanqueo de dinero*, en Cuadernos de Derecho Judicial. El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero. Normativa Comunitaria. Madrid, España, 1994, p. 228.

³⁵⁹ Sobre ello ver JESCHECK, Hans-Heinrich: *Tratado de Derecho Penal*. Op. cit., p. 399; PÉREZ MANZANO, Mercedes: *El tipo subjetivo....*, Op. cit., p. 231.

³⁶⁰ Ver Andrés, PALOMO DEL ARCO, *Receptación y figuras afines*, en Estudios de Derecho Judicial Consejo General del Poder Judicial. Madrid, España, 1996, p. 446; quien, apelando al carácter usualmente permanente del blanqueo de capitales —frente a la instantaneidad del delito de receptación—, asegura que: “*la operatividad del dolo subsequens difiere y no deviene siempre atípico, con independencia de que no se responda lógicamente de las operaciones concluidas cuando se desconocía su origen*”.

³⁶¹ Citado por JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*. Op. cit., p. 365. Ciertamente, la distinción teórica entre elementos descriptivos y normativos no solía constituir motivo de discrepancia. Así anteriormente la doctrina advierte de la dificultad de fijar la frontera que separa unos de otros. En este sentido, TISCHLER afirma que entre ellos sólo existe una diferencia cuantitativa, en cuanto a la clase de comprensión requerida. Por su parte, DOPSLAFF ha llegado a negar la utilidad de la distinción desde una perspectiva funcional PÉREZ MANZANO, Mercedes: *El tipo subjetivo....*, Op. cit., p. 225.

Sin embargo, no es necesario que realice también un exacto ejercicio de subsunción jurídica, bastando con que en él se manifieste –Mezger– una “*valoración paralela en la esfera del profano*”³⁶². Con lo cual, será suficiente tener por probado que el inculpado tuvo noticia del hecho de que los bienes procedían de un origen delictivo. Por lo cual tiene sentido exigir al autor, que posee la previa incriminación al nivel del común de los ciudadanos, acudiendo, además, al mismo contexto social en que se hallare el presunto autor del delito de blanqueo³⁶³.

También se ha señalado conforme argumentos de naturaleza procesal, sobre la dificultad que supone demostrar la concurrencia del conocimiento del origen concreto de los bienes; en este sentido, se ha afirmado que, si se quiere respetar el –irrenunciable– principio de culpabilidad, la mayor o menor amplitud de los delitos previos al lavado constituye el factor principal del que depende la eficacia represora de esta tipicidad³⁶⁴.

En efecto, la legitimación de capitales sólo se puede castigar en la medida en que el sujeto activo conozca el origen ilícito de los bienes sobre los que opere –al menos en su versión original de carácter intencional– lo anterior implica que aunque no sea preciso saber a ciencia cierta cuál fue la concreta figura cometida, ni las circunstancias específicas de orden jurídico concurrentes sobre el caso, sí se entiende que es preciso, que el agente al menos sepa que los bienes de que se trate proceden de la categoría o categorías de infracciones a las que haga referencia el correspondiente tipo de lavado. Y no se ignora, que éste es un dato que ni siempre se manifiesta ni –de concurrir– es fácil de probar, aún en los Estados en los que la penalización no afecte al lavado de fondos procedentes de una lista cerrada de delitos, sino a un núcleo más o menos amplio de los mismos.

Paradójicamente, estas dificultades aumentan a medida que las hipótesis de reconversión son de mayor complejidad. Como es natural, el conocimiento del delito previo será más fácil de demostrar a medida que el blanqueador esté más próximo al sujeto –o incluso sea el mismo– que obtuvo antes los bienes. Sin embargo, la dificultad de la prueba del elemento cognoscitivo se incrementará según aumente el grado de complejidad de la estructura criminal y, con ello, el volumen de la riqueza con que se realicen los múltiples actos de lavado.

De este modo, para que una conducta de blanqueo sea dolosa –además de conocer y querer el resto de elementos que integran el tipo objetivo– debe ser suficiente con que se establezca que, al tiempo de realizar la operación, el sujeto tuvo noticia de que los bienes implicados en la misma procedían de la comisión de alguna clase de delito, con independencia de cuál fuere su naturaleza, ello sería lo más razonable de sostener entendiendo el carácter estrictamente subjetivo del dolo, y su pertenencia al arcano del agente.

.....
³⁶² MEZGER, Edmund, *Derecho Penal. Parte General...*, Op. Cit. p. 250.

³⁶³ Vid. PÉREZ MANZANO, Mercedes, *El tipo subjetivo...*, Op. cit. p. 248

³⁶⁴ Así se dice: “a no ser que se entienda que se trata [la inclusión de una procedencia delictiva determinada en la norma] de un elemento normativo del tipo que no tiene que ser abarcado por el dolo del autor, lo que es especialmente delicado”, tales restricciones constituyen un dato que llena de confusión y reduccionismo el precepto penal de que se trate. RUIZ BADILLO, Enrique, *El blanqueo de capitales en el ordenamiento jurídico español. Perspectiva actual y futura*. Boletín de Información del Ministerio de Justicia, número 1641. Madrid, España. 1992, p. 109.

5. La ceguera intencional y el dolo eventual

La mayoría de sistemas penales admiten para el cometimiento del delito de lavado de dinero y activos la concurrencia del elemento subjetivo del dolo, y en muchos casos se admite que debe ser necesario un dolo directo respecto del conocimiento de los hechos tipificados como prohibidos. No obstante, en otros sistemas se estima la presencia de un dolo con características especiales, con base en los indicios o pruebas que puedan indicar que el agente conocía o debía conocer el origen ilícito de los recursos, es así como la doctrina y la jurisprudencia han venido aplicando la llamada figura de la "ceguera intencional"³⁶⁵, la cual desde una perspectiva dogmática es equiparable al dolo eventual. Con el propósito de entender qué es la "ceguera intencional o voluntaria"³⁶⁶ estimamos conveniente precisar sus diferencias con el dolo eventual, el cual también puede ser aplicado para establecer un posible dolo, en una investigación judicial por lavado de activos.

La ignorancia intencional tiene similitudes con el dolo eventual, pero es más amplia³⁶⁷. En el dolo eventual, el agente conoce los efectos nocivos de su conducta pero la realiza con indiferencia de la producción del resultado y se le imputa al actor un actuar doloso. En la "ignorancia intencional", el agente se encuentra en condiciones de conocer una determinada circunstancia, porque ella le resultaba obvia a cualquier persona normal en similares condiciones y, sin embargo, evita confirmar su sospecha, esto lleva a que se le impute el conocimiento pleno de dicha circunstancia³⁶⁸ con lo cual la imputación por intención –o dolo entre nosotros– queda plenamente configurada.

.....

³⁶⁵ A la ceguera intencional también se le conoce como ignorancia intencional –*willfull blindness*– la cual involucra un contenido menor del conocimiento, por ello es que en el mismo sistema norteamericano se rechazó en las versiones legislativas las fórmulas de *reason to know* y de *reckless disregard* para exigir un juicio más potencial, es decir un análisis de lo subjetivo desde una perspectiva de razonabilidad objetiva, con lo cual la indiferencia deliberada ante una situación ilícita previa con lo cual ante sospechas razonables de que se está ante una conducta prohibida y no obstante ello se permanece en el desconocimiento o en la ignorancia de la realidad que sucede, permite imputar el conocimiento de lo que se podía haber conocido como una especie de conducta intencional. BLANCO CORDERO, Isidoro, *El Delito de Blanqueo de Capitales*. Op. cit. p. 378.

³⁶⁶ El concepto jurídico de ceguera premeditada mantiene que a la persona que le suscite sospecha una transacción e intencionalmente no averigüe más a fondo, se presume por ley que sabe todo lo que se requiere que sepa acerca de ésta. Según la doctrina de la ceguera deliberada, el conocimiento como elemento del crimen, puede establecerse al demostrar que una persona, a sabiendas, evitó conocer la verdad y actuó con conocimiento de una alta probabilidad del hecho en cuestión: Sirva para ilustrar lo anterior un instrucción dada al jurado para entender en que consiste la ceguera premeditada: "*El gobierno puede probar que el Acusado actuó a sabiendas al probar, más allá de una duda razonable, que este acusado premeditadamente cerró sus ojos ante aquello que de otra forma le hubiese sido obvio. Nadie puede evitar la responsabilidad por un delito al intencionalmente ignorar lo que es obvio. Determinación más allá de una duda razonable de la intención del acusado de evitar conocimiento o entendimiento permitiría que el jurado infiriese conocimiento. Dicho de otra forma, el conocimiento del acusado de un hecho específico podrá inferirse de la ignorancia intencional o deliberada o de la ceguera intencional o deliberada de la existencia de ese hecho [...]*". Por lo tanto, la persona que se haga el ciego intencionalmente, se supone que tiene pleno conocimiento".

³⁶⁷ Lo cierto es que la ceguera intencional es una forma de imputación propia de otros modelos como el anglosajón, en el cual la valoración de la intención de cometer un delito puede verse de manera matizada con forma de imprudencia, en el sistema continental, tal cuestión tendría que adaptarse a los institutos tradicionales de imputación que también pueden dar respuesta sobre ese aspecto.

³⁶⁸ El mecanismo de la ceguera deliberada operaría en los delitos de lavado de dinero en el sentido que si la persona tiene sospechas fundadas de que los dineros pueden tener origen ilícito y conscientemente evita realizar actos que le permitirían confirmar la sospecha de que su procedencia es de origen delictivo en conductas vinculadas al blanqueo de capitales, tales actividad estaría desarrollándose sobre actos de conocimiento que deliberadamente se omiten conocer, por lo cual esa actitud de no conocimiento se imputa a título de una intención dolosa en el sentido de que debió haber conocido.

La doctrina del *willfull blindness* se expuso con toda claridad en el caso *United States v Jewell* pero tal doctrina como se señala tiene añejos fundamentos sobre en todo en casos de fraude bancario como se detalla en *Spurr v United States*, misma que fue reafirmada en *Turner v United States* en la cual se declara que la ignorancia ciega es un mecanismo sustitutivo del conocimiento³⁶⁹; con lo cual se realiza un interesante mecanismo de intercambio por el cual, el no interés del sujeto actuante para darse cuenta de los hechos que tiene a su presencia, y que obviamente debería conocer se imputa como un acto de verdadero conocimiento con criterio de exigencia valorativo.

De lo anterior puede afirmarse que la ignorancia intencional, hay un verdadero estado de no conocimiento y una violación por parte del sujeto actuante del llamado deber de indagación por indiferencia o temor de confirmar una sospecha. En otras palabras, no es suficiente que la evidencia indique que una determinada circunstancia (la ilicitud de los valores o fondos por ejemplo) podía ser establecida o sospechada, sino que además se requiere demostrar razonablemente que se evitó tomar las medidas tendientes a su confirmación. En estos casos, basta demostrar que el sujeto podía sospechar una determinada circunstancia (ilicitud de los dineros) porque le resultaría obvia a cualquier persona en una idéntica situación, y que ante esa cuestión notoria evitó confirmarla, dando paso a la imputación por ceguera intencional.

Cuando es necesario probar el conocimiento por parte del inculpado, el conocimiento puede fundarse en la evidencia de que el justiciable deliberadamente cerró sus ojos a lo obvio o evitó investigar porque sospechaba la verdad y no quería confirmar sus sospechas. Por lo cual puede afirmarse que en el contenido de esta doctrina la ignorancia intencional o ciega, es el equivalente legal del conocimiento³⁷⁰ cuestión que para nuestro sistema legal debe tratarse bajo las forma de imputación subjetiva del dolo, y la cuestión de la condiciones de vencibilidad del error, en el cual los aspectos no negligencia extrema supondrían la no concurrencia de una situación errática y por ende la afirmación del dolo.

La cuestión tiene una inusitada relevancia en materia de lavado de dinero y activos por cuanto en estos casos no se requiere un conocimiento específico de los mismos en el sentido de un *specific intent* ni siquiera como una figura de *recklessly* en el sentido de un acto inminentemente peligroso que puede ser previsto y se tiene como de indiferencia³⁷¹ que en tal sentido guarda semejanza a la culpa consciente; en tales casos conforme a la doctrina de *willfull blindness* se entendería que se está en presencia de un delito doloso, es decir el tratamiento de la figura de la ceguera intencional para nuestro derecho continental sería la formulación de una conducta dolosa, matizada con las cuestiones de evitabilidad del error.

.....
³⁶⁹ En *Turner v United States* en relación a la ceguera intencional se expresó: "Actuar a sabiendas, por lo tanto, no es necesariamente actuar sólo con conocimiento positivo, sino también actuar con conciencia de la alta probabilidad de existencia del hecho en cuestión. Cuando tal conciencia está presente, no se exige conocimiento positivo". BLANCO CORDERO, Isidoro, *El Delito de Blanqueo de Capitales*. Op. cit. p. 378.

³⁷⁰ Se ha dicho que bajo esta modalidad la ley presume el conocimiento pleno de algo, a quien sospecha de una transacción y falla en hacer mayores indagaciones sobre ella. Es suficiente probar la evasión del deber de indagación para imputar el delito como deliberado. Con la figura de la "ignorancia intencional" también ha hecho carrera la "presunción del conocimiento". Dentro de la permisividad de aquella figura, el Estado se releva del deber de probar el dolo y puede predicar que una omisión culposa es dolosa porque el agente estaba en circunstancias de conocer la naturaleza de las sospechas o de las operaciones y no hizo los esfuerzos tendientes a comprobar sus sospechas.

³⁷¹ Así se consideró en: *People v Jernatowski* 238 N.Y. 188 *Court of Appeals of New York*. HENDLER S. Edmundo, *Derecho Penal y Procesal Penal de los Estados Unidos*. AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 1996, p. 55.

Con lo cual las conductas de lavado respecto de los directivos o empleados del sistema financiero puede ser percibida de manera diferente cuando por el conocimiento de hechos o circunstancias, les permitan inferir que se está frente a operaciones posiblemente vinculadas con actividades ilícitas, y ante las cuales no realizan ninguna actividad de confirmación de las sospechas, lo que equivaldría a considerar que voluntariamente “cierren sus ojos” y no realicen ningún tipo de acción o indagaciones, por el temor de confirmar sus sospechas. Como lo expresamos, dicha actuación podría ser considerada como una cuestión de imputación por la vía del dolo eventual, circunstancia suficiente para la iniciación de investigaciones judiciales³⁷².

II. Aspectos de la Culpa en Materia de Legitimación de Capitales

6. Fundamentos del delito culposo.

Es oportuno que se formulen nuevamente algunas consideraciones iniciales, respecto del otro ámbito subjetivo de los tipos penales, el cual comprenderá en este caso a la culpa, lo enjundioso de dicha temática impone que se haga un examen somero del mismo, destacando los aspectos más relevantes, teniendo en cuenta la necesidad de una base general para las discusiones de los diferentes temas en Derecho Penal, del cual no quedan excluidos los delitos económicos.

El primer aspecto a señalar en cuanto a la culpa, es relativo al régimen de punición, que se ha adoptado por en la legislación penal salvadoreña, el cual es acorde, al sistema denominado de *numerus clausus*, y ello significa que, las conductas culposas sólo son criminalizadas como delitos, cuando específicamente estén previstas en los tipos penales correspondientes, de ahí que, si un hecho culposo, no ha sido previsto de manera expresa como delito, en sede penal no puede generarse respecto del mismo ninguna consecuencia jurídica. Por demás está decir, que tanto el principio de legalidad, como el de intervención mínima, se ven mejor garantizados con un sistema de punición específico de los delitos imprudentes.

Otra acotación importante, en cuanto a la culpa, es su naturaleza de tipo penal abierto³⁷³ lo cual, no es incompatible con el principio de legalidad, en cuanto ley cierta, que en este aspecto está vinculado con un diferente énfasis, en los delitos dolosos; ello en razón de que entre el tipo doloso y el tipo culposo, media una particularidad, en la forma en la cual se eleva el merecimiento de la conducta prohibida.

.....
³⁷² Los aspectos señalados no son ociosos, basta citar las múltiples relaciones de la banca salvadoreña con la banca de los Estados Unidos de América mediante las bancas corresponsales, pero además debe considerarse que la legitimación de capitales es un delito de los considerados transnacionales por lo cual operaciones bancarias en el país pueden posteriormente ser investigadas como un delito por la jurisdicción norteamericana, sirva de ejemplo lo resuelto por *trial judges* del juzgado de Distrito de San Francisco, California, para deducir responsabilidad por lavado de dinero del Banco de Luxemburgo, para lo cual se sostuvo: “*Los E.U.A. está utilizando varios principios jurídicos en su guerra contra el lavado de dinero. Estos incluyen los conceptos de ceguera premeditada y responsabilidad técnica penal de las organizaciones, e igualmente la ejecución de nuevas leyes de confiscación y la adopción de competencia transnacional o extraterritorial en procesamientos penales*”

³⁷³ En tal sentido, CHOCLAN MONTALVO, José Antonio, *El Delito Culposo*. Primera edición. Corte Suprema de Justicia. San Salvador. El Salvador. 2001, p. 29.

Así, mientras en los delitos dolosos el objeto de la prohibición debe encontrarse siempre determinado mediante una forma descriptiva de mayor especificidad, en el delito imprudente, la conducta aparece indeterminada, pero debe ser posible su determinación en cada caso en particular; de ahí que, aunque constituyan tipos penales abiertos, esta estructura tiene sus límites, como imperativo del principio de legalidad³⁷⁴.

En virtud de lo anterior, es posible sostener que, la fórmula de criminalización de la imprudencia, abarca la punición de conductas, que causen un resultado lesivo –en general– siempre que dicho resultado, sea la consecuencia de una violación sustancial del deber objetivo de cuidado y que el mismo, sea capaz de ser previsto; esta estructura de imputación, hace que las conductas culposas, sean tipos abiertos por que la extensión del deber de cuidado es vasta y daría lugar a una casuística insostenible.

Los delitos culposos, pueden ser cometidos por acción u omisión, ello dará lugar a la conformación de diferentes modelos de tipo penal, el delito culposo de comisión y el delito culposo de omisión, cuyo detalle particular rebasa el contenido de estos comentarios, por lo que importa nada más, dejar especificado que la conducta culposa puede ser activa u omisiva y que en la misma el sujeto debe guardar el cuidado debido.

El fundamento esencial en los delitos culposos es determinar el deber de cuidado, ello se concretiza, en la exigencia de desarrollar una conducta razonable, ante las situaciones de riesgo que una persona ejecuta, empero normalmente la ley penal, no indicará cual es el cuidado debido, de ahí que esta valoración del deber de cuidado, sea altamente normativa y deberá ser apreciada por el juez, en el caso en particular.

Si es oportuno señalar que, hay situaciones de riesgo en las cuales, si habrá una detallada normatividad, que regule aspectos de normas de cuidado, como por ejemplo en el tráfico viario, en materia farmacológica, en materia médica, en actividades empresariales de riesgo y del producto, en el cual la ley y el reglamento de la materia, establecen diversas normas que tienen por objeto regular, las actividades de mayor riesgo, y establecer normas de cuidado, para desarrollar esas actividades más azarosas; de igual manera sucederá, cuando se trate de control o manejo de fuentes de riesgos que están formalizadas, en tales casos habrá normas reglamentarias, que regulen ese ámbito (reglamentos, instructivos, manuales, etcétera).

Conviene aquí señalar, que respecto del deber de cuidado en el delito imprudente, se distingue entre deberes de cuidado externos y deberes de cuidado internos, los cuales inciden el ámbito valorativo de la infracción de las normas de cuidado, que deben adoptarse; dichos ámbitos se desarrollan así:

(a) *El deber de cuidado interno*. Se corresponde con el precepto general de los cuidados debidos, es decir se trata del deber de advertir situaciones peligrosas en el desarrollo de conductas de riesgo, dicho aspecto se denomina como “*deber de examen previo*” y respecto del mismo se ha dicho que consiste en “en la observación de las condiciones bajo las cuales se

.....
³⁷⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. José María Bosch Editor. Barcelona. España. 1992, p. 255.

realiza una acción y en el cálculo del curso que seguirá y de las eventuales modificaciones de las circunstancias concomitantes, así como en la reflexión acerca del cómo se puede evolucionar el peligro advertido y cuáles son sus efectos³⁷⁵.

(b) *El deber de cuidado externo*. Por el cual se exige que la conducta de la persona, se adecue a los eventos de riesgo, que han sido advertidos, para que asumiendo una actitud cuidadosa, se eviten los peligros que podrían concretarse en un resultado lesivo. Desde esta noción se señalan algunos parámetros del cuidado externo que se reconducen a los siguientes aspectos: (I) la abstención de realizar conductas idóneas para la realización de la conducta típica imprudente o “cuidados como omisión de acciones peligrosas; (II) la exigencia de realizar todas aquellas conductas de riesgo permitido, bajo parámetros de cuidado debido, es decir empleando las medidas de precaución, control y supervisión de las actuaciones que se ejecutan, para mantener las conductas dentro de la esfera de riesgo permitido o “cuidado como actuación prudente en situaciones de peligro”; (III) se vincula además el cuidado debido externo a la observancia de los deberes de preparación y de información respecto de las conductas peligrosas que hayan de ejecutarse, para prevenir los riesgos que se pueden derivar de dichas conductas o “cuidado como cumplimiento de un deber de información”³⁷⁶.

Un punto medular, es como graduar el deber de cuidado, en principio se desarrollaron criterios objetivos como el del hombre medio y criterios subjetivos como el tener en cuenta los especiales conocimientos o habilidades del autor, que eran excluyentes entre sí, para ello se recurría a la formulación del deber objetivo de cuidado y del deber subjetivo de cuidado. Sin embargo, se ha postulado la simbiosis de los criterios objetivos y subjetivos, para apreciar si concurrió o no, el deber de cuidado, y por ello se acepta, que deber valorarse desde una perspectiva *ex-ante*, cuál hubiese sido el cuidado debido, de un hombre prudente en la situación del autor (criterio objetivo) pero con los conocimientos y habilidades de la persona en particular (criterio subjetivo)³⁷⁷.

A la consideración del deber de cuidado, se le agregan correctivos como el principio de confianza, de cual se indica, no es exclusivo de la imputación objetiva³⁷⁸; se ha indicado que el principio de confianza –*Vertrauengrundsatz*– es un criterio valorativo, por el cual, se delimitan los respectivos deberes de cuidado, cuando se actúa en conductas de riesgo, que requieren división de funciones, de ahí que, es un parámetro para actuar bajo el riesgo permitido sin que –en principio– los resultados le sean imputables a quien actúa confiando en los deberes de cuidado de los demás³⁷⁹.

375 JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*. Op. cit. p. 525.

376 JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*. Op. cit. p. 527.

377 CHOCLAN MONTALVO, José Antonio, *El Delito Culposo*. Op. cit. pp. 57 a 59.

378 PUPPE, Ingeborg, Imputación objetiva en casos de varios partícipes, en Imputación Objetiva y antijuridicidad. Quinceño Álvarez Fernando (editor), Editorial Jurídica Bolivariana. Bogotá. Colombia. 2002, pp. 50 a 55.

379 CHOCLAN MONTALVO, José Antonio, *El Delito Culposo*. Op. cit. p. 97. Desde la perspectiva del modelo de la imputación objetiva, en este aspecto deberá valorarse, si se está ante una conducta, que ha creado un riesgo no permitido o jurídicamente desaprobado, y para tal graduación servirán, los criterios expuestos infra, de conductas realizadas dentro de un riesgo permitido, conductas que disminuyen el riesgo y conductas que no han aumentado el riesgo de manera relevante. Sobre el principio de confianza en relación a la imputación objetiva, ver LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, *La teoría del delito en la dogmática penal costarricense*. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2002, pp. 89 a 90.

Punto importante en los delitos imprudentes, es el llamado nexo de determinación, por el cual, debe establecerse que, entre la violación del deber de cuidado y el resultado producido, ha mediado una relación de determinación, en el sentido que esa violación del deber de cuidado, es la que ha determinado el resultado y no otra; es decir, la relevancia de la producción del resultado, debe quedar determinada, por la violación del cuidado debido que no se cumplió; y que fue el determinante para que se acaeciera el resultado, de no ser así, aunque halla violación al deber de cuidado, no se configura el nexo de determinación, porque, no fue la violación al deber de cuidado, la causa determinante del resultado.

Ahora bien, para graduar el nexo de determinación puede servir el juicio de inclusión hipotética, en el cual de manera inferencial, puede incluirse la conducta cuidadosa que debió haberse observado al caso en particular, y si el resultado no sobreviene, se constata el nexo de determinación, es decir, la conducta violadora del deber de cuidado, determinó el resultado; empero si aun con la inclusión de la conducta cuidadosa, el resultado siempre se produce, no existe nexo de determinación, y el resultado no está determinado por la violación al deber de cuidado en cuyo caso se excluye la tipicidad culposa³⁸⁰.

El resultado, es otro elemento del tipo objetivo culposo, generalmente los tipos culposos, exigirán un resultado verificable desde la facticidad, si el tipo penal requiere en el caso particular un resultado con entidad material –como delito de lesión– la falta del resultado, impedirá la realización del tipo penal, por cuanto en estos casos, el desvalor del acto que radica en la infracción del deber de cuidado, no es suficiente para colmar la tipicidad, por cuanto en los delitos culposos, no concurre la tentativa que requiere un inicio de ejecución dolosa. Aunque también, puede haber tipos culposos contruidos sobre la noción del peligro, y en ellos no se exigirá un resultado de lesión, sino solo la ocurrencia del peligro.

Otro aspecto también fundamental en los delitos culposos, es la previsibilidad, ésta se construye, como la posibilidad efectiva de conocer el peligro que la conducta representa para los bienes jurídicos, y la posibilidad de prever el resultado de acuerdo a ese conocimiento. Si concurrió un conocimiento efectivo de la situación habrá culpa consciente, si los hechos no fueron previstos, pero eran previsibles habrá culpa inconsciente.

De acuerdo a lo anterior, puede concurrir una culpa representada o consciente, que es aquella en la cual, el sujeto habiéndose representado como posible la producción de un resultado, respecto de la conducta que verifica, confía en poder evitar el resultado, que al final deviene como consecuencia de la conducta imprudente.

La culpa sin representación o inconsciente, es aquella en la cual, el agente no previo la posible ocurrencia del resultado lesivo, el cual era previsible, a consecuencia de lo cual, se ocurre el resultado dañoso; ahora bien, debe aquí matizarse, que esta previsibilidad, debe sustentarse en la posibilidad efectiva del poder y deber haber previsto el hecho que ocurrió, es decir debe

.....
³⁸⁰ En el ámbito de la imputación objetiva, en este aspecto se evaluaría, el fundamento de que el resultado, debe ser la concreción del riesgo creado, el cual esta jurídicamente desaprobado; siendo los criterios de imputación objetiva a considerar: conductas que habiendo creado un riesgo no permitido no concretan el resultado; la imputación del resultado por incremento de riesgo; conductas que provocan un resultado no cubierto por el fin de protección de la norma; conductas que aceleran el resultado; cursos causales hipotéticos y causalidades de reemplazo; pero es menester precisar que algunos de esos criterios no alcanzan un pacífico consenso en el ideario de la dogmática penal, en tal sentido HIRSCH Hans, Joachim, *Derecho Penal. Obras completas*. Tomo I. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires. Argentina. 1999, pp. 40 a 50.

tenerse la posibilidad real de haber previsto el hecho, y el deber de hacer esa previsión; porque de lo contrario, se entraría en un ámbito de responsabilidad objetiva, ante el acaecimiento de un resultado de lesión al bien jurídico.

7. Cuestiones político-criminales sobre la culpa y las formas delictivas de lavado de dinero

Reconociendo que es de vital importancia el despliegue del ius puniendi estatal como medio idóneo para combatir el fenómeno del blanqueo de capitales, la cuestión de la punición de las conductas imprudentes de lavado de dinero, es un tema que ha ganado actualidad en el actual desarrollo de la dogmática penal. El aspecto fundamental de ello se vincula al grado de conocimiento del sujeto activo respecto de la procedencia de los bienes implicados³⁸¹, también debe tenerse en cuenta que delito de lavado de dinero en su modalidad culposa constituye una conducta penalmente reprimible en un buen número de naciones³⁸².

La cuestión de la punibilidad del delito de lavado de dinero por imprudencia desde una perspectiva de política penal, pretende cerrar los espacios problemáticos del conocimiento del origen de los fondos y de los bienes, por lo cual ya no sólo es menester exigir para la figura un dolo eventual llegando hasta la asunción de la ceguera intencional³⁸³, sino que además para aquellas conductas que queden fuera de ese ámbito de conocimiento se pretende imputar el delito mediante un comportamiento culposos³⁸⁴.

En el ámbito del lavado de dinero, las conductas relativas al blanqueo ocurrido por descuido de quien, debiendo haber averiguado la procedencia de los bienes implicados en la operación, no acertó a imaginar su origen o, previéndolo —y con ello nos adentraríamos en el terreno de la

³⁸¹ En este sentido, se ha dicho que tal cuestión debe circunscribirse al conocimiento de la procedencia delictiva de los bienes, sin extenderse a la propia conducta del lavado de dinero, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *El blanqueo de capitales...*, Op. cit., p. 611.

³⁸² Así por ejemplo, el parágrafo 261 (5) del Código Penal Alemán StGB en el que se atenúa la penalidad prevista para el tipo básico cuando el autor: *“no advierta por imprudencia grave que los bienes proceden de un hecho ilícito”* o en el Código Penal Español en el cual se determina en el artículo 301 (3) que: *“Si los hechos se realizasen por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triple”*. Algo similar ocurre en el ámbito supranacional, en el que la criminalización mediante culpa se sugiere en algunos de los instrumentos más importantes suscritos sobre la materia *vervi gratia* el apartado 3. a del artículo 6º del Convenio de Estrasburgo [Ap. I, § 6] indica: *“cada Parte podrá adoptar las medidas que considere necesarias para tipificar también como delitos en virtud de su legislación nacional la totalidad o una parte de las acciones mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo, en alguno o en todos los casos siguientes en que el delincuente [...] debería haber presumido que los bienes eran producto de un delito”*. En tanto la Recomendación N° 6 del GAFI [Ap. I, § 5], expresa que: *“el delito de blanqueo de dinero debería aplicarse al menos a las actividades intencionales de blanqueo”, pero además se sugiera: “la penalización de aquellas actividades en las que el blanqueador podría haber conocido el origen delictivo de los fondos blanqueados”*.

³⁸³ Como se ha dicho, tal figura se aplica para otros sistemas de imputación que acuñan esta modalidad de atribución basada en una falta de verificación deliberada.

³⁸⁴ Ciertamente el desconocimiento del origen de los bienes constituye una de las líneas de defensa más eficaces de que disponen las personas que se involucran con el lavado o el reciclaje de los bienes provenientes de actividades ilícitas. En virtud de ello, es que los redactores de los textos internacionales más importantes han hecho énfasis en la dificultad de comprobación de los aspectos subjetivos, siendo que el Juez no puede conocer el arcano de los justiciables y aunque tuviese semejante poder, ello no sería utilizable, en tal sentido, la prueba de los diferentes cargos en que se base la acusación habrá de reposar sobre la constatación de todas aquellas circunstancias objetivas que permitan inferir, a su vez, la presencia de esa subjetividad que requiere la ley en tal sentido ver el artículo 3.3 de la Convención de Viena [Ap. I, § 3], la Recomendación 6ª del GAFI [Ap. I, § 5]. Sin embargo, conviene indicar que este argumento podría desencadenar el mismo problema para todos aquellos elementos de lo subjetivo que deben establecerse conforme a prueba, razón por la cual seguimos pensando que al menos en este punto la importancia de la prueba circunstancial es fundamental para demostrar los aspectos subjetivos de los delitos, incluido el conocimiento del origen de los fondos, bienes o valores como provenientes de ilícitos reprimidos mediante las conductas de lavado, y que en tal caso las praesumptio hominis son el mejor método para no generar vacíos de impunidad.

culpa consciente—, no asumió la circunstancia de que efectivamente tuvieran un origen criminal, tienen significación penal, en estos casos se trata de dos tipos de conducta de los delitos culposos, se puede incurrir ontológicamente en una conducta compatible con lavado de dinero, por haber actuado de manera negligente —el caso de la culpa no representada— y puede ocurrir por imprudencia —en el caso de la culpa con representación³⁸⁵.

Ciertamente en estos casos, la doctrina considera la posibilidad de penalizar tales conductas, sobre la base de que son conductas que descansan en el deber de conocer, aspecto por el cual se vincula a sujetos con una especial posición profesional y la correlativa actuación dentro del marco determinado por la respectiva *lex artis* la cual se ha extendido en materia culposa precisamente debido al ejercicio profesional³⁸⁶.

Si es oportuno indicar que el lavado de dinero y activos en su modalidad imprudente no es una conducta usual, más bien es bastante excepcional, ello porque, tratándose de operaciones con montos importantes de dinero —las cuales deberían constituir el objetivo prioritario de la persecución—, es bastante difícil que el agente —en este caso los funcionarios y empleados de las instituciones financieras y bancarias o de otros sujetos obligados— no sospechen, conozcan o deberían de conocer, con un elevado grado de certidumbre la procedencia ilícita de los bienes que son fundamento de la operaciones³⁸⁷.

Es por ello, que una variante importante para prevenir las conductas vinculadas al lavado de dinero, es la elaboración y funcionamiento de un sistema de normas de naturaleza administrativa dirigido a prevenir la propia práctica de actos de blanqueo.

Así el Estado debería preocuparse de someter la práctica de las operaciones susceptibles de ser empleadas para el reciclado de capitales a una regulación que imponga el cumplimiento más rígido de una serie de deberes a los intervinientes en el negocio financiero o bancario o de

.....
³⁸⁵ Debe considerarse que en estos casos las conductas culposas no se refiere tanto al sujeto que promueve la operación de blanqueo, como a aquél otro —cajero de un banco, cambista, etc.— sobre el cual éste se apoya y quien tiene especiales deberes de vigilancia en cuanto a las labores que realiza, sirva aquí la remisión normativa que establece el artículo 8 de la Ley contra el Lavado de Dinero y Activos que dice: “En los casos del artículo anterior, si el encubrimiento se produjere por negligencia, impericia o ignorancia inexcusable de las atribuciones de los funcionarios de las instituciones a que se refiere el artículo 2 de esta Ley o de los organismos fiscalizadores o de supervisión en que se produce, la sanción será de dos a cuatro años”. A partir de ahí, por ejemplo pueden conectarse las obligaciones que en el artículo 9 se imponen a las instituciones obligadas, vale decir a las jefaturas y a los empleados en el sentido de informar de las operaciones que excedan de los quinientos mil colones cuando las mismas sean consideradas irregulares conforme indicios que tenga el operador, cuando las operaciones de usuarios que no alcancen ese monto entren en el rubro de operaciones irregulares de acuerdo al comportamiento financiero y económico del usuario.

En tal sentido DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *El blanqueo de capitales...*, Op. cit., p. 611; RUIZ VADILLO, Enrique, *El Blanqueo de capitales en el ordenamiento jurídico español*. Op. cit. p. 109; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.) y VALLE MUÑIZ, José Manuel (coord.), *Comentarios al nuevo Código Penal*. ARANZADÍ. Pamplona. España. 1996, p. 710; ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto, *El blanqueo de dinero. Aspectos sustantivos su investigación*, en Cuadernos de Derecho Judicial. El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero. Normativa comunitaria. Número 1. Madrid. España. 1994, p. 129; GÓMEZ INIESTA, Diego J, *El Delito de blanqueo de capitales en Derecho español*. CEDES. Barcelona. España. 1996, p. 59; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, *El delito de blanqueo de capitales en el Derecho Español*. Dykinson (Colección: Cuadernos Luis Jiménez de Asúa). Madrid. España. 1999, p. 31.

³⁸⁷ Por otra parte, la esencia de la figura culposa se reduce todavía más en aquellos sistemas de carácter expansivo, en los cuales, la descripción del objeto material no se encuentre vinculada a la previa comisión de uno o varios crímenes concretos: en tanto el tipo del blanqueo se limite a formular una llamada genérica al origen delictivo de los bienes, disminuyen las posibilidades de que el dolo del sujeto activo no abarque —siempre de acuerdo a esa “valoración paralela de la esfera del profano” a la que tantas veces nos hemos referido— la cabal percepción de tal elemento jurídico-normativo.

similar condición ³⁸⁸ todo ello orientado a lograr que el operador económico, obligado jurídicamente a conocer todos los datos relativos a la transacción de que se trate, se vea forzado a salir de su posible ignorancia o a confirmar sus sospechas y por ende pueda comunicar tal información.

Empero tampoco debe pasarse por alto, la posibilidad de que esas normas preventivas sean infringidas por los obligados a practicarlas, incluso de manera consciente, sin que tras esa conducta se oculte una intención o sospecha alguna de blanqueo de fondos. En esas circunstancias —atinentes al profesional que flexibiliza su actitud por efecto de la rutina—, el infractor sí solo se trata de una inobservancia a sus deberes, podría ser sancionado disciplinariamente por el incumplimiento de las normas de cuidado a que esté sujeto, porque un exceso en este aspecto genera un recrudescimiento del predominio objetivo sobre la base de la doctrina del *versari in re illicita*³⁸⁹.

8. La configuración del delito de lavado por culpa.

Como se ha expresado la discusión de la doctrina sobre la necesidad de sancionar o no el blanqueo de capitales por culpa es una cuestión de actualidad, ello por cuanto la exigencia del dolo como único elemento de imputación subjetiva da lugar a inevitables a dificultades de prueba, lo cual se pretenden superar cuando se añade al modelo de blanqueo de capitales la posibilidad de que ciertas conductas encuentren una respuesta penal si los sujetos obran en violación a los deberes de cuidado, obviamente como se indicó en su momento, esta opción de política penal se encamina a un cierto sector, el cual se encuentra vinculado a la prestación de las actividades financieras y económicas que desarrollan los llamados sujetos obligados³⁹⁰.

La anterior expansión tiene importancia específica desde el punto de vista de los empleados del sistema bancario, quienes desarrollan sus actividades en un marco coincidente entre las actividades económicas y financieras y las prescripciones normativas de diversas fuentes que regulan las mismas, las cuales ciertamente se han ido haciendo más profundas y específicas para tratar de generar un mayor ámbito de control.

.....
³⁸⁸ Son diversas las medidas que pueden asumirse, pero lo más importante es el control de las mismas, así puede establecerse la identificación de las de las personas en cuyo nombre o interés actúan, el fijar límites cuantitativos a las operaciones realizadas, el traslado de datos a las autoridades de control, el establecimiento de archivos y cotejo de documentos, la prohibición de cuentas cifradas etc. Esas medidas —y otras más— se encuentran regladas con diferentes funciones en los artículos 4, 14, 15, 16 y 17 del Reglamento de la Ley contra el Lavado de Dinero y Activos. Por ejemplo en el Capítulo III “Identificación del cliente” del Instructivo de la Unidad de Investigación Financiera para la Prevención del Lavado de Dinero y Activos en las Instituciones de Intermediación Financiera se establece como directriz general la política de conocimiento del cliente y se especifican los requisitos del procedimiento de identificación de los usuarios.

³⁸⁹ La postura intermedia nos parece plausible, por cuanto en el marco de un Estado que se predique respetuoso de las libertades ciudadanas fundamentales, la combinación entre prevención administrativa y represión penal sigue siendo la vía más apropiada para luchar contra el lavado de fondos de origen criminal. Ciertamente ni la reglamentación más exhaustiva puede garantizar la total y absoluta erradicación de conductas culposas por negligencia o imprudencia, y tal realidad tampoco puede modificarla el Derecho penal, por lo tanto parece proporcional reducir la punición de dichas conductas a límites socialmente aceptables. En tal sentido si debe privar el principio de intervención mínima, asociado al de proporcionalidad y de culpabilidad, habrá de restringir la aplicación del Derecho Penal a los supuestos en los que medie el dolo del agente —ya sea directo o eventual aún por ceguera intencional— pero considerando no típicas la existencia de un reducido porcentaje de posibilidades de que permanezca impune la conducta de quien, por simple descuido, colabore con los promotores de una operación de lavado, siempre que no encaje en las modalidades de encubrimiento culposo ya previstas legislativamente. Sobre las consecuencias del objetivismo extremo y del *versari*, ver SÁNCHEZ ESCOBAR, Carlos Ernesto, *Política Criminal y Principialismo*, en Ensayos para la Capacitación Penal. Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. San Salvador. El Salvador. 2003, pp. 95 a 96.

³⁹⁰ Conforme a la ley de la materia son sujetos obligados los que aparecen nominados en el artículo 2, teniendo en cuenta que se trata de una norma con un carácter expansivo sobre todo en el apartado final en el cual se prevén cualesquiera otras instituciones, asociaciones y sociedades mercantiles grupos y conglomerados financieros, la cuestión actualmente se encuentra en revisión y pendiente de una reforma legislativa.

En este marco, debe considerarse la cuestión de política penal en el sentido que, estos agentes financieros podrían eludir su responsabilidad por el lavado de dinero alegando su no conocimiento del origen delictivo de los bienes con los cuales realizan sus operaciones, es más, qué esas actividades se desarrollan en lo normal de su giro, en un espacio que la actual doctrina penal denomina el campo de las “acciones neutrales” y en estas circunstancias sería ampliamente problemático para los subsistemas penales demostrar la existencia de un conocimiento positivo sobre la actividad de lavado, lo que dejaría prácticamente sin aplicación al delito de blanqueo de capitales en este segmento especial de su manifestación.

Precisamente para evitar tales consecuencias en algunos modelos penales de *lege ferenda* –por ejemplo el alemán y el español– se ha procedido a la criminalización del blanqueo imprudente, cuya ventaja reside en que facilita la prueba del delito sobre la base de cuáles eran los deberes exigidos a los agentes en una situación de control de riesgo, en este caso del riesgo de las actividades de los sistemas financieros y de qué manera puede actuarse en el margen del riesgo permitido³⁹¹.

Al respecto debe considerarse que en el tipo imprudente del delito de blanqueo de capitales tienen cabida comportamientos realizados tanto por culpa no representada como por la llamada culpa consiente o luxuria, ambos casos de culpa son posibles de configurar tanto por quien es descuidado en los deberes que tiene que cumplir por que no se representa el acaecimiento del suceso que desarrolla la conducta típica de lavado, como aquel que previendo tal posibilidad deja de actuar conforme a sus deberes de control de riesgos. Ahora bien es oportuno indicar que los problemas de distinción entre la culpa consciente y el dolo eventual se reproducen también en este ámbito, por cuanto son problemas generales de la dogmática. La delimitación entre ambas formas de imputación subjetiva se entiende todavía resuelta mayoritariamente siguiendo la denominada teoría del consentimiento, en particular, la teoría positiva del consentimiento o segunda fórmula de Frank³⁹².

En la línea de pensamiento de la fórmula que emerge como predominante, es posible determinar la responsabilidad penal en que incurre, desde el punto de vista de los tipos del blanqueo, el empleado de banco que actúa con la denominada “ceguera deliberada”, pues precisamente en estos casos se trata una cuestión atinente a diferenciar entre el dolo eventual y la culpa representada³⁹³.

391 En la moderna teoría del delito se entiende que actúa imprudentemente: “quien realiza el tipo de una ley penal como consecuencia de la infracción involuntaria de un deber de cuidado, y no lo advierte, pese a su obligación, o aun teniéndolo por posible, confía, contrariando su deber, en que no se producirá el resultado”. Como se desprende de la propia definición, la responsabilidad por imprudencia incluye tanto los supuestos de culpa consiente o con representación como los de culpa inconsciente o sin representación. En la primera, el sujeto se representa la posible producción del resultado, pero confía en que no se produzca. En la segunda, no existe previsión, pero sí previsibilidad del resultado; el sujeto no sólo no quiere que se produzca el resultado, sino que ni siquiera prevé su posibilidad.

392 De acuerdo con dicha fórmula, existe dolo eventual cuando el autor admite en su voluntad, toma a su cargo o se muestra conforme con el resultado. Sin embargo, en los últimos años se ha producido una reordenación sobre tales fundamentos que inclusive han tenido aplicación jurisprudencial, en el sentido que con más fuerza parece imponerse en la delimitación del dolo eventual y la culpa consiente, la teoría de la probabilidad, según la cual es suficiente para el dolo eventual con que el autor considere probable la producción del resultado. En opinión de un sector predominante de la dogmática, el dolo eventual sólo existe si el sujeto, pese a considerar el resultado como posible –no como seguro– lo acepta en su voluntad (es la fórmula positiva o segunda fórmula de FRANK, “ocurra lo que ocurra, suceda esto o lo otro, actúo”). Sobre ese aspecto, FRANK, Reinhard, *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Traducción de Gustavo Eduardo, Aboso y Tea Low. Editorial B de F. Buenos Aires. Argentina, 2002, p. 61.

393 Para nosotros la cuestión quedaría centrada en ese margen de imputación entre las formas de dolo, las de culpa y las situaciones propias del error; cuestión que es similar a la figura de la ceguera intencional.

De acuerdo con el criterio señalado habría que distinguir dos cuestiones importante, una cuando el agente no quiere conocer la procedencia delictiva de los fondos, bienes o valores, pero ésta se representa como probable de acuerdo a un parámetro objetivo, en tal sentido habría que afirmar que el agente procede con dolo eventual.

Ahora bien, si el sujeto, además de no querer saber sobre la procedencia delictiva de los bienes, no se representa el origen de los bienes de esa fuente, su conducta no será dolosa en tal sentido; empero como el orden legal impone una obligación de cuidado, no es posible considerar que concurre un desconocimiento del origen de los bienes para eludir la responsabilidad por lavado de dinero, lo cual significa que en este caso se está ante un supuesto de culpa con representación, por cuanto el sujeto, considera posible la procedencia delictiva de los bienes, y pese a ello se decide por actuar, aunque confía en que no se producirá el encubrimiento o la ocultación de los bienes, fondos o valores por parte de los otros actuantes, ello equivale a decir que el funcionario o empleado de los sujetos obligados, que estando legalmente constreñido, alega que no tiene porqué saber el origen delictivo de los bienes, no evita el reproche por una conducta culposa, por cuanto al infringir el deber de cuidado objetivo y subjetivo que le correspondía en la actividad de riesgo permitido que desarrollaba asume una conducta imprudente en el marco del lavado de dinero culposo.

También son adecuados típicamente en las formas de lavado de dinero mediante imprudencia los casos de culpa sin representación, que son infracciones al deber de cuidado por falta de diligencia, se trata de verdaderas conductas negligentes en la actuación de los deberes de control y en el caso de lavado de dinero y activos ocurre usualmente cuando los funcionarios o empleados de los sujetos obligados, tramitan de un usuarios ingresos por valor cantidades significativas sin realizar los informes requeridos –reporte de operación sospechosa ROS– en estas operaciones cuando objetivamente podía inferirse su irregularidad³⁹⁴.

9. Críticas a la punición del lavado de dinero culposo

Como se expresó supra la doctrina penal no admite de *communis opinio* que la punición de las conductas de lavado sea el medio más idóneo para resolver los problemas que se generan ante la situación problemática de los niveles de conocimiento respecto del origen de los bienes, precisamente porque no concurre una sólida mayoría respecto de tal decisión es oportuno detallar algunas posiciones que se oponen a la punición de las conductas culposas de legitimación de capitales por culpa, indicando que no se trata de todas las posturas asumidas sino de un resumen de las mismas, lo cual permitirá tener un mayor panorama de esta cuestión altamente debatida.

.....
³⁹⁴ Por ejemplo cuando se trata de una cuenta normalmente inactiva; cuando se trata de cuentas activas pero que arrojan un balance de movimientos por cantidades muy pequeñas, cuando el sujeto no demuestra objetivamente la capacidad para manejar ese caudal de dinero o valores, siendo que posteriormente se determina que el dinero procedía de un delito relativo a conductas delictivas generadoras de lavado de dinero. En esos casos, el funcionario o empleado bancario no se representó la posibilidad de que se produzca un delito de blanqueo, es decir no advirtió el peligro de realización de una conducta de lavado de dinero; sin embargo, estaba obligado a apreciar indicios reveladores del origen ilegal del dinero. En este caso se le imputa al empleado de banca un comportamiento culposo cuando el modelo asumido por el sistema penal permite este tipo de imputaciones. Debe tenerse en cuenta que estas formas de incriminación culposas plantea importantes problemas para los funcionarios o empleado de los sujetos obligados. Así cuando se trata de una actuación por culpa no representada se imputa tal conducta al agente porque debería haber apreciado circunstancias objetivas indicadoras del origen ilícito del dinero. Ahora bien, una perspectiva *ex post*, para quien investiga la infracción al deber de cuidado podría fundamentar la sospecha de punibilidad de los operadores del sistema. Pero como en la imputación por culpa no sólo imperan las circunstancias objetivas, sino que también las subjetivas las mismas deben ser tomadas en cuenta en todo su contexto para determinar si la perspectiva *ex post* de quien hace el juicio de infracción del deber coincide con la que se podría haber exigido al sujeto que actúa en el caso en concreto, es decir si es exigible esa misma situación anterior con la perspectiva *ex ante* del sujeto al momento del hecho.

Una primera resistencia viene fundada sobre las base de una de las consecuencias del principio de legalidad, estrictamente sobre el principio de determinación, con lo cual se quiere expresar que al incriminarse las conductas de lavado de dinero mediante figuras culposas y siendo estas construidas mediante tipos penales abiertos, tal aspecto afectaría la taxatividad que debe de imperar en la construcción de los tipos penales³⁹⁵.

También en Alemania crítica la doctrina, el propio concepto de “temeridad” (*Leichtfertigkeit*), entendido como culpa agravada, pues es muy indeterminado, no habiendo sido posible todavía en Derecho Penal elaborar unos límites claros y por ello se entiende que en la modalidad culposa sería harto difícil lograr una concreción aceptable de la garantía de tipicidad por cuanto las formas de lavado de dinero son múltiples y además dinámicas³⁹⁶, lo cual se vuelve más acentuado cuando lo que se exige es un deber de cuidado que no se encuentra previamente determinado y que aunque lo esté por medio de una reglamentación específica, la misma se vuelve disfuncional ante los constantes cambios adoptados por quienes se dedican a la actividad especializada de blanquear capitales³⁹⁷, con lo cual no podría mantenerse preservado el núcleo esencial del principio de taxatividad.

Otro aspecto que ha sido objeto de la crítica es que la inversión de tipos dolosos a tipos culposos tiene implicaciones procesales por cuanto mediante esta técnica legislativa se concretiza una afectación al principio de presunción de inocencia, que entre nosotros se encuentra garantizado con rango constitucional en el artículo 12 de la Carta Magna. Sobre ello, se sostiene que mediante las configuraciones del derecho penal, se crean disfunciones para limitar en demasía la garantía de presunción de inocencia.

395 En tal sentido CALDERÓN CEREZO, Ángel, *El Blanqueo de Capitales en el Derecho Español*, en Revista Justicia de Paz. N° 12. Año V. Volumen II. Mayo-Agosto. 2003. CSJ-AECI. San Salvador. El Salvador. 2003, p. 170.

396 Se indica que el fenómeno del blanqueo de capitales es muy difícil de percibir exteriormente, y que concurren diversidad de formas de disimular el origen delictivo de bienes y valores, a lo cual se añade que los delitos previos que dan origen al lavado son vastos, lo que supone que cualquier persona, realizar conductas económicas con fondos, bienes, valores o derechos que tengan su origen o sean reciclados de una actividad de lavado, ello indistintamente de la clase de negocio que se efectúe, ergo en todo proceso de intercambio en los distintos mercados puede encontrarse siempre un potencial delito de lavado de dinero. También se indica que los métodos de la legitimación de capitales se encuentra sometidos a numerosos, continuos y diversos modificaciones que hacen difícil distinguir una conducta de lavado, a lo cual se agrega que la cuestión esencial reside en determinar cómo las personas entran en contacto con los bienes procedentes del lavado, y como podrían reconocer su origen espurio, todo lo cual, cuando se trata de conductas imputadas mediante imprudencia, se vuelven menos aprehensibles a un conocimiento previo que es la garantía criminal del sujeto mediante el mandato de certeza de los tipos penales.

397 Este aspecto tiene que ver con la creación de supuestos que indiquen objetivamente una situación de sospecha, empero debe tenerse presente que una lista de esta naturaleza puede ser de útil en la medida en que se concretan los hechos que fundamentan un indicio de blanqueo, de manera que se pueda conectar a su falta de apreciación el reproche por el desconocimiento imprudente de los bienes de origen delictiva, lo anterior significa una ventaja para los funcionarios y empleados de los sujetos obligados, por cuanto mediante el seguimiento de tales listas van a quedar libres del reproche por un comportamiento punible, siendo así posible valorar el riesgo de realización de un tipo penal. Empero, lo anterior no debe de ser visto como una solución absoluta por cuanto las formas de lavado de dinero y activos son tan cambiantes que un catálogo excesivamente cerrado de operaciones sospechosas no podría servir de orientación definitiva; por cuanto quedaría rápidamente anticuado y tendría que ser constantemente actualizado. Además debe de considerarse el aspecto del informe o reporte de operaciones sospechosas (ROS) que puede en algunos casos derivar en una verdadera “histeria” administrativa, por la cual se plantean numerosas comunicaciones por parte de los operadores de los sujetos obligados con carácter preventivo en cuanto concorra sólo uno de los indicios que recogen tales guías, lo que puede producir una sobrecarga de los organismos administrativos que reciben tales comunicaciones, llevando o al colapso de los mismos o por lo menos a una labor de investigación sensiblemente disfuncional. También habrá de ponderarse que un catálogo de operaciones sospechosas o irregulares podría acarrear consecuencias negativas, por cuanto el mismo se torna en un manual para los blanqueadores que les indica cómo no se tienen que enmascarar las ganancias obtenidas de un delito, y cómo han de actuar para no llamar la atención, y deberá tenerse en cuenta que quienes operen en el crimen de lavado de dinero y activos cuentan con los recursos para asesorarse por expertos en estas materias.

Lo anterior tiene la siguiente explicación en la sistemática del orden jurídico, por medio del derecho material se fijan los criterios según los cuales se ha de sancionar una forma de conducta desmerecida penalmente como ilícita; para ello se necesita del concurso de la ley procesal, por cuanto sólo mediante los mecanismos que ésta proporciona es posible determinar desde la perspectiva jurídica la concurrencia de los requisitos que fundamentan la punibilidad de un hecho tipificado como delito.

En tal sentido si no se puede demostrar más allá de duda razonable la concurrencia de un elemento del tipo penal con base en la presunción de inocencia en favor del acusado se tiene que aceptar que jurídicamente no concurre la comprobación de tal elemento, lo cual trae como consecuencia la no inculpación del justiciable, lo cual es lo debido en un proceso penal constitucionalmente configurado³⁹⁸.

De ahí que, el tipo imprudente de lavado de dinero pretender evitar las dificultades de prueba que se plantean en el ámbito del blanqueo imputado en su modalidad dolosa. De esta manera, se evita y se elude –según se ha referenciado– mediante el Derecho Penal sustantivo el principio de presunción de inocencia, puesto que en el Derecho Procesal Penal no puede ser limitado a causa de su importancia para el Estado Constitucional de Derecho³⁹⁹, la cuestión es debatida, lo cierto es que se trata de actividades complejas de carácter delictivo que ameritan un tratamiento diferenciado, y que un sector de la doctrina apunta al tratamiento de la imputación por imprudencia, lo cual se ha hecho efectivo en la mayoría de legislaciones penales en materia de lavado de activos.

10. La forma de incriminación de la culpa en la Ley de Lavado de Dinero y activos

La primera cuestión que ha de tenerse en cuenta en nuestro ordenamiento penal en relación a los delitos de lavado de dinero y activos cuando se analiza las formas de imputación culposa es que nuestro modelo responde al sistema de culpa conocido como *crimina culpae* lo cual significa que las incriminaciones culposas únicamente pueden ser objeto de una sanción penal cuando expresamente se encuentre determinada su punición por el legiferante elevando a la categoría de delito la forma imprudente de realización de una determinada conducta.

.....
³⁹⁸ Sin embargo, en el actual derecho post moderno se advierte una nueva forma de articulación de las funciones tanto del Derecho Penal como del Derecho Procesal, en una especie de interacción por la cual problemas del derecho penal material se resuelven acudiendo al derecho penal formal, y problemas del derecho adjetivo, se solucionan acudiendo al derecho penal sustantivo, en ese orden de ideas si el legislador sospecha que existen inconveniente para la punición de un comportamiento prohibido porque un determinado elemento del tipo del injusto previsiblemente no puede ser probado en el proceso (en este caso el dolo), entonces soslaya dichas dificultades de prueba de tal elemento incriminado la conducta por una vía diferente que tiene –al menos en apariencia– menos dificultades probatorias.

³⁹⁹ Sobre lo anterior debe considerarse que en la actualidad al Derecho Penal y Procesal Penal se les considera con una función distinta, esta es, prestar un servicio de una persecución penal lo más eficiente y completa posible. En tal sentido se atribuye al Derecho Penal material una finalidad totalmente nueva y distinta de las clásicas que tenía atribuidas, es por ello que la formulación del tipo penal ya no sirve exclusivamente para fundamentar el contenido material del injusto del delito –en este caso de delito de lavado– sino que una de sus funciones principales reside en simplificar el proceso contra un comportamiento que se entiende ilícito y complejo. Queda marginada la función principal del Derecho Penal consistente en la protección subsidiaria y fragmentaria de bienes jurídicos. En tal sentido se puede perseguir un comportamiento sin tener que cuestionarse la concurrencia o no de criterios materiales que puedan legitimar realmente tal persecución, con lo cual el Derecho material va dejando claro de manera progresiva que constituye un instrumento puesto a disposición del poder político estatal, cada vez más lejos de la antigua dimensión de derecho penal nuclear, lo cual obviamente merece una detenida reflexión para mantener al poder penal dentro de límites legítimos de validez, pero teniendo en cuenta las necesidad de protección ante nuevas formas de ofensividad delictiva.

Desde esta perspectiva nuestro sistema penal en lo relativo a la legitimación de capitales no tipificó de una manera extensiva las conductas de lavado de dinero como formas autónomas mediante la creación de figuras imprudentes que puedan ser específicamente nominadas como delitos de lavado de dinero, ello significa que, las conductas reprimidas en los artículos 4, lavado de dinero y activos y 5, casos especiales de lavado de dinero y activos no pueden ser cometidos mediante una forma de imputación de carácter imprudente en cualquiera de sus dos modalidades, de tal forma que estrictamente, las conductas referidas al lavado de dinero y activos sólo pueden cometerse mediante una forma dolosa, incluyéndose el dolo eventual como se ha expresado supra.

Empero tratándose de la figura del encubrimiento si debe indicarse que además de la forma de comisión dolosa que ha previsto el legislador al tipificar los casos especiales de encubrimiento, considerando de una forma autónoma estas figuras especiales⁴⁰⁰, lo cual lo hace distinto del tradicional encubrimiento previsto en el artículo 308 del Código Penal⁴⁰¹ en este caso si expresamente se ha considerado la modalidad del encubrimiento culposo tal como se ha dispuesto en el artículo 8 de la ley de la materia⁴⁰².

Una primera cuestión, será el señalar algunos parámetros de diferenciación del encubrimiento tradicional respecto de la forma de encubrimiento que la ley especial regula en cuanto a las actividades de lavado que puedan ser objeto de esta forma de ayuda en el delito, en tal sentido –por ejemplo Crespo Barquero– resume la diferencia esencial de dichas figuras entre sí y respecto del delito de lavado de dinero y activos indicando distinta finalidades en cuanto al objeto del encubrimiento⁴⁰³, así en las formas criminales de la receptación y de encubrimiento, coexiste una finalidad de ocultamiento que no es homogénea; con lo cual, mientras en la receptación, la finalidad de quien es receptor de las cosas, es eminentemente lucrativa; en el delito de encubrimiento, el ánimo especial del sujeto, es prestar una colaboración a los partícipes del delito, para que éstos puedan o eludir las investigaciones o asegurarse los efectos del delito; sin embargo, estos actos atentan contra la actividad judicial, al dificultar el esclarecimiento de los delitos, los cuales no tienen una configuración especial como los de lavado de dinero, dado que la ley especial es posterior al Código Penal.

.....
⁴⁰⁰ Nótese que por ejemplo el artículo 7 de la Ley contra el Lavado de Dinero y Activos indica: *“Para los efectos de esta Ley se consideran encubridores”,* lo cual determina un grado de autonomía respecto de otras formas de incriminación, por cuanto en este caso sólo esas modalidades tendrán que ser previstas como formas de encubrimiento.

⁴⁰¹ Dice el texto del artículo en mención: *“Será sancionado con prisión de seis meses a tres años, al que con conocimiento de haberse perpetrado un delito y sin concierto previo, cometiere alguno de los hechos siguientes: 1) Ayudare a eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse a la acción de ésta; 2) Procurare o ayudare a alguien a obtener la desaparición, ocultamiento o alteración de los rastros, pruebas o instrumentos del delito o asegurare el producto del aprovechamiento del mismo; y 3) adquiriere, recibiere u ocultare dinero, cosas o efectos provenientes de un delito o interviniere en su adquisición, recepción u ocultamiento”.*

⁴⁰² En los casos del artículo anterior, si el encubrimiento se produjere por negligencia, impericia o ignorancia inexcusable en las atribuciones de los funcionarios o empleados de las instituciones a que se refiere el artículo 2 de esta Ley o de los organismos fiscalizadores o de supervisión en que se produce la sanción será de dos a cuatro años de prisión.

⁴⁰³ En tal sentido, CRESPO BARQUERO, Pedro, *Delito de Lavado de Dinero y Activos*, en Revista Justicia de Paz, N° 11. Año V. Volumen I. enero-abril. 2002. CSJ-AECL. San Salvador. El Salvador. 2002, pp. 109 a 114.

Precisamente por ello la decisión del legiferante, de criminalizar por separado, las conductas de lavado de dinero y activos, cuya definición en el ámbito del merecimiento, responde a una realidad delictiva diferente, que ya no puede ser contenida desde la visión tradicional del encubrimiento, que en su generalidad para otros delitos mantiene el código penal, y ello, por cuanto la decisión de adoptar una forma diferente de encubrimiento viene sustentado en una normativa que es posterior a la configuración del artículo 308 del CP.

De ahí que, aunque encubrimiento y lavado de capitales, tengan presupuestos comunes en cuanto a la forma general de la conducta –se trata siempre de encubrir– ello no impide la autonomía típica de ambos, y en tal sentido concurre una separación entre ambos tipos penales en lo relativo a la materia de prohibición que impide su homogeneidad, por lo que los supuestos sobre los cuales se estructuran son disimiles y por ende el tratamiento debe ser diferenciado, lo cual, llanamente significa que concurre únicamente un concurso aparente de normas, el cual al ser correctamente despejado, dejara la figura de encubrimiento de la ley de lavado de dinero y activos como el tipo preponderante para ser aplicado.

La anterior decisión es propia de la política penal de reforma, por la cual se decide por el órgano correspondiente elevar a un rango especial, las actividades de ocultar o encubrir las consecuencias económicas obtenidas por el delito, o de ayudar a los partícipes del delito fuente, para eludir las consecuencias jurídicas de sus hechos, cuando tal actividad se realiza en el marco de conductas de lavado de dinero, deslindándolas así, de la tradicional forma de encubrimiento real o personal, para crear una figura delictiva independiente y autónoma⁴⁰⁴.

Ahora bien las formas de encubrimiento que se tipifican en materia de lavado de dinero y activos son las siguientes: a) El ocultar, adquirir o recibir, dinero valores u otros bienes de los autores o partícipes en delitos de lavado sin que medie concierto previo, y dándose cuenta posteriormente de su origen no informaren a la autoridad correspondiente o impidieren el decomiso de dinero u otros bienes que provengan de actividades de lavado de dinero; b) El ayudar sin concierto previo a autores o partícipes de delitos de lavado a eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse a la acción de ésta; c) La no comunicación inmediata de la información debida o la obstaculización de información recibida que debe ser puesta en conocimiento de la Unidad de Inteligencia Financiera por parte de los Superintendentes o de los funcionarios o empleados de los organismos de fiscalización o supervisión; d) los que con conocimiento hayan intervenido como otorgantes en contratos simulados de enajenación, mera tenencia o inversión, para encubrir la naturaleza, origen, ubicación destino o circulación de las ganancias, valores o bienes; o los que hayan obtenido a sabiendas beneficios económicos provenientes del lavado de dinero y activos⁴⁰⁵.

.....
⁴⁰⁴ Ciertamente debe señalarse que tratándose del delito de lavado de dinero y activos, la necesidad de política penal, de sancionar de manera autónoma esta nueva modalidad delictiva por separado del tradicional encubrimiento, se encuentra completamente justificada al menos por las siguientes razones: (a) los delitos cometidos mediante unas nuevas formas de criminalidad que se aprovechan de la complejidad del mundo bursátil; (b) la capacidad de organización de los nuevos modelos criminales; (c) la realidad de un nueva dimensión tecnológica que permite una rapidez y efectividad en los negocios jurídicos actuales, mediante el concurso de los instrumentos financieros; (d) la necesidad de evitar que para una franja de delitos, se puedan legitimar las ganancias de una criminalidad que es asociada u organizada; (e) la especial tutela de los órdenes económicos que sostienen los fundamentos del Estado Constitucional en democracia, etcétera.

⁴⁰⁵ Sobre la cuestión del encubrimiento en nuestro país puede verse SAGASTUME GALÁN, Wilson Edgardo, *Problemas interpretativos sobre la forma de intervención del otorgante de un acto notarial en los casos especiales del delito de encubrimiento del artículo 7 literal D de la Ley contra el Lavado de Dinero y Activos, en Ventana Jurídica* N° 10 Año. VI. Vol. 1. Enero-Junio 2013. Consejo Nacional de la Judicatura. San Salvador. El Salvador. 2013, pp. 70 a 81.

Todas las formas delictivas que se han enunciado tienen la característica fundamental de ser conductas dolosas, entendiendo entonces que el sujeto activo del encubrimiento conoce del mismo y su voluntad es precisamente realizar las diferentes modalidades de ocultamiento que se han detallado en cada apartado, con lo cual el sujeto realiza el tipo de injusto de manera dolosa, media pues un concierto delictivo que en todo caso es posterior a la ejecución del delito de lavado de dinero y de activos, y que se circunscribe básicamente a ocultar las ganancias que se han obtenido mediante el blanqueo de capitales en cualquiera de las fases del mismo.

Ahora bien cuando se trata del encubrimiento culposo concurren algunas cuestiones diferentes por voluntad expresa del legiferante, por cuanto aunque la modalidad arriba enunciada –es decir la dolosa– no tiene referencia alguna a calidades específicas de los participantes, en la construcción del encubrimiento bajo modalidad imprudente si se requiere un sujeto determinado, el cual viene a estar constituido por los funcionarios o empleados de los sujetos obligados enunciados en el artículo 2 de la ley de la materia⁴⁰⁶ o por funcionarios o empleados de los organismos que tienen a su cargo la fiscalización y supervisión en materia de legitimación de capitales, esta particularidad cierra la determinación de las conductas culposas en materia de lavado de dinero y activos, por cuanto dichas formas de imputación solo pueden predicarse de quienes sean empleados y funcionarios de los sujetos sometidos a control como destinatarios de las formas de lavado, y por lo cual sus funcionarios o empleados tienen asignadas deberes específicos de control, vigilancia e información de aquellas operaciones que se encuadren en materia de blanqueo de capitales.

Pero debe tenerse en cuenta además la forma propia de incriminación de las conductas culposas, en este caso el elemento de la voluntad de realización del tipo penal ya no es un elemento que se desvalora en la infracción imprudente, sino que la forma asumida por las figuras culposas radican en su esencialidad, en las faltas al deber de cuidado, con lo cual la materia de prohibición queda circunscrita precisamente a las actuaciones por fuera del riesgo permitido, lo que supone que las conductas inicialmente comprendidas en el artículo 7 de la Ley de lavado –por una remisión normativa– pueden ser cometidas ya no de manera deliberada sino por las actuaciones negligentes, de impericia en las labores que se realizan como empleado o funcionario de la institución o por ignorancia en el cumplimiento de las atribuciones normativamente reglamentadas.

En tal sentido las formas que ahora se presentan de manera culposa son las que se podrían resumir de la siguiente manera: Cuando se oculten, adquieran o reciban, dinero valores u otros bienes de los autores o partícipes en delitos de lavado y posteriormente se tiene el conocimiento que los mismos son producto de actividades de lavado de dinero. La forma de redacción del precepto doloso genera ciertos efectos sistemáticos en cuanto a la forma culposa en la modalidad que se examina.

.....
⁴⁰⁶Es decir los funcionarios o empleados de los bancos nacionales y extranjeros, o las sucursales, agencias y subsidiarias de estas, de las financieras, de las casas de cambio de moneda extranjera, de las bolsas de valores y casas corredoras de bolsas, de las bolsas de productor agropecuarios, de las empresas importadoras o exportadoras de productos e insumos agropecuarios y de vehículos nuevos, de las sociedades e intermediarios de seguros, de las sociedades emisoras de tarjetas de crédito y grupos relacionados, de aquellos que se dediquen a la transferencia sistemática o sustancial de fondos, incluidos los préstamos, de los casinos y las casas de juego, de los comercios de metales y piedras preciosas, de las empresas de transacciones de bienes raíces, de las agencias de viaje, transporte aéreo, terrestre o marítimo, de las agencias de envío o encomienda, de las empresas constructoras, de las agencias privadas de seguridad, de la industria hotelera e instituciones, asociaciones, sociedades mercantiles o grupos y conglomerados financieros.

En un primer lugar, nótese que no media concierto previo, además que el conocimiento del origen del producto también es posterior, y sólo de esa manera es que la no información a la autoridad correspondiente cuando de manera sobrevenida se tiene esa noticia es que se genera la responsabilidad dolosa, ante el conocimiento posterior de la información y su no puesta en conocimiento de la autoridad respectiva; ello significa entonces que esa misma conducta no puede ser asumida como forma imprudente de cometer el delito de encubrimiento en materia de lavado⁴⁰⁷.

El segundo caso es posible asimilarlo al primero, en el sentido que debido a la negligencia, impericia o desconocimiento inexcusable de las propias atribuciones que se encuentran reguladas normativamente –sea por ley, reglamento, instructivo, circular etcétera– el funcionario o empleado no se da cuenta de que las operaciones que realiza son utilizadas para blanquear bienes provenientes del delito y en razón a esa deficiencia el dinero, valores u otros bienes no pueden ser objeto de decomiso por parte de las autoridades.

La forma de encubrimiento que tiene prevista el artículo 7 (b) es una de las formulas clásicas del encubrimiento personal entendido éste como ayuda sin concierto previo a los autores o partícipes de delitos de lavado a eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse a la acción de ésta. Si se estuviera en la modalidad dolosa ello significaría no otra cosa que el agente del encubrimiento procede a la eliminación de probanzas o registros que tiene a su disposición para entorpecer la actividad encaminada a investigar el hecho con lo cual se presta una ayuda para eludir las investigaciones o que las mismas no puedan vincular a quienes han participado en las formas de lavado de dinero⁴⁰⁸.

En el otro supuesto, quedan correctamente enmarcados la omisión de los deberes de comunicación inmediata, de la información debida o cuando se obstaculiza la información recibida, siempre que en este caso se trate de funcionarios o empleados de los organismos expresamente considerados como de fiscalización o supervisión, los cuales tenían el deber de poner en conocimiento de la Unidad de Inteligencia Financiera, en ambos casos debe repararse que se procede mediante una conducta descuidada, por lo cual la no comunicación por descuido o la que haya generado obstáculos a la investigación permiten la tipificación de la conducta como encubrimiento culposo.

.....

⁴⁰⁷Precisamente por ello la configuración del tipo penal debe ser orientada a la propia forma de las conductas imprudentes, y en tal caso se entiende que el comportamiento será típico en esta modalidad cuando se reciban o adquieran los dineros, valores o bienes, por empleados o funcionarios de las instituciones sujetas a control y se realicen las operaciones respectivas las cuales llevarán a un resultado que será la ocultación del ventajas obtenidas, mediante las operaciones realizadas, en tal caso, cuando se advierta que se procedió a recibir o adquirir bienes, valores o dinero, sin tener en cuenta el cuidado debido para esa actividad y por ende con infracción del deber de cuidado, es que la conducta se tiene como típica, aquí el deber de informar queda limitado a su no verificación, porque precisamente en atención a la negligencia, ignorancia o impericia del empleado no se advirtió sobre una transacción irregular y por ello no se verificó la comunicación respectiva.

⁴⁰⁸En su modalidad culposa ello implicaría de parte del funcionario o del empleado del sujeto obligado a que por una impericia suya o por negligencia o ignorancia inexcusable en sus atribuciones, el destruye o pierde rastros o elementos –documentos, registros etcétera– que permiten que una persona vinculada a las formas de lavado de dinero ya no pueda ser objeto de una investigación o que le permita en atención a esta conducta imprudente sustraerse a la actividad de investigación.

El supuesto (d) del artículo 7 de la Ley de Lavado de Dinero, en su modalidad dolosa es de las formas clásica de participar en las conductas de lavado bajo la forma del testaferrato, ello implica ya una dispersión de los bienes en una fase avanzada del lavado, y por tal razón es que dicha forma de conducta se encuentra prevista como un encubrimiento, ahora bien esa forma de prestar ayuda encubriendo los bienes, técnicamente es difícil de reproducir respecto de funcionarios o empleados de las instituciones obligadas, lo cual no significa que no puede concretarse en algunos supuestos⁴⁰⁹.

Por último, debe considerarse el caso de aquellos sujetos obligados que mediante formas imprudentes, impericia, ignorancia inexcusable de sus atribuciones negligencias, permiten que los agentes activos del lavado realicen su actividad de introducir en la economía legal el dinero, los valores o los bienes procedentes del blanqueo, y en este caso mediante tal actividad descuida los funcionarios o empleados de los sujetos controlados, obtienen beneficios económicos provenientes del lavado de dinero, tal conducta cuando se faltó al deber de cuidado establecido por la normativa de control podría implicar una conducta culposa de lavado de dinero.

En iguales términos se realizaría la conducta culposa para aquellos sujetos que de manera descuida y con infracción del deber de cuidado compraran, guardaran, ocultaran o receptaran, ganancias, bienes, beneficios, seguros o activos, provenientes de actividades de legitimación de capitales.

III. El Delito de omisión respecto del lavado de dinero

11. Generalidades del delito de omisión

Conviene aquí abordar la cuestión del delito de omisión; lo primero que se señalará es que la estructura típica del delito omisivo, puede responder al delito doloso de omisión, o al delito culposo de omisión. La omisión se construye –en general– a partir de preceptos imperativos que mandan a desarrollar ciertas conductas, contrario a los tipos penales de acción que prohíben comportamientos⁴¹⁰.

.....
⁴⁰⁹En estos casos, la conducta imprudente radicaría en que el funcionario o empleado procede de tal manera descuidada que realiza operaciones o transacciones por medio de las cuales los bienes originarios del lavado de dinero, se van transformando y dispersando hasta quedar ocultos, en algunos casos estas formas pueden ser más usuales en razón de la naturaleza del sujeto obligado, por ejemplo si se trata de una empresa de la construcción o de bienes y raíces, y realiza de manera descuidada dichas operaciones las cuales redundan en el resultado de que los bienes provenientes del blanqueo quedan encubiertos.

⁴¹⁰Ver SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *El Delito de Omisión*. Concepto y sistema. 2ª edición. B de F. Buenos Aires. Argentina. 2004, p. 93.

No obstante, la sistemática penal, ha venido elaborando el concepto de omisión, paralelo al de acción mediante el principio de inversión; sin embargo es imprescindible señalar, que la diferenciación de hace algunos lustros entre delitos de dominio (vinculados a la acción) y delitos de infracción de deberes (vinculados a la omisión) cada vez más se ha ido difuminando para parte del pensamiento penal⁴¹¹ por cuanto los modelos de competencia en la organización y de competencia institucional se han ido equiparando entre delitos de dominio y de infracción de deberes, por demás está decir, que esta vinculación entre delitos de dominio y delitos de infracción de deberes,⁴¹² es la que domina el panorama actual en ciertos aspectos claves de imputación de los delitos económicos, sobre todo en aquellos que son delitos especiales.

12. La omisión propia

El primer aspecto a examinar es referente a la omisión propia, para lo cual, debe tenerse en cuenta, que los delitos omisivos describen una conducta debida, es decir imponen un deber de realización, de ahí que, esa es la conducta que habrá de considerarse, quedando proscrito extender la apreciación a cualquier otra conducta diferente. Ciertamente en la omisión se parte de un mandato normativo, pero ello no implica que ésta sea un simple no hacer, por el contrario importa no haber realizado lo que estaba impuesto como deber que debía ser ejecutado; de tal manera que son elementos constitutivos de la omisión:

(I) La situación típica. La cual consiste en el supuesto de hecho que se describe en el respectivo tipo penal, en ella se encuentra el mandato preceptivo que impone el deber de actuar de un modo general a quien se encuentre en la situación prevista en la configuración típica.

(II) La no realización del mandato. Lo cual significa que el sujeto, ante el mandato que le impone la norma, lo incumple, realizando una conducta diferente a la prescrita por la norma; este aspecto es esencial en la conducta omisiva, el incumplimiento del mandato, es lo que centra la tipicidad; de ahí que, si se cumplió el mandato, pero el resultado fue insatisfactorio no habrá tipicidad omisiva, porque lo que se impone, es la realización de un mandato, no que en la ejecución el cumplimiento del mismo, alcance la eficacia debida; para medir este parámetro, debe hacerse una comparación entre la conducta que realizó el sujeto activo, y la requerida por el cumplimiento del deber impuesto por la norma.

(III) La posibilidad de cumplir el mandato. Este elemento se ciñe a que, el agente debe tener la posibilidad efectiva, de poder realizar la acción ordenada, si en el caso concreto, no se tiene el poder de cumplir con el acto mandado, no concurre la tipicidad en la omisión; el omitente debe haber podido ejecutar la conducta esperada, y es su no actuación, pudiendo realizarla, desde una posición aletica, la que resulta relevante en la no realización del acto esperado.

(IV) El nexo de evitación. Esta relación de imputación entre el acto que se omitió y el resultado que se produjo, es hipotético, y consiste en la probabilidad de que la conducta debida hubiese evitado el resultado, ello cuando, en la omisión se requiera un resultado de lesión, porque de ordinario los tipos omisivos propios, estarán contruidos como tipos de infracción de deber y ese el elemento que debe constatararse.

.....
⁴¹¹ Consultar JAKOBS, Günther, *La imputación penal de la acción y de la omisión*. Traducción de Javier Sánchez Vera-Gómez-Trelles. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Colombia. 1996, pp. 59 a 65.

⁴¹² Así SCHÜNEMANN, Bernd, *Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania*. Traducción de Silvina Bacigalupo en "Omisión e Imputación Objetiva en Derecho Penal". Jornada Hispano-Alemana de derecho penal en Homenaje a Claus Roxin. Universidad Complutense de Madrid. España. 1994, pp. 13 a 14.

(V) *El delito de omisión* también tiene una construcción subjetiva, es decir, un tipo subjetivo que debe ser satisfecho en el ámbito de la tipicidad. Si se trata de una omisión dolosa, deben concurrir en este aspecto: a) el dolo, el cual tiene cierta peculiaridad, por cuanto, desde el elemento cognitivo necesita del efectivo conocimiento de la situación típica generadora del deber de actuar en toda su extensión; b) el conocimiento del agente del poder de actuar para impedir el resultado, a ello se vincula la voluntad de no actuar, teniendo el poder de evitación⁴¹³.

13. La omisión impropia

Se ha dicho que los delitos impropios de omisión, son las infracciones no tipificadas del deber de impedir un resultado de un delito de comisión –tipificado–⁴¹⁴, para que pueda suceder esa inversión, debe existir una cláusula habilitadora, que bajo ciertos requisitos exclusivos, permita imputar la omisión de un deber jurídico a la comisión de un acto⁴¹⁵. En la estructura de los delitos omisivos impropios o de comisión por omisión, coinciden algunos elementos de la omisión propia, que son los que a continuación sólo se enumeran: (1) la situación típica generadora del deber; (2) la no realización de la acción debida; (3) El poder de realización respecto de la acción debida.

Pero además, de los elementos que se han puntualizado, los delitos de omisión impropia se caracterizan por un aspecto distintivo, que les es único, la denominada “posición de garante”⁴¹⁶ la cual ha sido considerada, el núcleo esencial de los delitos impropios de omisión; la denominada posición de garante, constituye para el sujeto activo que realiza la conducta típica, una especial relación respecto a la tutela de bienes jurídicos, a los cuales en virtud de la posición que ha asumido, debe dispensarles cuidado, protección o vigilancia, pero debe tenerse en cuenta –como se ha señalado correctamente en nuestra opinión– que la posición de garante implica únicamente deberes jurídicos y no deberes estrictamente morales, pues ello significaría una amplitud excesiva de la punibilidad⁴¹⁷.

.....
⁴¹³Bajo estas líneas de pensamiento, BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Reimpresión. Temis. Bogotá. Colombia. 1989, p. 232.

⁴¹⁴En este sentido BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Reimpresión. Temis. Bogotá. Colombia. 1989, p. 228.

⁴¹⁵Dicha fórmula es la utilizada en el artículo 20 del Código Penal que reza: “El que omita impedir un resultado, responderá como si lo hubiera producido, si tiene el deber jurídico de obrar y su omisión se considerará equivalente a la producción de dicho resultado. El deber jurídico de obrar incumbe a quien tenga por ley obligaciones de cuidado, protección o vigilancia, al que con su comportamiento precedente creó el riesgo y al que, asumiendo la responsabilidad de que el resultado no ocurriría determinó con ello que el riesgo fuera afrontado”.

⁴¹⁶Sentencia de la Sala de lo Penal, de las nueve horas del día veintitrés de junio de mil novecientos noventa y nueve (44-98). “En el Art. 20 Pn., se prevé la imputación de un resultado dañoso a la persona que en razón de un deber jurídico, tuviere la obligación de actuar a fin de evitar dicho resultado; hipótesis normativa aplicable también a las conductas culposas de omisión. En consecuencia, es la omisión del deber de actuar lo que origina el resultado, cuando tal resultado era previsible y evitable, según las circunstancias del caso en particular que se juzga (...) La posición de garante deviene de situaciones como la descrita por el fiscal, en que la realización de labores peligrosas por parte de un subalterno o jornalero, a instancias de un jefe o capataz, obligan a éste a adoptar medidas o a realizar acciones que impidan la producción de un resultado nocivo para la integridad física del trabajador, pues en tales circunstancias se origina el deber jurídico de actuar con el fin de evitar el eventual perjuicio”.

⁴¹⁷Así lo consideran, DALL'ANESE, Francisco; FERNÁNDEZ, Rosario; GATGENS, Erick, *Omisión Impropia*. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2001, p. 27.

Entre nosotros, la posición de garante deviene de unos deberes jurídicos, que son impuestos normativamente, de ahí que los mismos deben entenderse taxativos, y su interpretación queda cubierta por el principio de legalidad, por lo que debe imperar una intelección restrictiva de las fuentes de donde emana la posición de garantía.

Si es oportuno considerar, el origen de la posición de garante, para tener una mayor intelección respecto del presupuesto normativo que utiliza el Código Penal, así originalmente se distinguió, entre fuentes formales y fuentes materiales. Y es que ciertamente la sistematización más clásica de la posición de garantía, tiene su fundamento en las denominadas fuentes del deber –teoría formal de las fuentes del deber– para la cual, una omisión se torna antijurídica, cuando el agente tenía en el caso específico, el deber jurídico de actuar para evitar el resultado.

De ahí que el deber puede surgir de la ley –deberes amplios según la fuente legal lo determine– del contrato –en el sentido que obliga a tutelar bienes jurídicos dispuestos para su protección– y de la llamada “injerencia” o “previo hacer peligroso”; de esos supuestos más tradicionales, en el actual estado de cosas, los mandatos del deber se han extendido a las llamadas “relaciones especiales de comunidad”, y a la libre aceptación del riesgo”.

De esta visión formal de fuentes de posición de garante, se ha pasado a la formulación funcional de las fuentes del deber –cuestión que es debatida todavía sin que medie consenso– por las cuales, el cimiento del deber que explica la posición de garante, se sustenta, en la función que corresponde al omisor en relación a la protección del bien jurídico que le corresponde tutelar.

En tal sentido, la división que se hace, entre posición de garante por función de vigilancia de una fuente de peligro, en la cual hay indiferencia de los bienes jurídicos tutelados, y lo que importa es el deber de resguardar el peligro que podría originarse de la fuente que debe tutelar el omisor; y la función de protección de un bien jurídico, en cuyo caso el sujeto activo sí está encargado de la protección de un interés jurídico determinado.

14. Fuentes de la posición de garante

Como lo expresamos, uno de los aspectos fundamentales de los delitos de comisión por omisión, es la posición de garante; por lo que, a continuación, en breve resumen, se expondrán las particularidades de dicha cuestión, en atención a las fuentes que fundamentan la posición de garantía y sus elementos configuradores que se dividen en dos grandes segmentos. Deberes de control sobre específicas fuentes de peligro y deberes de protección especial de bienes jurídicos.

Deberes de control de peligro. Se indica bajo ésta fórmula que, quien domina una fuente de peligro, esta impelido a ejercer control sobre la misma fuente de peligro, de manera que no resulten perjuicios para los bienes jurídicos de los terceros –manejo de sustancias peligrosas, de animales feroces, de instrumentos o actividades de riesgo–. En este punto, lo determinante para fundar la cláusula de equivalencia de la omisión con la comisión, será la injerencia no permitida, en la esfera jurídica ajena, por defectuosa organización de quien tiene el dominio de la fuente del peligro, que incluso puede extenderse a terceros que deben vigilarse. En este caso, puede quedar abarcado el derecho penal de la empresas de riesgos, es decir toda aquella actividad de las empresas que suponen unos peligros, para determinados derechos fundamentales más relacionados directamente con la protección de la vida y la integridad de las personas.

Deberes de protección especial de bienes jurídicos. En este caso, el fundamento del deber, radica en los vínculos de deberes naturales, en las relaciones de estrecha comunidad o en la idea de asunción propia de la posición de garante. Por ejemplo, los deberes de cuidado entre la familia, siempre que exista una comunidad familiar; los casos de estrecha comunidad, se extiende a casos de relaciones de unidad vitales, en las cuales, se genera una correspondencia de confianza, que implica asunción de deberes mutuos, ante la dependencia que surge de la recíproca asunción, por ejemplo la comunidad de peligros.

También se considera como modalidad de la anterior, la asunción voluntaria por la cual una persona asume “por su propia cuenta” la protección o a la asistencia de una persona, de ahí que existe asunción, cuando se prometen prestaciones de manera expresa y terminante, o cuando media promesa de asistencia, con lo cual asume los deberes de protección.

15. La posición de garante.

Ahora bien, debe señalarse que, en la sistemática penal salvadoreña, no se siguen en toda su extensión las denominadas fuentes funcionales en la posición de garante, sobre todo aquellas que extiende en demasía los ámbitos de protección, por fuera del tenor literal máximo posible, que brinda el precepto comentado –artículo 20 CP– conforme al principio de legalidad; de ahí que, la interpretación que se haga de las cláusulas que determinan la posición de garante, debe ser restringida, en virtud de la capacidad amplificadora de la omisión que tiene la virtualidad de imputar delitos dolosos o imprudentes.

Para señalar con una mayor precisión cuales son las formas que asume la posición de garante de conformidad con nuestra legislación penal, pueden ser estimados los siguientes:

(a) obligaciones de cuidado, protección o vigilancia emanadas de la ley. La posición de garante debe surgir de la ley, en virtud del principio de legalidad, el vocablo ley, debe entenderse en su sentido más restringido como ley formal, de ahí que, si la ley impone a una persona obligaciones de tutela, en el sentido de protección de bienes jurídicos de personas, frente a los riesgos que podrían afectarlos, la omisión de tal conducta es posible imputarla comisivamente si se da una completa adecuación a la tipicidad omisiva impropia tanto objetiva como subjetiva.

Las obligaciones de cuidado, protección, o vigilancia, se entiesen como deberes que asume el garante. Precisamente, me inclino por una interpretación restrictiva del vocablo “ley”, por que como se verá las otras fuentes de posición de garante, son lo suficientemente flexible para cubrir otras áreas, siempre respetando una interpretación dentro del sentido literal posible; aunque debe reconocerse que en el pensamiento penal, la fuente de garante que proviene de la ley, ha sido entendida en su sentido material, con lo cual se amplía el radio de acción de los delitos omisivos impropios.

(b) El comportamiento precedente creador del riesgo. Esta fuente de la posición de garante, surge del deber que el agente tiene, de resguardar determinadas nacientes de riesgos, creados a partir del propio actuar precedente, y es conocida como “injerencia”, es decir que ante la creación de una situación de peligro –comportamiento precedente o injerencia– el sujeto debe evitar la concreción del resultado, esta modalidad no es nueva y fundamentó la posición de

garante en el sentido de que la provocación de un evento de peligro sustentaba el deber de impedir que aconteciera el resultado⁴¹⁸.

Precisamente, la injerencia puede tener diversos matices, dentro de los cuales se reconocen usualmente: (I) los peligros que se originan de las propias acciones, por lo que un hecho anterior del agente es el que genera el riesgo para el bien jurídico⁴¹⁹; (II) los deberes que surgen de los riesgos creados por otras personas, que se encuentran dentro de la esfera de la influencia del omitente, y que el mismo tiene el deber de controlar; (III) los deberes que se originan a partir del control directo que el agente tiene sobre determinadas fuentes de riesgo⁴²⁰.

(c) La denominada “asunción voluntaria de la posición de garante”. Mediante esta figura, el agente asume voluntariamente deberes de protección respecto de bienes jurídicos, haciendo que otras personas, renuncien a la prestación de medidas de protección o de ayuda, en tal caso quien asume ésta función de garantía, debe cumplir con los deberes asumidos de protección respecto de la protección o vigilancia del bien jurídico que asumió tutelar, y ante el incumplimiento se da la transferencia de comisión por omisión.

IV. Responsabilidad de los órganos de dirección y de los empleados de los sujetos obligados mediante omisión a sus deberes de comunicación.

16. Incumplimiento del examen de obligaciones atribuidas por ley

Debe manifestar la importancia que tiene que los operadores que desarrollan sus actividades en los sujetos obligados cumplan con las exigencias que los diferentes sistemas de fuentes les imponen en cuanto al control de actividades relacionadas con el lavado de dinero; empero el hecho de que un determinado funcionario o empleado no examine con el cuidado debido las operaciones que realiza y que podrían estar aparentemente vinculadas al lavado de dinero y activos no genera per se responsabilidad penal. Lo anterior permite afirmar que la omisión del deber de examen no sólo constituye una conducta penalmente relevante sino que además la misma también constituye una infracción administrativa que da lugar a las sanciones expresamente reguladas⁴²¹.

⁴¹⁸En la doctrina se precisa de esta manera. Ver ROXIN, Claus, *Injerencia e Imputación Objetiva*, Traducción de Gabriel Pérez Barberá, en “Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales”. Homenaje a Claus Roxin. Marcos Lerner Editora. Córdoba, Argentina. 2001, pp. 141 a 142.

⁴¹⁹Ver BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Reimpresión. Temis. Bogotá. Colombia. 1989, p. 239.

⁴²⁰Precisamente sobre el control de fuentes de riesgo, vinculado a los “focos” de peligro se informa que los mismos tienen una doble consideración: la primera atañe a los controles de origen, teniéndose en cuenta la conducta del productor del foco de peligro; así como la conducta del distribuidor o supervisor del foco de riesgo. La segunda atañe a la cuestión de los controles posteriores que a su vez contienen: a) Controles permanentes; b) controles periódicos; c) controles facultativos. Así DURÁN RAMÍREZ, Juan Antonio, *Control de fuentes de riesgo o de peligro en el delito culposo*, en Revista de Defensa Pública. N° 1. Octubre. San José. Costa Rica. 2001, pp. 14 a 15). Últimamente se han formulado nuevas tendencias respecto de la injerencia –las cuales deben ser asumidas con prudencia– por cuanto extienden de manera amplísima, las relaciones de imputación de la injerencia, así se señala como nuevos ámbitos de la injerencia los modelos de organización, los cuales pueden aplicarse con mayor efectividad en las áreas de la criminalidad económica entre otras. Ver por todos, JAKOBS, Günther, *Teoría y práctica de la injerencia*. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Universidad Nacional del Litoral. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. Argentina. 2000, pp. 51 a 55.

⁴²¹Considérese aquí que legalmente las conductas no cuidadosas de funcionarios y empleados de los sujetos obligados podría generar una conducta penal por imprudencia a tenor de lo dispuesto en el artículo 8 de la ley de la materia. Pero también debe indicarse que las obligaciones establecidas para las instituciones –por ende para funcionarios y empleados de la misma– cuando

En realidad, la obligación de examen cuidadoso de determinadas operaciones no puede ser eficazmente observada por el empleado en concreto, sino que han de ser los órganos de control interno y de comunicación quienes procedan a tal examen. El empleado, en el momento de realizar la operación probablemente irregular no dispone ni de tiempo ni de medios suficientes para proceder a un examen "con cuidadosa atención", en virtud de ello sus obligaciones esencialmente se centran en los informes que elabore reportando operaciones que se entiendan razonablemente como sospechosas según los criterios legales establecidos en la ley y el reglamento⁴²², con lo cual, el deber que se manifiesta es el de realizar la comunicación respectiva al órgano de control interno, el cual para el caso es el oficial de cumplimiento⁴²³, y en la jerarquía meramente administrativa el Departamento de auditoría interna⁴²⁴, los cuales en cumplimiento de las atribuciones que le imputa la Ley, tendrá que proceder al cuidadoso examen de la operación.

Por tanto, respecto del empleado en concreto o fundamental en cuanto a la posible conducta disvaliosa radica más en el hecho de que no comunica sobre la situación de una transacción que encaja en los parámetros legales de la irregularidad, que en la no realización del examen cuidadoso, éste sólo podría estar supeditado a la actividad de informar, para lo cual el empleado ha de realizar un actividad de control prudente para determinar si la transacción encaja en los supuestos de irregularidad desde una perspectiva estrictamente formal.

Conforme a lo anteriormente señalado la cuestión problemática se desarrollará cuando el funcionario o empleado no preste la debida atención a las concretas operaciones respecto de las que la ley y el reglamento expresamente lo exigen. En tales casos ante la falta de atención, se genera la falta de la comunicación debida de la operación con visos de irregularidad, con lo cual ante tal falta del deber de cuidado, y si tal conducta colma el parámetro de negligencia o imprudencia, la conducta del funcionario o empleado podría ser constitutiva de una forma de lavado de dinero, en este caso de un encubrimiento culposo, conforme a lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley de la materia.

son incumplidas pueden dar lugar también a responsabilidad administrativa siempre que no concurra una conducta penal, es decir cuando ésta se encuentre excluida por no ser típica, ello es lo que se entiende del artículo 15 de la Ley contra el Lavado de Dinero y Activos cuando dispone: "Si el incumplimiento de las obligaciones anteriormente señaladas por parte de las instituciones, sin perjuicio de la responsabilidad penal en la que pudieren incurrir, será sancionado conforme a lo establecido en las leyes de los organismos de fiscalización o supervisión". Para estos efectos la Ley de Bancos respecto de directores, funcionarios y empleados dispone que ellos responderán por las contravenciones a las leyes, reglamentos y normas internas aplicables; a lo cual se agrega lo dispuesto en el 37 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero que sanciona a las entidades sujetas a fiscalización cuando incurran en infracciones a las Leyes, Reglamentos, Estatutos y demás normas que las rigen o le sean aplicable.

⁴²²En este caso hacemos referencia a los supuestos que se establecen en el primero y tercero del artículo 9, a los supuestos prescritos en el artículo 10 que suman ocho en total, a las obligaciones dispuestas para la documentación de las transacciones conforme a lo dispuesto en el artículo 13 todos de la Ley contra el Lavado de Dinero y Activos, los cuales resultan más detallados según las prescripciones dispuestas en los artículos 13, 14, 15, 16, 17 y 18 del Reglamento de la Ley contra el Lavado de Dinero y Activos.

⁴²³Así se entiende de lo dispuesto en los artículos 9 inciso tercero, y 14 de la ley de la materia. Como de lo regulado en la letra (g) del artículo del Reglamento de la Ley en cuanto al nombramiento de los citados oficiales, con más detalle los menciona el Instructivo de la Unidad de Investigación Financiera para la Prevención del Lavado de Dinero y Activos en las Instituciones de Intermediación Financiera que en el Capítulo IV "Operaciones sospechosas o irregulares en lo referente al procedimiento dice: "El funcionario o empleado de las instituciones que detecten la celebración de una "Operación Irregular o Sospechosa" llenará el formato elaborado para el efecto y lo entregará a su superior inmediato, a fin de que éste lo haga llegar al oficial de cumplimiento, que cada una de las instituciones haya establecido, en el que se concentraran tales reportes para analizarlos y tomas los acuerdos correspondientes, a efectos de que, en su caso, se remitan a la Unidad de Investigación Financiera de la Fiscalía General de la República y a los organismos de supervisión y fiscalización correspondientes".

⁴²⁴Respecto de la obligación de un sistema de auditoría interna el mismo se establece en los artículos 10 (e) y 4 (d) de la Ley y el Reglamento respectivamente en materia de lavado de dinero y activos.

Lo anterior significa que el operador de los sujetos obligados infringe el deber de cuidado, cuando no comunicar unos hechos respecto de los cuales la ley exige un examen cuidadoso, y que no puede ser llevado a cabo por el órgano de control interno –oficial de cumplimiento y auditoría interna– sin la comunicación oportuna de aquellos. Si el empleado en concreto no comunica y ejecuta la operación, la conducta es adecuada típicamente a una forma de lavado en este caso en la modalidad de encubrimiento culposo.

Por ello mismo si el operador comunica la operación, la responsabilidad por el incumplimiento de la obligación de examen se transfiere al ámbito de competencia de los órganos de control interno y de comunicación –en este caso al oficial de cumplimiento y al departamento de auditoría interna. En este sentido tiene gran importancia la posición que ocupan los organismos de control interno aludidos, por cuanto con la información que trasmite el empleado o funcionario de los sujetos obligados que realizan y supervisan las transacciones, el ámbito de competencia de control se desplaza, ello porque a oficiales de cumplimiento y jefatura y personal de los sistemas de auditoría interna les corresponde el velar por que los reportes de operaciones irregulares sean cuidadosamente examinadas para determinar con una mayor precisión y con la mayor plenitud de información, si encaja en un supuesto de operación irregular que deba ser reportada a la Unidad de Inteligencia Financiera o las Superintendencias respectivas.

De la actividad anterior y del buen funcionamiento de los organismos de control interno, deberá responder los otras jerarquías de los sujetos obligados que tengan como función el control de los mismos, cuando aquellos no proceda al cuidadoso examen de las operaciones que deben reportar⁴²⁵.

17. La omisión de comunicación

El incumplimiento del deber de comunicar las operaciones respecto de las que existan indicios o certeza de que están vinculadas al blanqueo de capitales constituye o bien una infracción penal o bien una infracción administrativa. En estos casos conforme a la ley el reporte de las operaciones irregulares se establece de acuerdo a lo siguiente:

- a) Cuando en una operación o transacción múltiple en un mismo día o en un mes excedan de quinientos mil colones o su equivalente en moneda extranjera, si concurren indicios de que la operación o transacción es irregular o cuando haya petición expresa de la Unidad de Inteligencia Financiera.
- b) Los pagos en concepto de indemnización que excedan los quinientos mil colones hechos por las sociedades de seguros cuando la cantidad asegurada exceda los quinientos mil colones.
- c) Cuando los usuarios en sus pagos mensuales o quincenales pactados hagan desembolsos que no guarden relación con los ingresos que ellos tienen reportados o con la forma de pago usual de sus operaciones comerciales o financieras si los mismos son sospechosos de una operación irregular.

.....
⁴²⁵ Ciertamente, las consecuencias de la omisión del examen cuidadoso de las operaciones sospechosas reportadas por los empleados o funcionarios de los sujetos obligados es que no se presente por los organismos de control interno –oficial de cumplimiento y auditoría interna y por sus controladores– la comunicación ante los entes de supervisión y fiscalización, esencialmente la Unidad de Inteligencia Financiera, precisamente esta omisión de la comunicación de las operaciones irregulares ante los entes aludidos, será la que fundamente la responsabilidad penal de los organismos de control o de sus supervisores en la cadena de control de deberes.

d) Cuando el manejo de fondos de los usuarios no guarde relación con la actividad económica que desarrollan o cuando las operaciones realizadas por sus montos, números, complejidad, características o circunstancias especiales se alejen de los patrones habituales o convencionales de transacciones del mismo género⁴²⁶.

Debe indicarse que responsables de la misma serán “además” de la entidad obligada, las personas que por razones de sus actividades ejerzan cargos de administración o dirección, sean unipersonales o colegiados, en este caso, de la información que rinda el respectivo empleado reportando una operación que a su juicio es irregular, los oficiales de cumplimiento y el sistema de auditoría interna, deberán analizar escrupulosamente la misma y recabar toda la información correspondiente, para determinar si la operación debe ser calificada como irregular, y por ende si debe ser puesta en conocimiento de la Unidad de Inteligencia Financiera de acuerdo a los parámetros legales y circunstancias de hecho que tenga.

Precisamente, de esa actividad y de su revisión cuidadosa, así como del informe que es consecuencia de ello dar, al interior de la institución o directamente responden el oficial de cumplimiento y la unidad de auditoría, por la cual la infracción de este deber les puede ser imputada a ellos debido a una conducta dolosa o negligente en cuanto a la revisión y al informe que deba rendirse, tal hecho puede ser constitutivo de delito, en este caso de delito de blanqueo de capitales por una conducta de encubrimiento usualmente imprudente, si lo que aconteció fue una violación al deber de cuidado, o si era intencional una modalidad dolosa de lavado o de encubrimiento de lavado de la misma especie, así los autores serán las personas físicas que, obligadas a comunicar, infrinjan el deber que les impone la Ley de la materia⁴²⁷, también las personas que ejerzan control de los anteriores, unidades de dirección o jefaturas tendrán responsabilidad por el informe que deba comunicarse, si la falta de control de los mismos o sus propias decisiones afectan la remisión oportuna de la información que por ley debe ser comunicada.

Conforme a lo dicho, el comportamiento consistente en la no comunicación por parte de los operadores señalados, es sancionable tanto penal como administrativamente; y ante esa duplicidad de sanciones una jurisdiccional y la otra administrativa, ello debería de resolverse a favor de la jurisdicción judicial que tiene prevalencia sobre lo administrativo, es decir en el

.....
⁴²⁶ Básicamente las regulaciones sobre reportes de operaciones irregulares sobre las cuales corresponde un deber de informar, se encuentran determinadas en los artículos 9, 10 (e) (III) de la Ley contra el Lavado de Dinero y Activos y artículo 3 del Reglamento respectivo. Es importante añadir que los parámetros objetivos que deben ser tenidos en cuenta para calificar una operación o transacción como sospechosas de las que se han indicado con anterioridad se encuentran nominados en los artículos 12, 13, 15, 16, 17 y 18 del Reglamento de la Ley contra el Lavado de Dinero y Activos.

⁴²⁷ Es importante indicar que en estos casos básicamente si se trata de una conducta culposa, la misma puede dar lugar a una confluencia de sanciones penales y administrativas, pues la infracción del deber de comunicación genera responsabilidad penal y administrativa en los términos de la ley, según se dispuso en el artículo 15 de la ley de lavado de dinero; ante esta comunidad de sanciones debe ponderarse la eficacia del principio de *Non bis in idem*, cuyo tratamiento nos parece que no es el más adecuado conforme a la esencia de la garantía de *jus dopardi* por ello las soluciones a las que se ha arribado en otros sistemas legales nos parecen más adecuadas por cuanto ante la doble posibilidad de sanción, y ante el procedimiento penal se suspende la actividad de la jurisdicción administrativa sancionadora oficiado por la administración pública encargada de tal función, lo cual implica la información a la fiscalía para que persiga el delito ante los tribunales –en nuestro sistema sería informar a la Unidad de Inteligencia Financiera para después de los análisis respectivos incoe la acción penal que proceda ante los tribunales– finalizado el procedimiento penal, se reanuda la tramitación del expediente sancionador contra los sujetos obligados que no hubieran sido condenados en vía penal, si concurre condena cesa la actividad administrativa. La resolución administrativa deberá respetar los hechos declarados probados en el procedimiento penal, nos parece que tal forma de articulación del principio de *Nom bis in idem* tutela mejor la garantía que prohíbe perseguir más de dos veces a una persona por el mismo hecho.

sistema de fuentes, las normas penales son de preferente aplicación que las normas sancionadoras gubernativas, ello implica que ha de procederse inicialmente a la determinación de responsabilidades penales, y si concurren las mismas la garantía enunciada en el inciso final del artículo 11 de la Constitución impediría una ulterior sanción administrativa, dada la mayor entidad de la consecuencia jurídica que se impone⁴²⁸, como lo es una sanción de carácter penal, siendo la conducta puede constitutiva un delito, y, en específico, dado que constituye la inejecución de una acción jurídicamente debida, un delito de omisión.

18. La posición de garante de los órganos de dirección y empleados en el lavado de dinero

La omisión de la comunicación de una operación respecto de la que existan indicios o certeza de que la misma se encuentra relacionada con el lavado de dinero y activos antes de su realización puede dar lugar a la ocultación o al encubrimiento de los bienes de origen delictivo, esto es, a un delito de legitimación de capitales, cuando concurren los supuestos previstos por las tipificaciones legales, ello implica que la mera infracción de la obligación de comunicación derivada de la ley no da lugar directamente a sanciones penales.

Lo anterior es bueno recordarlo, por cuanto el Derecho Penal interviene exclusivamente cuando como consecuencia de la infracción del deber de comunicación se realiza un tipo penal, lo cual puede ocurrir si se omite la comunicación de las operaciones respecto de las que existan elementos de juicio o certeza de estar relacionadas con el lavado de dinero y de activos, derivándose precisamente de esta omisión, la ocultación o el encubrimiento de los bienes de origen delictivo, ahora bien, debe tenerse presente que en todo caso, se está en presencia de un delito de omisión por lo cual, es preciso una ponderación adicional de equiparación o equivalencia entre la omisión y la acción⁴²⁹.

Conforme a lo anterior debe de determinarse si las personas jurídicamente obligadas por la Ley contra el Lavado de Dinero y Activos, y las disposiciones reglamentarias que desarrollan la misma, son responsables de que no tenga lugar las conductas de lavado de dinero aún en su modalidad de encubrimiento, o mejor dicho en otras palabras, si los operadores de los sujetos obligados se encuentran en una posición de garante que les exige la evitación del resultado. Lo anterior implica considerar si de la normativa que obliga a la comunicación de las operaciones sospechosas conforme a la ley y el reglamento y a las disposiciones administrativas internas y de comunicación para conocer, prevenir e impedir el blanqueo de capitales, las cuales regulan todo el ámbito de control en los distintos instituciones obligadas, es posible fundamentar un deber de garantía de los directivos, funcionarios y empleados de los mismos.

.....
⁴²⁸El artículo citado dice que nadie puede "ser enjuiciado dos veces por la misma causa". Es más si se repara sobre la eficacia de la sentencia de condena en lo penal, la misma significa además de la imposición de la pena, la aplicación de las penas accesorias que son las mismas que podrían derivarse del régimen administrativo sancionador, por lo cual aún desde una perspectiva de mera eficacia los fines se encuentran alcanzados.

⁴²⁹Ello implica que la producción del resultado del lavado de dinero a consecuencia de la omisión de la comunicación sólo es penalmente esencial cuando la no evitación del mismo, al infringir un deber jurídico de actuar del autor, equivalga a su causación según la regla que establece el artículo 20 del código penal, en tal sentido la sola infracción del deber jurídico es insuficiente para imputar responsabilidad penal a título de un delito omisivo, para ello debe mediar la plena equiparación entre acción y omisión, es decir que en la situación concreta, exista una obligación legal o contractual de actuar, o que haya tenido lugar un actuar precedente peligroso, y además que sea el incumplimiento de este deber el que produzca el resultado tipificado en las conductas de lavado de dinero.

19. La posición de garante y el deber de informar

Una primera consideración es atinente a que se ha entendido que si bien la obligación de establecer procedimientos y órganos adecuados de control interno y de comunicación tiene un carácter exclusivamente preventivo, no ocurre lo mismo respecto de la obligación de comunicación de las operaciones sospechosas, pues ésta no pretende en primer término la lucha contra el blanqueo sino el aumento de la eficacia de la persecución penal. Por lo anterior y mediando está clara distinción, no podría fundamentar una posición de garante respecto de la realización del delito de lavado de dinero respecto de cuestiones meramente preventivas, aunque si del deber de informar sobre operaciones o transacciones determinadas ya como irregulares, la solución a considerar una sola de estas vías dignas de represión en el ámbito penal es polémica.

Por ello se ha entendido que la obligación de comunicación tiene en realidad una doble función: sirve tanto para facilitar la persecución penal, como, con carácter preventivo, para la evitación del lavado de dinero, es decir que vinculado a la obligación de informar los fines del ius persecuendi y los fines de prevención de evitación de conductas relacionadas con la legitimación de capitales son coincidentes, y en tal sentido si es posible fundar que la obligación de comunicación sirve de base para una posición de garante penal respecto del delito de lavado de dinero y de activos.

Ahora bien, no debe olvidarse que en la doctrina en estos aspectos se ha formulado reparos en lo concerniente a la posición de garante de las personas obligadas normativamente para evitar conductas de lavado de dinero –Fulbier– sobre todo teniendo en cuenta a los destinatarios de las normas, por cuanto se sostiene que en estos casos, la obligación de comunicación que imponen los preceptos citados de la ley y el reglamento, no fundamenta una posición de garante, pues los sujetos para los cuales están destinadas dichas normas son las instituciones obligadas y no los empleados individuales⁴³⁰.

Sin embargo, y no obstante la importancia de tal consideración dogmática debe tenerse presente que la posición de garante en una persona jurídica tiene diversos niveles de concreción, así en determinados supuestos corresponde directamente a los órganos de dirección o la jerarquía corporativa de la misma, o puede ser que en algunos casos a los representantes legales o una dirección determinada, pero precisamente como organismo corporativo que es, tales funciones de control y vigilancia, pueden ser delegados en sus empleados individuales, con lo cual se trasmite la posición original de garante hacia un empleado de menor jerarquía, aunque al delegante le quedan comprendidos siempre deberes de supervisión, puede ser también que la misma normativa, determine que la cadena de control inicie por las personas que desempeñan labores estrictamente operativas, es decir los empleados y que los controles de supervisión los determine verticalmente⁴³¹.

⁴³⁰Informando de la posición de Fulbier A/Aepfelbach R.R., en BLANCO CORDERO, Isidoro en *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales*. Editorial Comares. Granada. España. 1999, p. 127.

⁴³¹En todo caso habrá de abonarse la autorizada opinión de Silva Sánchez quien extensamente trata dicho problema señalando tal cuestión es atinente a los fundamentos de la criminalidad de empresa y a las formas de imputación de las actuaciones y omisiones de los sujetos individuales que son parte de los sistemas de organización de las empresas. Ver SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español*, en Fundamentos del Sistema Europeo de Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin. Schünemamm B./de Figueredo Díaz, J. (Coords.) Silva Sánchez J.M. (edición Española). Barcelona. España. 1995, p. 357 a 370.

Ciertamente, la problemática anteriormente señalada se corresponde en la actualidad con cuestiones del tratamiento jurídico-penal de la criminalidad de empresa y de la imputación del hecho delictivo a los sujetos individuales que forman parte de la estructura organizativa de la misma, es decir este es un aspecto novedoso de las formas de imputación sobre entes corporativos que debe ser fijado en esa dimensión para determinar las correspondientes formas de imputación penal en cuanto a los deberes que corresponden a cada uno de ellos, pero tal situación no es precisamente algo novedoso de este siglo, ya en la doctrina penal alemana, con base en la teoría de las funciones –iniciada por Kaufmann⁴³²– se fundamentaba la posición de garante en la relación funcional materialmente existente entre el sujeto y el bien jurídico.

Desde esa perspectiva de relación funcional las obligaciones impuestas por las normativas relacionadas con el lavado de dinero no fundamentan de manera absoluta una posición de garante respecto de los empleados y directivos, sino que este deber de garantía se deriva de alguno de los criterios materiales elaborados por aquella teoría, lo cual implica no otra cosa que la fuente originaria de la posición de garante no es exclusivamente formal, sino que es material y depende de las funciones asumidas en el desarrollo de los roles dentro de la actividad empresarial, con lo cual, si se parte de la fuente formal como originaria de deberes, este punto de partida sólo tiene un carácter ejemplificativo, lo cual significaría de seguir una fundamentación de esta naturaleza, que existen supuestos en los que, pese a no constatarse la vulneración de un deber legal, contractual o derivado de injerencia, será siempre posible fundamentar un deber de garantía, de acuerdo a las funciones materiales de vigilancia y control que en la realidad se desarrollen en el organismo corporativo.

20. La posición de garante de los directivos o funcionarios

Para fundamentar la posición de garante de los directivos, funcionarios o de los integrantes del órgano de administración o de dirección de una institución comprendida dentro del marco de los objetos obligados, esencialmente cuando dichas funciones de dirección o administración provienen de un fundamento material habrá inevitablemente que recurrir a la teoría de las funciones desarrollada por Kaufmann y como consecuencia de ello a los diferentes criterios⁴³³.

En primer lugar, se afirma la posición de garante del grupo propietario del sujeto obligado con fundamento en el criterio de la responsabilidad por determinadas fuentes de peligro que recaen en el ámbito de su responsabilidad. Ahora bien, respecto de este criterio se diferencian dos ámbitos de dominio, que se detallan de la manera siguiente (a) el dominio personal o sobre la persona; (b) el llamado dominio material o sobre las cosas.

El dominio personal consiste en la obligación de los propietarios de la institución que este caso es uno de los sujetos obligados –banco, casa corredora, sociedad de seguros, hotel, casino, etcétera– de evitar delitos por parte de sus subordinados⁴³⁴. Ahora bien, esta perspectiva ha sido objeto de algunas críticas por qué se entiende que el criterio del dominio personal, es contrario al principio de auto-responsabilidad, lo cual implica el hacer responsable a alguien por el comportamiento de un tercero.

.....
⁴³²En tal sentido KAUFMANN, Armin, *Teoría de las Normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*. Versión castellana de Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés. De Palma. Buenos Aires. Argentina. 1977, pp. 13 a 15.

⁴³³En tal sentido KAUFMANN, Armin, *Teoría de las Normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*. Op. cit. pp. 139 a 143.

⁴³⁴En este punto además deberá tenerse en cuenta la entidad de la empresa o sociedad de que se trate, por ejemplo, si la misma es un banco las reglas concurren reglas especiales respecto de quienes son los propietarios de tal institución, así se determina en el

Debe estimarse desde esta perspectiva en lo que respecta al blanqueo de capitales, que este criterio tiene una utilidad limitada, porque el blanqueo de capitales realizado mediante una institución financiera no va acompañado en todo caso de la punibilidad del empleo de banca en concreto, el cual puede haber actuado sin conocimiento del origen de los bienes y cumpliendo todas sus obligaciones⁴³⁵.

El otro aspecto es el que pretende sustentar la posición de garante con base en el dominio material sobre una fuente de peligro derivada de la actividad de negocio, en este caso actividades financieras y económicas. Ello supone afirmar que las actividades económicas y financieras que realizan en sus respectivos giros los distintos sujetos obligados, son plausibles de ser calificadas como una fuente de peligro, pues la disponibilidad de los servicios bancarios, financieros, de inversión en bolsa, de adquisición de valores y derivados, de apuestas de juego, de inversión en bienes raíces y en negocios, de compra de moneda etcétera son factores que favorece el riesgo del lavado de dinero y de activos.

En tal sentido debe de tenerse en cuenta que un merecimiento de esas conductas conforme a la tutela de las relaciones financieras y económicas que se desarrollan en un país y en los mercados nacionales e internacionales supone que las conductas de legitimación de capitales es un delito estructurado como de peligro para las actividades que entre otras se han mencionado, dentro de las cuales los distintos mercados del sistema financiero tienen una inusitada relevancia. Empero debe indicarse que ese merecimiento no debe ser entendido como una condición exclusiva y suficiente para fundamentar la posición de garante.

En un Derecho Penal orientado a las consecuencias pero en equilibrio con los grandes principios que limitan el ejercicio del poder, un incremento de la responsabilidad sólo sería válido allí donde ese riesgo de esas actividades financieras, económicas y negócias, no puedan ser prevenidos mediante otras formas de control social de una menor intervención punitiva que la penal, siendo que como es sabido –y ello no se encuentra divorciado de manera absoluta de un derecho penal eficaz– el principio de *ultima ratio* aconseja intervenir sólo las áreas en las cuales sea estrictamente necesaria la intervención penal.

Pero además debe de ponderarse que figuras delictivas como las de lavado de dinero, deben ser consideradas político-penalmente figuras de inclusión, lo cual indica que para la persecución de tal tipo de criminalidad debe mediar una colaboración especial de las instituciones que realizan la actividad lícita en la cual pretende insertarse el lavado de dinero, así como de los propietario de tales empresas, precisamente eso es lo que ocurre con la legitimación de capitales, el enfrentar eficazmente la criminalidad del blanqueo de capitales requiere de la colaboración activa de las instituciones financieras y entidades de crédito y demás sujetos obligados y precisamente esta última circunstancia es la que da paso a la fundamentación –según Werner por una limitación de utilidad– de un aumento de la responsabilidad de los

artículo 10 de la Ley de Bancos que determina quienes pueden ser propietarios accionarios de los bancos, teniéndose también presente que de esos accionistas algunos pueden ser relevantes al colmar los presupuestos establecidos en el artículo 12 de la ley precitada.

⁴³⁵Por ello es que la posición de garante que opera en comunidades de personas que trabajan en actividades plurales usualmente condicionadas por la jerarquización, tiene resultados bastante limitados en la criminalidad empresaria cuando se trata de un delito de legitimación de capitales, y ello es distinto por ejemplo a otros tipos de responsabilidades en otros delitos o en otros rubros de la criminalidad de empresa. Sin embargo, en cargos de dirección o administración más cercanos a la fuente de riesgo sustentada en el dominio personal y en el control del mismo las perspectivas son diferentes, pero en todo caso dimanar de una fuente más inmediata de control.

jerarcas de las instituciones⁴³⁶, por cuanto haya una especie de aceptación en la prestación de dicha colaboración la cual se traslada a la adopción de políticas efectivas en el control del lavado de dinero⁴³⁷.

21. La posición de garante del empleado

Sobre este aspecto en particular debe considerarse que para sostener la posición de garante del empleado individual se acude en un primer momento al criterio de la posición de garante en virtud de la aceptación; en tal caso, entra en consideración, el mecanismo de la delegación o de la asunción de competencias. Estas formas de aceptar deberes, se configuran como reglas de atribución y distribución de competencias, por las cuales se delimitan los concretos riesgos que han de controlarse, además de la determinación de las medidas cuya no adopción hacen derivar la imputación de un delito de omisión impropia.

Lo anterior se concretiza en organismos que funcionan como sistemas jerarquizados, en los cuales se cumplen roles determinados, y por lo cual, es posible la delegación en el garante de determinadas obligaciones que deben ser cumplidas, y que en principio podían ser cumplidas por otro sujeto, la complejidad de las relaciones financieras y económicas hacen que el trabajo de las instituciones que se desarrollan en tales actividades operen de esta forma, en la cual, una gran cantidad de actos y obligaciones de control que deben ser desarrolladas no tienen una naturaleza personalísima.

Y precisamente ese es el caso de la obligación de comunicación de las operaciones sospechosas que impone la normativa relativa al lavado de dinero y activos, pues se trata de una obligación referida a operaciones y transacciones de distinta naturaleza, que no tiene un carácter personalísimo, sino que consideraciones prácticas exigen que los jerarcas en los distintos niveles de la institución delegue en diferentes operadores, teniendo como base a los empleados que realizan de manera directa y personal las operaciones con los usuarios del sistema.

En este marco y en esta forma de operar de las instituciones que se dedican al área financiera y económica, se afirma que sólo puede efectuarse un traspaso de responsabilidad de los jerarcas y directores de las instituciones hacia los empleados cuando en los distintos niveles se confieren distintos formas de poder de decisión. En este sentido, se resalta que, respecto de la obligación de comunicación, la competencia de decidir si se presenta o no la comunicación corresponde en primer lugar al empleado bancaria que de manera directa realiza la transacción, a él le compete bajo un parámetro limitado considerar si una operación es irregular y cumple con informar de su sospecha a restantes miembros.

.....
⁴³⁶ Respecto de ello, ver BLANCO CORDERO, Isidoro, *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales*. Editorial Comares. Granada. España. 1999, p. 129.

⁴³⁷ También en la doctrina se ha sostenido la posición de garante con base en el criterio de la asunción de obligaciones del cargo –Übernahme amtlicher Pflichten– pero la misma ha sido objetada en el sentido que las obligaciones impuestas por las normativas de lavado de dinero, exigen a las instituciones financieras la colaboración con las autoridades en favor de intereses públicos, pero tales instituciones no ejercen potestades jurídico-públicas, con la cual la infracción del deber no asume todas la carga de exigencia que sí tendría cuando la persona realiza una función jurídica con carácter público en su sentido gubernativo, por ende tal obligación viene dada como una colaboración impuesta por ley pero sin la extensión de la potestas civitas.

Conforme a la distribución de funciones de la institución que se trate –por ejemplo si es un banco– tal información será examinada por el oficial de cumplimiento y por el departamento de auditoría interna, y a ellos corresponderá un examen completo y minucioso de la operación para decidir si la sospecha inicial debe ser mantenida y por ende si se reporta como una operación irregular, si la estructura orgánica de la institución requiere de un examen más minucioso, la responsabilidad se traspassa a quien debe realizar tal control, teniendo entonces la obligación de comunicar el reporte final a la Unidad de Inteligencia Financiera si se ha mantenido el juicio sobre la irregularidad de la operación⁴³⁸.

22. El deber jurídico de actuar respecto de directivos y empleados

Desde la normativa penal es posible sostener la vigencia de la teoría formal de las fuentes del deber jurídico de actuar, pues no cabe duda que la existencia de la posición de garante tiene su fundamento en la ley, en un contrato o en la injerencia, aunque como ya lo hemos sostenido la redacción del precepto admite sostener también un desarrollo de las teorías materiales de la posición de garante⁴³⁹.

Ahora bien e la normativa legal y reglamentaria que se ha venido desarrollando se colige que la misma confiere a los jefes, directores, administradores y empleados de las instituciones financieras la obligación de comunicación de las operaciones con indicios o certeza de que están vinculadas a actividades de lavado de dinero y de ello en sus respectivas competencias se deriva una posición de garante según los términos del artículo 20 del Código Penal, por lo cual desde una perspectiva de fuente formal, éstos realizan sus labores actuando como garantes del control y vigilancia de las mismas de cara a las conductas de legitimación de capitales que se pretendan desarrollar utilizando para ello al sistema financiero.

Por lo tanto todos los operadores del sistema desde su propio ámbito de competencia están legalmente obligados a comunicar tales operaciones cuando las misma encajen según su nivel de análisis en una operación de carácter irregular, ello para evitar que se lleve a cabo un delito de lavado de dinero y activos, por consiguiente si los jefes, directores, administradores, funcionarios o empleados en sus respectivas áreas de control, infringen su deber de garante han de responder penalmente en comisión por omisión las conductas previstas como de lavado de dinero o encubrimiento de las mismas cuando ellas se produzcan.

⁴³⁸Al contrario si la estructura de la institución presente un modelo de centralización de las funciones que no deja a los empleados ningún poder de decisión, ni determine a otros funcionarios tales actividades de control, la atribución de responsabilidad ya no se vincula a los subordinados, sino únicamente aquellos que concentran el poder de decisión.

⁴³⁹En tal sentido, se ha dicho que la estructura de la posición de garante en nuestro ordenamiento sólo reconoce a las fuentes materiales de manera limitada ver en tal sentido. MORENO CARRASCO, Francisco; RUEDA GARCÍA, Luis; SÁNCHEZ ESCOBAR, Carlos Ernesto; RIVERA MÁRQUEZ, Sergio Luis; RODRÍGUEZ Delmer Edmundo; DÍAZ CASTILLO, Marco Tulio, *Código Penal de El Salvador Comentado. Actualización y anotación jurisprudencial*. AECI-CNJ. San Salvador. El Salvador. 2004, p. 113.

Lo anterior supone una identidad entre la prescripción normativa y las funciones que los distintos agentes desarrollan, ello equivale a decir en otras palabras, que entre la omisión del deber de comunicación y la realización activa del tipo se da una correspondencia precisamente por el deber de garante impuesto y por el incumplimiento de los deberes de control, ello por cuanto a las personas obligadas les corresponde el dominio sobre el riesgo típico de que se introduzcan en los sistemas financieros y en la economía legal los bienes de origen criminal, por lo cual la decisión sobre el cumplimiento o no de las medidas establecidas por normativamente o el defectuoso desempeño respecto de las mismas, es determinante para la producción o no del resultado.

23. Imputación penal respecto del empleado por omisión impropia

Sólo resta por establecer las diferentes formas de conducta que el empleado del sistema financiero puede asumir en cuanto a su actividad de control respecto de operaciones que se vinculen a conductas de lavado de dinero y activos, ello es importante, por cuanto es esta persona la que directamente realiza la operación que permite el ingreso al sistema bancario y financiero a los bienes con origen delictivo.

Un primer aspecto que debe de considerarse, es aquel en el cual, el mismo empleado del sistema financiero omite la comunicación, pero es él además el mismo que realiza la operación que da lugar al lavado de dinero. En estas circunstancias debe indicarse que quien procede de esa manera realiza una omisión que da lugar al lavado, la cual se vincula a la no realización del acto de informar sobre la operación irregular; pero además dicha persona ejecuta la conducta activa de ocultación, cuando verifica la operación, permitiendo que el dinero entre al circuito legal.

Estas formas de conducta de manera deliberada o imprudente, son las usuales en el sistema operativo de los entes bancarios, por cuanto ese primer control, descansa esencialmente en la persona del empleado de caja, y por lo tanto, con la omisión de la comunicación se produzca un hacer activo; normalmente la decisión de omitir la comunicación va acompañada de la correspondiente de ejecutar la operación⁴⁴⁰.

.....
⁴⁴⁰En tal sentido dicho comportamiento activo es el mecanismo de conexión para la adecuación penal de la conducta constitutiva de lavado de dinero y activos en una modalidad que es activa por ser ésta la forma de conducta predominante, por cuanto el empleado infringe el deber de abstención de la ejecución de la transacción irregular que le obliga a omitir su realización antes de haber efectuado la comunicación.

En la situación antes descrita, debe de concluirse que existe una infracción de la posición de garante, por cuanto ésta requiere que el empleado cumpla con el deber de comunicar las operaciones desde una perspectiva objetiva sean adecuadas con los supuestos de irregularidad que ya la normativa ha previsto, sin embargo por la estructura de las funciones es común que estos casos no sólo no se comunica una operación irregular, sino que además se ejecuta la operación⁴⁴¹.

Para estos efectos se debe de considerar las siguientes cuestiones que son fundamentales en la actividad negocial bancaria. La primera de ella es atinente a si la persona que realiza la operación tiene una relación de clientela anterior con el banco, es decir, si ya existe una relación de negocios entre el banco y el cliente. Cuando media no media una relación de negocios anterior, entre el banco y la persona que concurre a realizar la operación, el rechazo de tal transacción sea por el empleado sea por el futuro cliente, no implica un deber de comunicación de la fallida operación, es decir que no existe la obligación de comunicar tales hechos, y por ende la omisión de la misma no tiene significación penal.

Empero si existe previamente una relación de negocios, en este caso se exige la comunicación de los hechos que supongan elementos de juicio sobre una operación irregular que puede dar paso a una actividad de lavado de dinero y activos, esta situación sí que fundamenta una posición de garante del empleado en concreto, en el caso que éste rechace la operación, tiene el deber legal de comunicar al órgano de control sobre la posible irregularidad de la misma, si se omite tal comunicación, esa conducta omisiva a será constitutiva de blanqueo de capitales en comisión por omisión, si aquella se concreta posteriormente⁴⁴².

24. Omisión y participación en estructuras jerarquizadas

Un aspecto que se ha desarrollado de manera renovada en los ámbitos del derecho penal económico, pero que no era desconocido en la dogmática anterior, es la participación –en sentido estricto– que puede tener un sujeto obligado mediante su conducta omisiva. Para ello es oportuno señalar, que se ha entendido por participación omisiva, y sobre ella se dice que es: “aquel supuesto en el cual una persona que tiene sobre si la obligación jurídica de actuar, se ya impuesta por un precepto legal específico, por una obligación contraída a ese fin o por un actuar precedente, ofrece, acuerda o promete, o meramente decide no actuar para de esa manera facilitar o cooperar en la consumación del delito”⁴⁴³.

.....
⁴⁴¹Pero puede acontecer que el empleado habiendo percibido del examen de la operación una connotación irregular decida no realizar la transacción, lo relevante de esta actividad que sería impeditiva de la consumación de una conducta de lavado de dinero si los fondos, bienes o valores provinieran de una conducta delictiva originaria de lavado, si aparejado a la inejecución de la operación se informa sobre la irregularidad de la misma al órgano de control interno o de comunicación.

⁴⁴²Por cuanto con la omisión de la información debida se infringe la posición de garante legal que le exige el dominio sobre un riesgo que tiene un origen externo a él mismo, y que podría haber controlado de haber actuado procediendo a la comunicación, es decir el peligro de que los bienes de origen delictivo a posterior sean introducidos en el circuito financiero legal y quede así oculta su procedencia, si eso sucede su conducta se vuelve típica, en virtud de la obligación legal infringida consistente en no comunicar las operaciones sospechosas, lo cual era un deber legal que se incumplió.

⁴⁴³FIERRO, Guillermo J., *La Ley Penal y el Derecho Internacional*. Primera edición. Depalma. Buenos Aires. Argentina. 1977, p. 300 a 301.

Tiene relevancia entonces determinar cuando la omisión resulta posterior al hecho, En el caso cuando los sujetos que controlan obran mediante promesa previa, a la ejecución del hecho punible, es irrelevante que la omisión sea previa, concomitante o posterior, porque en estos casos la participación se afirma mediante el ofrecimiento como acto anterior al hecho o concomitante, pero no subsiguiente⁴⁴⁴.

En este aspecto tiene relevancia, las actuaciones de aquellos sujetos que se encuentran obligado a actuar, por ser parte de los entes de control y supervisión de instituciones fiscalizadoras, o en virtud de su labores profesionales y que ejercen actividades de vigilancia sobre empresas o sociedad –actualmente sobre instituciones bancarias, financieras, bursátiles, aseguradoras– en todo caso entidades corporativas del mercado financiero.

En el caso de actividades de supervisión, la teoría de la participación mediante omisión, ocurre en aquellos casos de omisiones intencionales, de los sujetos controladores de las actividades de las instituciones bancarias y financieras, en tal caso, esos actos deliberados de no ejercicio de control de los supervisores, deben estar destinados a favores o encubrir, la comisión de hechos punibles, hacia el interior o exterior de las instituciones objeto de control; en estos casos las obligaciones de actuación para los sujetos que ejercen vigilancia es impuesta por ministerio de ley.

Tiene relevancia, el alcance de las obligaciones a que se encuentran ceñidos los supervisores, y las consecuencias del incumplimiento de las mismas, por las cuales se podría responder como un acto de cooperación omisivo en el hecho ejecutado; actualmente la doctrina le nomina a esa forma de participación “complicidad mediante acciones neutrales⁴⁴⁵. En las anteriores conductas, cuando los sujetos que cumplen papeles generalizados, empleados de supervisión y controles en instituciones financieras, omiten los deberes de control que les incumben, se afirma su complicidad, en virtud de la imposición de un deber legal impuesto jurídicamente, con el fin de que las conductas legítimas que se realizan sean utilizadas por otros sujetos para la ejecución de hechos criminales.

Esas obligaciones de actuar, omitidas por la persona que tiene el rol de control, funda la complicidad, y se niega por ende la autoría mediante la imputación de una comisión por omisión. También se ha reconocido que, cuando la obligación de actuar no se encuentra impuesta jurídicamente, la construcción de la complicidad por omisión, debe ser entendida de una manera restringida y no extensiva, con lo cual se señala que, debe imputarse sólo cuando el omisor, haya mostrado una conducta de acomodación al hecho que se ejecutaba, y que debía

.....
⁴⁴⁴En tal sentido, FIERRO, Guillermo J., *La Ley Penal y el Derecho Internacional*. Op. cit. p. 302.

⁴⁴⁵En tal sentido, se ha sostenido que las conductas neutrales constituyen: “supuestos con una estructura constante, a saber, se ejecuta una conducta que acaba favoreciendo causalmente al autor del delito con pleno conocimiento de que ello es así por parte del primer sujeto. A esta estructura cabe añadir una peculiaridad: se trata de conductas estándares, estereotipadas o ejecutadas conforman a un rol social. Ello significa a su vez. En primer lugar que en sí mismas consideradas son conductas lícitas o inocuas. La venta de un bien de lícito comercio, la prestación de información jurídica, el cumplimiento de las obligaciones derivadas de una relación profesional o el pago de una deuda son estados no jurídicamente desaprobados e incluso, como en el último caso, jurídicamente obligados. Ninguna de estas conductas externamente consideradas lesiona el ordenamiento jurídico. En segundo lugar son conductas que se insertan en contextos altamente regulados o estandarizados. Como consecuencia de ello se llevan a cabo con independencia de las particularidades y presencias tanto de la persona que las ejecuta como de la persona frente a la que se ejecutan”; ROBLES PLANA, Ricardo, *Las conductas neutrales en el ámbito de los delitos fraudulentos*, en Silva Sánchez, Jesús-María, “Libertad Económica o Fraudes Punibles”. Marcial Pons Editor. Madrid-Barcelona. 2003, p. 18.

de haber controlado en virtud de su obligaciones de supervisión sobre las instituciones de intermediación financiera⁴⁴⁶.

En tal sentido, respecto de las personas que se encuentran en una situación de subordinación laboral, en relación al gobierno corporativo de las empresas financieras, y que pueden ejecutar conductas neutras aprovechadas por éstos, con infracción de sus deberes legales de información, ante conductas no amparadas legalmente, que se desarrollan por los administradores, directores ejecutivos o gerentes, en tal caso, la imputación de un acto de cooperación mediante omisión, se encuentra fundamentado si el empleado ha mostrado una actitud adaptación a los hechos desarrollados por las jefaturas.

El último caso a considerar es, cuando el empleado o funcionario en el cual recae el deber de actuar, omite intencionalmente denunciar actos fraudulentos que la ley le obliga a reportar o a controlar, como actos sospechosos o irregulares, y si en virtud de tal omisión puede asumir responsabilidad penal. En este caso, se tiene una obligación legal de actuar y el sujeto deliberadamente la omite; y por ello se ha dicho que tales conducta omisiva, importa una coparticipación, en todo caso, debe analizarse la imputación hacia los agentes de fiscalización cuando no media concierto previo –más allá de la discusión del acuerdo expreso o tácito–.

Lo anterior tiene relevancia, porque, en las estructuras de control, la pasividad del supervisor, aún actuando sin connivencia, puede tener significación penal, si se tiene en cuenta que sus actos de fiscalización, constituyen un deber de estricto cumplimiento; ante ello, se afirma que no es requisito un acuerdo sceleris ni aun previo o concurrente con la ejecución del hecho, y en tal caso, se estima suficiente, la convergencia de la acción del cooperador, tanto en su ámbito objetivo como en el subjetivo, sin que ello implique un acuerdo bilateral, entre fiscalizador y autor de los hecho fraudulentos, en tales casos, si se trata de conductas neutras, en todo caso, el aspecto subjetivo si debe quedar vinculado a los actos de complicidad⁴⁴⁷.

Sin embargo como se ha señalado, la doctrina actual entiende que, esos actos omisivos solo pueden imputado si son no solo conocidos, sino también queridos por el partecipe, en tal sentido, cuando quien ayuda lo hace únicamente reconociendo la posibilidad de ejecución del delito por el autor, pero sin la voluntad de favorecer la misma, y no media representación del hecho como delictivo como consecuencia de su inactividad, en estos casos se dice que la persona obligada responde solo en el ámbito del derecho administrativo sancionador⁴⁴⁸.

Por último, debe distinguirse la omisión de aquellas conductas que son precedidas de la promesa del acto omisivo, en este último caso, la inobservancia de la actividad de fiscalización, mediante actos de connivencia, con la finalidad de facilitar la ejecución del hecho, encaja más en un supuesto de coautoría, como un acto de dominio por omisión en tanto, la fase de control,

.....
⁴⁴⁶Ver ROBLES PLANA, Ricardo, *Las conductas neutras en el ámbito de los delitos fraudulentos*. Op. cit. p. 60.

⁴⁴⁷Lo anterior implica que tal cooperación, sólo puede ser imputada, cuando concurra dolosamente el sujeto a ejecutar una acción neutral, y en tal caso, se afirma que sólo procede configurar la imputación cuando ha mediado dolo directo y no eventual. Empero, por una parte se ha afirmado que es posible la imputación a título de dolo eventual, en cuanto el sujeto tenga conciencia de que se presta una cooperación para el resultado, con lo cual, ese conocimiento de la omisión como integrante de un todo, se genera únicamente en el cómplice, con desconocimiento del autor, con lo cual objetivamente sería suficiente para fundar la participación.

⁴⁴⁸ROBLES PLANA, Ricardo, *Las conductas neutras en el ámbito de los delitos fraudulentos*. Op. cit. p. 23.

es la determinante de evadir, para que el hecho se ejecute, en todo caso, si no domina el hecho por omisión del deber de actuar, al menos puede fundarse una cooperación necesaria, porque la promesa refuerza la voluntad del agente, y es necesaria para que los actos delictivos puedan seguir su ejecución, en tal caso, ni siquiera se trata de una conducta neutral, porque la connivencia la supera, y por ende se concretiza una imputación dolosa.

Conclusiones y Recomendaciones

Luego de las consideraciones hechas sobre los tópicos que se han desarrollado es posible indicar las siguientes conclusiones y recomendaciones.

a) El aspecto subjetivo de los delitos de lavado de dinero y activos es una cuestión problemática de inusitada importancia por cuanto la comprobación del dolo respecto de las conductas típicas es fundamental para demostrar el conocimiento sobre el origen de los bienes, dinero, valores, aspecto trascendental para acreditar una imputación de legitimación de capitales.

b) Que en el caso de que la conducta sea dolosa, debe entenderse que dicho conocimiento sobre el origen de los bienes provenientes de delitos que originan conductas de lavado de dinero, es posible acreditarlo mediante dolo eventual.

c) Que es importante reflexionar la figura de la ceguera intencional como una de las formas que podrían concurrir en materia de lavado de dinero, además que tal forma de comprobación del conocimiento de una conducta criminal es potencial y es aplicado por sistemas penales con los cuales existe una relación de correspondencia, por lo cual los agentes que operan en el sistema financiero y económico salvadoreño puede ser objeto de una forma de imputación de esa naturaleza solo que bajo la dimensión de dolo o culpa y teoría del error según nuestro sistema legal.

d) Que el desarrollo de las formas culposas en materia de lavado de dinero y de activos es un modelo que se encuentra actualmente en expansión en otros sistemas penales, pero que el mismo no ha estado excepto de críticas, tal opción debe ser prudentemente valorada, para determinar la eficacia de la punición de los delitos imprudentes, y su configuración no puede descansar exclusivamente en las dificultades de comprobación del aspecto subjetivo en materia de blanqueo de capitales.

e) Que en el modelo penal salvadoreño la configuración de formas de punición culposas se encuentran previstas pero como una modalidad de encubrimiento.

f) Que el encubrimiento culposo en materia de lavado de dinero y activos tiene un elemento de especialidad respecto de los directores, funcionarios y empleados de las instituciones que aparecen como sujetos obligados y también de los funcionarios y empleados de los organismos encargados de la fiscalización y supervisión de las instituciones sujetas a control.

g) La importancia del cumplimiento de los deberes de control, vigilancia e información que en materia de lavado de dinero y activos tienen los funcionarios y empleados de las instituciones que la ley define como obligadas en materia de legitimación de capitales.

h) Que el incumplimiento de las labores de información por parte de los empleados respecto de las operaciones que objetivamente puedan ser calificadas como irregulares y el control de las mismas por los funcionarios a quienes les corresponde la vigilancia de tal actividad determina la imputación de una conducta con significación penal.

i) Que los jefes, funcionarios y empleados de los sujetos obligados, en sus respectivas labores de control, vigilancia e información tienen posición de garante en relación a la evitación de conductas relacionadas con el lavado de dinero y activos.

Bibliografía

- 📖 ARANGUEZ SÁNCHEZ Carlos “El Delito de Blanqueo de Capitales”. Marcial Pons. Madrid, España. 2000.
- 📖 BLANCO CORDERO Isidoro “Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales. Editorial Comares. Granada. España. 1999.
- 📖 BLANCO CORDERO Isidoro “El Delito de Blanqueo de Capitales”. 2º edición. Aranzadi. Navarra. España. 2002.
- 📖 BACIGALUPO Enrique “Manual de Derecho Penal”. Parte General. Reimpresión. Temis. Bogotá. Colombia. 1989.
- 📖 CALDERÓN CEREZO Ángel “El Blanqueo de Capitales en el Derecho Español” en Revista Justicia de Paz. N° 12. Año V. Volumen II. Mayo-Agosto. 2003. CSJ-AECI. San Salvador. El Salvador. 2003.
- 📖 CASTILLO GONZÁLEZ Francisco “El Dolo. Su estructura y sus manifestaciones”. Editorial Juritexto. San José. Costa Rica. 1999.
- 📖 CHOCLAN MONTALVO José Antonio “El Delito Culposo”. Primera edición. Corte Suprema de Justicia. San Salvador. El Salvador. 2001.
- 📖 DALL’ANESE Francisco FERNÁNDEZ Rosario GATGENS Erick “Omisión Impropia”. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2001.
- 📖 DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO Julio “El delito de blanqueo de capitales en el Derecho Español. Dykinson (Colección: Cuadernos Luis Jiménez de Asúa). Madrid. España. 1999.
- 📖 DÍEZ RIPOLLÉS José Luis: “El blanqueo de capitales procedente del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español.”. Actualidad Penal Número 32 Septiembre 1994.
- 📖 DURÁN RAMÍREZ Juan Antonio “Control de fuentes de riesgo o de peligro en el delito culposo” en Revista de Defensa Pública. N° 1. Octubre. San José. Costa Rica. 2001.

- 📖 FIERRO Guillermo J. “La Ley Penal y el Derecho Internacional”. Primera edición. Depalma. Buenos Aires. Argentina. 1977.
- 📖 FRANK Reinhard “Sobre la estructura del concepto de culpabilidad”. Traducción de Gustavo Eduardo Aboso y Tea Low. Editorial B de F. Buenos Aires. Argentina 2002.
- 📖 GIMBERNAT ORDEIG Enrique: “Acerca del dolo eventual” en Estudios de Derecho penal, Tercera edición. Tecnos, Madrid. España. 1990.
- 📖 GÓMEZ INIESTA Diego J “El Delito de blanqueo de capitales en Derecho español. CEDES. Barcelona. España. 1996.
- 📖 HASSEMER Winfried “Los Elementos característicos del dolo”. Traducción de María del Mar Díaz Pita en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. 1990. Madrid. España 1990.
- 📖 HENDLER S. Edmundo “Derecho Penal y Procesal Penal de los Estados Unidos. AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 1996.
- 📖 HIRSCH Hans Joachim “Derecho Penal. Obras completas”. Tomo I. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires. Argentina. 1999.
- 📖 JAKOBS Günther “La imputación penal de la acción y de la omisión”. Traducción de Javier Sánchez Vera-Gómez-Trelles. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Colombia. 1996.
- 📖 JAKOBS Günther “Teoría y práctica de la injerencia”. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Universidad Nacional del Litoral. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. Argentina. 2000.
- 📖 JESCHECK Hans-Heinrich: Tratado de Derecho penal”. 4º edición. Corregida y ampliada. Traducción de José Luis Manzanares Samaniego. Editorial Comares. Granada España. 1993.
- 📖 KAUFMANN Armin “Teoría de las Normas”. Fundamentos de la dogmática penal moderna. Versión castellana de Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés. De Palma. Buenos Aires. Argentina. 1977.
- 📖 LLOBET RODRÍGUEZ Javier “La teoría del delito en la dogmática penal costarricense”. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2002.
- 📖 MAURACH Reinhart, ZIPF Heinze “Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible. Traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Editorial Astrea. Buenos Aires. Argentina 1994.
- 📖 MEZGER Edmund “Derecho Penal. Parte General. Libro de Estudio. Traducción de Ricardo C. Núñez. Cárdenas Editor. México D.F. 1985.
- 📖 MIR PUIG Santiago: Derecho Penal.” B de F. Buenos Aires. Argentina. Séptima edición. 2005.

- ☞ MORENO CARRASCO Francisco RUEDA GARCÍA Luis, SÁNCHEZ ESCOBAR Carlos Ernesto, RIVERA MÁRQUEZ Sergio Luis, RODRÍGUEZ Delmer Edmundo, DÍAZ CASTILLO Marco Tulio “Código Penal de El Salvador Comentado. Actualización y anotación jurisprudencial. AECI-CNJ. San Salvador. El Salvador. 2004.
- ☞ PALOMO DEL ARCO Andrés “Receptación y figuras afines” en Estudios de Derecho Judicial Consejo General del Poder Judicial. Madrid, España, 1996.
- ☞ PÉREZ MANZANO Mercedes “El tipo subjetivo en los delitos de receptación y blanqueo de dinero” en Cuadernos de Derecho Judicial. El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero. Normativa Comunitaria. Madrid, España 1994.
- ☞ PRAMBS JULIÁN Claudio “El Delito de Blanqueo de Capitales”. Estudio teórico práctico. LexisNexis. Santiago de Chile. Chile. 2004.
- ☞ PUPPE Ingeborg “Imputación objetiva en casos de varios partícipes” en “Imputación Objetiva y antijuridicidad”. Quinceño Álvarez Fernando (editor) Editorial Jurídica Bolivariana. Bogotá. Colombia. 2002.
- ☞ QUINTERO OLIVARES Gonzalo (dir.) y VALLE MUÑIZ José Manuel (coord.) Comentarios al nuevo Código Penal. Aranzadi. Pamplona. España. 1996.
- ☞ RAGUÉS I. VALLÉS Ramón “El dolo y su prueba en el proceso penal”. J. M. Bosch. Barcelona. España. 1999.
- ☞ ROBLES PLANA “Las conductas neutrales en el ámbito de los delitos fraudulentos. Espacio de riesgo permitido en la intervención en el delito” en Libertad Económica o Fraudes Punibles. Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económica empresarial. Marcial Pons. Barcelona. España. 2004.
- ☞ ROXIN Claus “Injerencia e Imputación Objetiva” Traducción de Gabriel Pérez Barberá en “Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales”. Homenaje a Claus Roxin. Marcos Lerner Editora. Córdoba. Argentina. 2001.
- ☞ RUIZ VADILLO Enrique “El blanqueo de capitales en el ordenamiento jurídico español. Perspectiva actual y futura”. Boletín de Información del Ministerio de Justicia Número 1641. Madrid. España. 1992.
- ☞ SAGASTUME GALÁN Wilson Edgardo “Problemas interpretativos sobre la forma de intervención del otorgante de un acto notarial en los casos especiales del delito de encubrimiento del artículo 7 literal D de la Ley contra el Lavado de Dinero y Activos” en Ventana Jurídica N° 10 Año. VI. Vol. 1. Enero-Junio 2013. Consejo Nacional de la Judicatura. San Salvador. El Salvador. 2013.
- ☞ SÁNCHEZ ESCOBAR Carlos Ernesto “Política Criminal y Principialismo” en Ensayos para la Capacitación Penal. Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. San Salvador. El Salvador. 2003.

- 📖 SCHÜNEMANN Bernd “Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania”. Traducción de Silvina Bacigalupo en “Omisión e Imputación Objetiva en Derecho Penal”. Jornada Hispano-Alemana de derecho penal en Homenaje a Claus Roxin. Universidad Complutense de Madrid. España. 1994.
- 📖 SILVA SÁNCHEZ Jesús-María “Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo”. José María Bosch Editor. Barcelona. España. 1992.
- 📖 SILVA SÁNCHEZ Jesús-María “Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español” en Fundamentos del Sistema Europeo de Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin. Schünemamm, B./de Figueredo Días, J. (Coords.) Silva Sánchez J.M. (edición Española). Barcelona. España. 1995.
- 📖 SILVA SÁNCHEZ Jesús-María “Libertad Económica o Fraudes Punibles”. Libertad Económica o Fraudes Punibles. Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económica empresarial. Marcial Pons. Barcelona. España. 2004.
- 📖 SILVA SÁNCHEZ Jesús-María “El Delito de Omisión”. Concepto y sistema. 2º edición. B de F. Buenos Aires. Argentina. 2004
- 📖 TERRADILLOS BASOCO Juan María “Teoría Jurídica del Delito” en “Ciencias Penales”. Monografía. Consejo Nacional de la Judicatura. San Salvador. El Salvador. 2001.
- 📖 VELÁSQUEZ V. Fernando “Derecho Penal”. Parte General. Tercera Edición. Temis. Bogotá. Colombia. 1997.
- 📖 ZARAGOZA AGUADO Javier Alberto “El blanqueo de dinero. Aspectos sustantivos su investigación” en Cuadernos de Derecho Judicial El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero. Normativa comunitaria. Número 1. Madrid. España. 1994.
- 📖 ZIELINSKI Diethart “Dolo e Imprudencia”. Traducción de Marcelo A. Sancinetti. Hammurabi. Buenos Aires. Argentina. 2003.

● COMENTARIOS GENERALES SOBRE LA DELINCUENCIA INFORMÁTICA Y LA LEY ESPECIAL CONTRA LA DELINCUENCIA INFORMÁTICA Y DELITOS CONEXOS

Oswaldo Ernesto Feusier Ayala

Sumario

I. Contexto regional y nacional en materia de cibercriminalidad. II. Cibercrimen: una definición difícil de construir. III. Clasificación de los delitos informáticos. IV. Bien jurídico tutelado. V. Grandes dificultades. VI. Conclusiones.

I. Contexto regional y nacional en materia de cibercriminalidad

La cibercriminalidad es una realidad que ya golpea al territorio latinoamericano, solo en el año 2012, la compañía de seguridad informática ESET estaría advirtiendo sobre la llamada: “Operación Madre”, el primer caso de ciber-espionaje masivo en la cual más de 10, 000 archivos de planos y proyectos realizados con el programa Autodesk AutoCAD fueron sustraídos mediante la utilización de códigos maliciosos o *malware* (ESET, 2012).

Para el año 2015, la misma empresa estaría expresando en el informe titulado: “ESET Security Report Latinoamérica 2015”, que en 8 de 14 países latinoamericanos estudiados (México, Honduras, Nicaragua, Panamá, Ecuador, Perú, Chile y Uruguay), más del 50% de las empresas encuestadas estarían reportando “accesos indebidos a la información”, lo que podría suponer la pérdida y exposición de información confidencial para todas estas empresas (ESET, 2015).

Por su parte, en el informe titulado “Tendencias de seguridad Cibernética en América latina Y el Caribe”, la empresa de seguridad informática Symantec, con el auspicio de la Organización de Estados Americanos, estaría estimando que en dicha región los costos por la realización de delitos informáticos “ascendieron a por lo menos USD 113,000 millones, suma suficiente para comprar un iPad a toda la población de México, Colombia, Chile y Perú” (OEA, 2014). La misma empresa estaría catalogando el 2013, como el “año de las grandes violaciones a la seguridad cibernética”, manifestando entre otras cosas que:

Además de la proliferación de violaciones de seguridad cibernética con fines financieros, los hackers se infiltraron en decenas de empresas y gobiernos, incluidas muchas instituciones de América Latina y el Caribe, para lograr acceso a información confidencial. Se produjeron 253 violaciones de datos a gran escala en 2013, lo que representó un aumento de 62% respecto de 2012. Ocho de estas violaciones de datos expusieron 10 millones de identidades o más cada una, lo cual obligó a comerciantes minoristas, empresas financieras, de seguros y personas físicas, a invertir una gran cantidad de tiempo y recursos financieros para responder y recuperarse de esos ataques e implementar mecanismos de protección adicionales. En comparación, durante 2012 una sola violación de datos expuso más de 10 millones de identidades (OEA, 2014: 12)

Frente a este panorama regional, la realidad salvadoreña exhibe un escenario propio, a saber, el de un país que logró la conectividad al internet en 1996 (casi treinta años después de la primera conexión en Estados Unidos), y en el que además, según la Encuesta de Hogares y propósitos múltiples del 2014 solo un 13.90% de la población tiene internet⁴⁴⁹ (aunque debe decirse que un 92.65% poseen teléfono celular como recurso tecnológico).

En este contexto específico, el ciberdelito no parece ser ni frecuente en su presencia en tribunales, ni variado en su forma de realización, esto es al menos lo que puede desprenderse del ya relacionado informe Symantec-OEA, que nos habla de un poco más de 120 delitos informáticos en aproximadamente 2 años de trabajo (2011-2013) de la División de Delitos Cibernéticos de la Policía Nacional Civil, número en que se lograron una cantidad de condenas bastante reducida⁴⁵⁰, en los términos que plantea el documento:

Se ha informado una serie de actividades ilícitas a la Policía Nacional en los últimos años. Las autoridades comunicaron que se abrieron 72 casos de delito cibernético en 2013, que llevaron a 5 condenas. Además, desde la creación de la División de Delitos Cibernéticos en 2011, se documentaron otros 51 casos de pornografía infantil, 26 casos relacionados con amenazas o intimidación, 23 casos de diseminación ilegal de información y 15 casos de acoso sexual. (OEA, 2014: 58).

No es difícil observar en los anteriores números una fuerte inclinación respecto a delitos de contenido sexual, sobre todo en lo que se refiere a pornografía infantil. También salta a la vista la ausencia de comportamientos de daño o intrusismo informático, a pesar que la compañía de seguridad ESET, para el año 2015 reportaba que en el territorio de El Salvador un 34% de empresas habían sido objeto de ataques a través de *malware*⁴⁵¹.

Sin duda en este último tipo de comportamientos, lo más probable es que aun cuando hubiesen sido detectados, los mismos habrían sido objeto de un difícil encuadramiento en el Código Penal, que no regulaba expresamente este tipo de ataques, un panorama totalmente distinto a lo que sucede con el decreto de LECDIC, que castiga las modalidades más básicas de intrusismo y daño informático, e incluso formas preparatorias de los mismos.

Finalmente, hay otros obstáculos que enfrenta la persecución de este flagelo en nuestro país, como deja claro el informe Symantec-OEA, que detecta las siguientes complicaciones a nivel nacional: 1) Límites de presupuesto en las instituciones encargadas de la persecución; 2) Falta de soporte de los proveedores de servicios de internet; 3) El gobierno no mantiene relaciones de cooperación con compañías establecidas fuera de El Salvador; 4) Falta de un marco de

.....
⁴⁴⁹ Aunque informes como el ya relacionado de la OEA/ Symantec, menciona que la cobertura de internet asciende a un 25.5%, con un porcentaje de suscriptores de banda ancha fija de apenas el 3.8%.

⁴⁵⁰ Lo que puede deberse de la tipificación que recibieron los delitos, y que hace que los mismos sean sujetos a posibles salidas alternas como la suspensión condicional del procedimiento, la conciliación, etc.

⁴⁵¹ El *malware* puede entenderse como todo *software* con contenido malicioso que daña o perjudica una computadora, proviene del término en inglés *malicious software*, pudiendo presentarse de múltiples formas, como lo pueden ser: a) El virus, que infecta un sistema haciendo copias de sí mismo para tratar de propagarse a otros equipos; b) *Adware*, o programas que muestran de forma automática publicidad no solicitada por el usuario; c) *Worm o Gusano*, que se aprovecha de una red para extenderse a varios equipos sin que ningún usuario interfiera en este proceso (ahí está la diferencia entre un virus y un gusano), etc.

trabajo legislativo integral para combatir el delito cibernético (lo que se ha tratado de compensar mediante la aprobación del decreto de LECDIC); y 5) Necesidad capacitación para investigadores y fiscales, entre otras dificultades. (OEA, 2014).

Como se puede observar, la efectiva persecución de este tipo de delincuencia a nivel nacional está lejos de ser superada utilizando como única vía la creación de una ley especial, junto a la misma existen otros factores que deben trabajarse para enfrentar de manera integral está relativamente reciente forma de criminalidad.

II. Cibercrimen: una definición difícil de construir

Existe un consenso del cual no es difícil partir, la ciberdelincuencia o el delito informático pertenece a la rama del derecho comúnmente conocida como “*derecho informático*”, es decir, aquel conjunto de normas “*que regulan la utilización de bienes y servicios informáticos en la sociedad*” (por ejemplo, el régimen jurídico del software, el derecho de las redes de transmisión de datos, los contratos electrónicos, etc.). Más allá de este sencillo consenso, establecer límites precisos para la delincuencia informática se vuelve una labor más complicada.

Sin duda alguna, lo anterior se debe al fenómeno mismo de la globalización y el acelerado desarrollo de las tecnologías de la información y comunicación (en adelante TIC’s), vivimos en una época en la cual las distancias y divisiones territoriales prácticamente se anulan mediante el uso de las tecnologías, afectando nuestras formas de entender el campo de lo político, jurídico, económico, y por supuesto, cultural. En este nuevo entorno en el cual el contacto con las TIC’s se introduce en todos los ámbitos relacionales del ser humano, será difícil diferenciar entre delitos comunes, prácticas inanes y aquellas conductas que pueden considerarse como “*delincuencia informática*” por su potencial lesivo. Sencillamente, se trata de un ámbito demasiado amplio y heterogéneo.

La dificultad por alcanzar un concepto definitivo ha sido reconocida por autores de la talla de Ignacio Flores Prada, que se expresan de la problemática de la siguiente forma:

Debiéramos empezar por reconocerse que no existe entre los expertos un concepto claro sobre criminalidad informática. Utilizaremos esta expresión porque es la que con mayor precisión agrupa un conjunto heterogéneo de delitos, cuya única característica común radica en la utilización de sistemas informáticos” (Flores Prada, 2012: 52)

La heterogeneidad es entonces el principal problema, las actuaciones criminales por medio de tecnologías informáticas pueden presentarse de múltiples formas, desde los sospechosos correos electrónicos que hemos recibido en más de alguna ocasión, y que posiblemente sean puerta de entrada para el delito de estafa, intrusismo o daños informáticos, pasando por la distribución en la red de contenidos protegidos con fines lucrativos (piratería), hasta llegar a formas más recientes y elaboradas de ciberdelincuencia, como las observadas en Europa, en donde ya se ha habla de las primeras manifestaciones de ciber-terrorismo⁴⁵².

.....
⁴⁵² En abril del 2015, el canal internacional francés TV5 Monde fue atacado informáticamente hackers yihadistas supuestamente pertenecientes a la organización Estado Islámico (EI).

Por la misma razón, Leyre Hernández termina advirtiendo la misma dificultad luego de estudiar el desarrollo del concepto de “cibercriminalidad”, una evolución que según la autora está influenciada por las diversas facetas que ha ido presentado este tipo de delincuencia o el desarrollo mismo de las tecnologías de la información, apareciendo en un primer momento definiciones con énfasis en el ámbito patrimonial, que con el tiempo se abrieron a otras formas de ataques a bienes jurídicos tan distintos como la intimidad, la indemnidad sexual, la propiedad intelectual, etc.

A manera de conclusión en este punto, la referida autora parece decantarse por la idea de abandonar una definición cerrada de “delito informático”, y en su lugar referirse a los mismos de manera genérica, como “delincuencia informática” o “criminalidad informática”. En palabras de la autora española:

Por ello la doctrina quizás hoy mayoritaria prefiere acudir a aquellas expresiones de “delincuencia informática” o “criminalidad informática” para incluir en ellas todos los comportamientos en los que un sistema informático sea el medio para lesionar un bien jurídico, cualquiera, y todos aquellos en que dicho sistema sea el mismo el propio objeto sobre el que recae la acción. (Hernández Díaz , 2010: 43)

Retomando un poco las ideas expresadas por Flores Prada, lo que parecería ser el elemento medular de esta forma comisiva es el medio utilizado para la comisión del ilícito, estamos en presencia de delitos que esencialmente se cometen a través de tecnologías de la información y comunicación, una conclusión en la que también parece coincidir Arrocena, que al momento de entender estos delitos expresa lo siguiente:

El delito informático o ciberbelito es el injusto determinado en sus elementos por el tipo de la ley penal, conminado con pena y por el que el autor merece un reproche de culpabilidad, que, utilizando a los sistemas informáticos como medio comisivo o teniendo a aquéllos, en parte o en todo, como su objeto, se vinculan con el tratamiento automático de datos. (Arrocena, 2011: 950).

Se trata también, de una definición similar a la relacionada en el actual decreto de Ley Especial contra los Delitos Informáticos y conexos, que en su artículo 3, literal a), dedicado a realizar “Definiciones”, entiende por delito informático: *“cuando se haga uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación, teniendo por objeto la realización de la conducta típica y antijurídica para la obtención, manipulación o perjuicio de la información”*.

Como se puede observar, la utilización medial de las TIC´s constituye el elemento central de la definición, aunque el legislador le adicione un segundo elemento típico también fundamental, este de carácter subjetivo especial como lo es la intención o finalidad de *“realizar una conducta típica para obtener, manipular o perjudicar información”*, lo que en principio generaría dudas si pueden considerarse típicos comportamientos aparentemente inanes, podemos imaginar el supuesto de un *hacker* que ingresa a un sistema evadiendo la seguridad del mismo, sin hacer ningún tipo de daño ni apoderándose de información alguna, sino por el simple deseo de demostrar su pericia y habilidad a terceros.

Dudas que aumentan cuando leemos los primeros tipos penales que regula el decreto, por ejemplo, el tipo penal de “Acceso Indevido a Sistemas Informáticos” (art. 4 decreto de LECDIC), mismo que se realiza cuando “intencionalmente y sin autorización o excediendo la que se le hubiere concedido, acceda, intercepte o utilice parcial o totalmente un sistema informático que utilice las Tecnologías de la Información o la Comunicación”. Como se puede observar, el comportamiento en cuestión solo requiere acceder a un sistema, independientemente de la finalidad o deseo de “obtener, manipular o perjudicar información”, dejando al intérprete la labor de determinar si la definición de “delito informático” apuntada en el párrafo que antecede, es una definición incorrectamente formulada, o sencillamente el referido tipo penal es una suerte de norma penal de “peligro abstracto” dentro de una ley cuyo catálogo de comportamientos tienen un bien jurídico de por sí bastante difícil de precisar.

En suma, podemos decir que tanto la doctrina, como el decreto de LECDIC, se decantan por una definición amplia de delito informático, entendiendo por el mismo aquel acto típico que se realiza mediante la utilización de una tecnología de la información o comunicación, adicionándose en el caso específico de nuestro decreto de ley, un elemento subjetivo especial que no necesariamente se presenta en todas las especies criminales reguladas en el mismo.

III. Clasificación de los delitos informáticos

Habiendo apuntado que nos encontramos frente a una forma de criminalidad con contornos difíciles de precisar, no es difícil imaginar que también se trata de una forma criminalidad con una tipología o clasificación elusiva. Para el caso, en el año 2010, durante el 12° congreso de las Naciones Unidas sobre la prevención del delito y la justicia penal, la referida la organización internacional admitía que:

El delito cibernético evoluciona constantemente. Cuando se elaboraron instrumentos regionales tales como la ley modelo del Commonwealth sobre los delitos cibernéticos e informáticos y el Convenio sobre la Ciberdelincuencia, los ataques de redes zombi, el “phishing” y el uso terrorista de Internet en gran escala no se conocían, o no tenían la importancia que tienen hoy. (ONU, 2010: 14).

Una dificultad que también advirtió la Oficina de las naciones unidas contra la droga y el delito en el año 2013, cuando en su informe “Estudio Compresivo sobre la cibercriminalidad” admitía que mientras que el término “cibercrimen” no es asimilable a una simple descripción, las preguntas surgen respecto si los objetivos del cibercrimen, sus características, o modus operandi pueden ser identificados en términos generales, en lugar de acudir por referencia a una lista de actos individuales de cibercriminalidad”. (UNODC, 2013: 14).

Ante la dificultad antes reseñada, y con el fin de ser tan comprensivo como sea posible, la organización internacional mencionada acude a una clasificación atendiendo al objeto de protección (*offense object*) y la forma de realización del delito informático (*modus operandi*), señalando tres categorías básicas que integran 14 comportamientos específicos de cibercriminalidad:

1. Actos contra la intimidad, integridad y disponibilidad de la computadora sus datos o sistemas, que incluye comportamientos como: 1.1) El acceso ilegal a un sistema computacional; 1.2) El acceso ilegal, interceptación y adquisición de datos computacionales;

1.3) Inferencia ilegal del sistema de una computadora o datos de la computadora; 1.4) La producción, distribución o posesión de utensilios o herramientas que sirvan para hacer mal uso de la computadora; y, 1.5) Infracciones de la privacidad o a las medidas de protección de datos.

2. Actos relativos a las computadoras para ganancia personal o financiera, o para causar daño, que comprende a su vez comportamientos como: 2.1) Falsificación y fraude relacionados con computadoras; 2.2) Ataques por computadora contra la identidad; 2.3) Ataques relacionados a la computadora contra derechos de autor y marca registrada (propiedad industrial); 2.4) Envío o control de spam; 2.5) Actos por computadora que causan daño personal; y, 2.6) Actos por computadora relativos a la prostitución o el *grooming* infantil.

3. Actos relacionados con el contenido de las computadoras, que incluye los siguientes hechos: 3.1) Hechos relacionados con discursos de odio; 3.2) Hechos relacionados con la distribución o posesión de pornografía infantil; y, 3.3) Actos por computadora relacionados a la comisión o apoyo de hechos terroristas.

A pesar que se trata de una tipología amplia, la enunciación realizada por las Naciones Unidas no posee siquiera la mitad de los comportamientos que contiene el decreto de LECDIC con sus treinta especies delictivas expresadas en cuatro capítulos diferenciados.

Aunque resulte prematuro hacer comentarios sobre una clasificación que no es definitiva (al menos no lo será hasta que el decreto sea ley de la república), los delitos informáticos contenidos en el mismo parecen responder a cinco objetos de ataque fundamentales: a) Delitos relativos al intrusismo y la intimidad; b) Delitos patrimoniales (relacionados con el daño, hurto, fraude, estafa, etc.); c) Delitos relativos a la libertad sexual e indemnidad sexual; d) Delitos relativos a la Fe Pública; y, e) Delitos relativos al orden económico.

En cuanto al decreto, está treintena de comportamientos se encuentran clasificados cuatro capítulos del título II del decreto de LECDIC: 1) Delitos contra los sistemas tecnológicos de información (cap. I); 2) Delitos informáticos (cap. II); 3) Delitos informáticos relacionados con el contenido de los datos (cap. III); 4) delitos informáticos contra niñas, niños y adolescentes o personas con discapacidad mental (cap. IV); y 5) Delito contra el orden económico (cap. V).

La clasificación sin embargo, no está exenta de imprecisiones, en primer lugar y como hemos apuntado, todos los delitos de la ley pueden entenderse como “delitos informáticos” desde la perspectiva doctrinal e incluso desde la misma definición de “delito informático” que provee la normativa (definición analizada más atrás); sin embargo, solo las especies delictivas del capítulo II se denominan de tal forma, por su parte, el capítulo III regula los “delitos relacionados con el contenido de los datos”, pero no incluye dentro de sí delitos como el “Espionaje Informático”, que regula la indebida obtención de “datos, información reservada o confidencial”, lo que también sucede con el delito de “Acceso Indebido a los Programas o Datos Informáticos”, que supone acceder parcial o totalmente a los datos de un dispositivo.

Al parecer, la anterior se trata de una clasificación que recibe cierta influencia de la utilizada por el convenio internacional más importante en lo que respecta a la regulación y persecución de delincuencia informática, nos referimos al “Convenio sobre cibercriminalidad”, o también conocido como “Convenio de Budapest” aprobado por el consejo de Ministros de Europa en el año 2001, y que entra en vigor en el año 2004, un acuerdo internacional tan relevante en esta materia, que incluso ha sido ratificado o firmado por países que no son miembros del Consejo Europeo, como Canadá, Panamá, Los Estados Unidos, República Dominicana, entre otros. El Convenio de Budapest clasifica los delitos informáticos en cinco capítulos:

- 1) Delitos contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y sistemas informáticos: en los que incluye el acceso ilícito a un sistema informático, la interceptación ilícita de datos informáticos o transmisiones no públicas, los ataques que dañen datos informáticos, los ataques al funcionamiento de un sistema, y finalmente, la mera tenencia con fines de utilización de dispositivos con los que se busque realizar los anteriores ataques.
- 2) Delitos informáticos: en los que se incluye el delito de falsificación informática de datos (hacer pasar datos como verdaderos), y, el fraude informático que busque la introducción o alteración de datos o sistemas generando perjuicio patrimonial en el sujeto pasivo.
- 3) Delitos relacionados con el contenido: en los que encontramos la producción oferta, difusión, transmisión, adquisición, e incluso la mera posesión de pornografía infantil, incluyendo dentro de la definición de pornografía infantil aquel material en el que se representen imágenes de un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito; y,
- 4) Delitos relacionados con la propiedad intelectual y de los derechos afines: que regula comportamientos realizados a través de tecnologías de información y comunicación que afecten derechos de propiedad intelectual

IV. Bien jurídico tutelado

De nuevo, nos encontramos con una discusión que se complica al considerar la heterogeneidad de formas de ataque e intereses afectados, por ello, autores como Flores Prada han afirmado que:

En cuanto no existe bien jurídico común afectado, o por mejor decir, son muchos y distintos bienes jurídicos susceptibles de lesión a través del uso de sistemas informáticos, los delitos informáticos aparecerán; así, incardinados en alguno de estos grupos, cuando el legislador haya considerado la utilización de los ordenadores o las redes digitales como medios idóneos y suficientemente relevantes en su singularidad para la lesión de alguno de los bienes jurídicos penalmente protegidos. (Flores Prada, 2012: 53).

Como se puede observar, el autor español confirma la variedad de bienes jurídicos que se pueden dañar o poner en peligro mediante la realización de delitos informáticos sin que se pueda hablar de un bien jurídico que aglutine todas las formas de ataque, una posición que aparentemente está presente en la legislación española, siendo la anterior la razón por la cual los delitos informáticos aparecerán de forma dispersa a lo largo del Código Penal español, según el bien jurídico tradicional que ha sido afectado⁴⁵³.

.....
⁴⁵³ Sin embargo, ésta no es la forma de tipificación que elegida por nuestro legislador, que prefiere una regulación concentrada en una ley especial, precisamente el decreto de LECDIC.

A pesar de lo anterior, otros autores si creen que se puede hablar de un bien jurídico diferenciado que atraviese todos los delitos informáticos, para el caso De la Mata Barranco, cita la postura de terceros autores quienes a su vez relacionan bienes jurídicos tales como la “Información y la accesibilidad a la información”, “la accesibilidad y la integridad de la información y de los sistemas informáticos”, o simplemente seguridad informática”. (De la Mata Barranco & Hernández Díaz, 2009).

En términos generales, Eugenio Arias se referirá a la “protección de la información y de los datos” como bien jurídico tutelado por estos delitos, entendiendo que con dicho bien “se preserva integralmente a los sistemas que utilicen las tecnologías de la información y las comunicaciones” (Ojeda Perez, Arias Flores, Rincón Rodríguez, & Daza Martínez, 2010). Por su parte, la “Seguridad informática” será entendida por Hernández Díaz como un interés “cuya protección evita la lesión de una serie de bienes jurídicos de carácter individual, puestos en peligro con tales conductas atentatorias contra la seguridad de las redes y sistemas informáticos, pero no siempre efectivamente dañados”. (Hernández Díaz, 2010, pág. 45).

Finalmente, la autora referida también delimita lo que la doctrina entiende por “Integridad, confidencialidad y disponibilidad de los datos y sistemas informáticos”, afirmando que dicho bien jurídico “garantizaría la tutela de la incolumidad de los datos, de su libre disposición y de su mantenimiento en los términos en que los ha configurado su titular”. (Hernández Díaz L., 2009: 238).

En cuanto al decreto de LECDIC, el mismo realiza una delimitación del bien jurídico protegido en su artículo 3, literal “D”, entendiendo por el mismo “la información que garantice y proteja el ejercicio de derechos fundamentales como la intimidad, honor, integridad sexual, propiedad, propiedad intelectual, seguridad pública, entre otros”. Como se puede observar, se trata de una definición de la cual se puede extraer al menos una conclusión importante, esta es, que nuestro legislador decidió afirmar la autonomía de los delitos informáticos señalando un bien jurídico distinto, aunque relacionado, respecto al resto de bienes jurídicos tradicionales que encontramos en el Código Penal.

En tal sentido, el legislador nos habla de proteger “la información”, no por el valor aislado que tiene la misma, sino en la medida en que se trata de información de la que dependen otros bienes jurídicos como la intimidad, la propiedad, el honor, entre otros, por supuesto, cuando se habla de proteger la información, tomando como referente la doctrina dominante, así como la definición de delito informático que provee el decreto de LECDIC, tiene que entenderse que se trata de la “integridad, confidencialidad y disponibilidad de dicha información en un sistema informático”, lo que parece dejar claro el considerando III del mencionado decreto:

Que en la actualidad, los instrumentos electrónicos por medio de los cuales se envía, recibe o resguarda la información, han adquirido una especial relevancia, tanto a nivel internacional como nacional, para el desarrollo económico, político, social y cultural del país; por lo que se vuelve prioridad del Estado, proteger dicha información, ya que al no protegerla se atenta contra la confidencialidad, integridad, seguridad y disponibilidad de los datos en general.

Que en la actualidad, los instrumentos electrónicos por medio de los cuales se envía, recibe o resguarda la información, han adquirido una especial relevancia, tanto a nivel internacional como nacional, para el desarrollo económico, político, social y cultural del país; por lo que se vuelve prioridad del Estado, proteger dicha información, ya que al no protegerla se atenta contra la confidencialidad, integridad, seguridad y disponibilidad de los datos en general.

Partiendo de esta definición de bien jurídico, una controversia que naturalmente surgirá, será si pueden reputarse como lesivos al mismo, comportamientos de intrusismo a un sistema o unidad informática que no supongan daño, obtención o afectación de información o datos de dicho sistema o unidad, ya hemos mencionado el supuesto hipotético del hacker que ingresa a un sistema sin perjudicar las rutinas del mismo o dañar los datos, sino más bien lo único que pretende es demostrar su pericia, también hemos mencionado que este tipo de comportamientos se encuentra penado por el decreto de LECDIC tipificándolo como: “Acceso Indebido a los Programas o Datos Informáticos”), aunque quedaría sin responder la pregunta si se trata de un tipo penal que excede el marco de lo que permite el bien jurídico tutelado, o por el contrario, es una modalidad de castigo en donde existe adelantamiento en los márgenes de protección del bien jurídico protegido, regulando una forma de tipo penal de peligro presumido por parte del legislador. Esta segunda posibilidad, es a nuestro criterio la interpretación que parece más adecuada.

V. Grandes dificultades

No solo la referencia a un medio comisivo específico y un bien jurídico diferenciado (aunque relacionado con otros), son los elementos comunes presentes en todos los delitos informáticos, además de lo anterior, los delitos informáticos se encuentran atados por otro carácter particular: Enfrentan las mismas dificultades y obstáculos para su investigación y procesamiento. Sin duda esta última debería ser la principal razón para el tratamiento diferenciado de estos delitos en una normativa penal especial, como lo es la LECDIC.

Así pues, aunque pueden existir otras dificultades, en el presente trabajo nos concentraremos con las que consideramos las dos principales: El problema de la distancia, y la difícil determinación de su autoría.

a) La distancia

Como mencionamos con anterioridad, los delitos informáticos son ilícitos propios de nuestro contexto, es decir, propios de un contexto de sociedades globalizadas gracias al rápido desarrollo de las tecnologías de la información y comunicación. Ahora bien, lo anterior dificulta la persecución de la delincuencia informática, que fácilmente puede realizarse total o parcialmente desde otros países en los cuales el proceso de investigación o la misma legislación no permitan una persecución eficaz de estos hechos delictivos, sin contar con las diferentes interrogantes que pueden surgir respecto al tribunal competente, el lugar de comisión del delito o el momento de esta comisión, interrogantes fundamentales para resolver cuestiones tan básicas, como el conteo del plazo de prescripción para estos delitos.

Se trata de una dificultad que ha reconocido la misma Organización de las Naciones Unidas, que sobre este punto manifestó lo siguiente:

El delito cibernético es en gran medida un delito de carácter transnacional. El Internet se concibió inicialmente como una red militar basada en una arquitectura de red descentralizada. Debido a esta estructura básica y a la disponibilidad mundial de los servicios, el delito cibernético suele tener una dimensión internacional. Es fácil enviar correos electrónicos con un contenido ilegal a destinatarios de una serie de países, incluso cuando el remitente inicial y el destinatario final se encuentran en el mismo país o cuando ya sea el remitente o el destinatario utilizan un servicio de correo electrónico prestado por un proveedor situado fuera del país. Algunos de los proveedores de servicios gratuitos de correo electrónico más conocidos tienen millones de usuarios en todo el mundo, lo que refuerza la dimensión transnacional del delito cibernético. (ONU, 2010: 4).

Frente a esta dificultad, la doctrina especializada oscila entre la reinterpretación o la simple referencia de los principios clásicos de aplicación espacial de la ley penal. Ejemplo de autores que describen esta primera postura lo encontramos en el trabajo de Claudia Cárdenas, quien nos habla de cómo alguna parte de la doctrina busca realizar una “interpretación extensiva” de los principios de actividad, resultado, ubicuidad, e incluso del principio de territorialidad, esta última interpretación cada vez más peligrosa al prácticamente confundir el principio de territorialidad con el principio de justicia universal. (Cárdenas, 2008).

Sin llegar a estos extremos, autores como Teruelo resaltan la importancia que reviste el principio de ubicuidad⁴⁵⁴ para este tipo de casos, principio que a su vez debe sustituir la tesis del resultado⁴⁵⁵ como paradigma definitorio del lugar de comisión del hecho delictual. Para el caso, el profesor español sostiene que:

En general, la doctrina se ha manifestado favorable a la apreciación de la teoría del resultado. Sin embargo, esa solución no siempre será válida para los delitos cometidos a distancia y en concreto para los ejecutados a través de internet, para cuyo enjuiciamiento por parte de las autoridades judiciales sería preciso acudir a la teoría de la ubicuidad, posibilidad que en todo caso ya ha sido admitida por el Tribunal Supremo. (Teruelo, 2007: 21-22).

Por su parte, el decreto de LECDIC, de alguna forma anticipando los problemas de transnacionalización del delito informático, establece en su artículo dos, titulado como “ámbito de aplicación”, los criterios de aplicación espacial para este tipo de delincuencia, mismo que se expresa en los siguientes términos:

La presente Ley se aplicará a los hechos punibles cometidos total o parcialmente en el territorio nacional o en los lugares sometidos a su jurisdicción. También se aplicará a cualquier persona, natural o jurídica, nacional o extranjera, por delitos que afecten bienes jurídicos del Estado, de sus habitantes o protegidos por Pactos o Tratados Internacionales ratificados por El Salvador.

.....
⁴⁵⁴Recordemos que según el principio de ubicuidad el lugar de comisión del hecho punible puede entenderse tanto en el lugar de comisión del delito, como el lugar en que acaece el resultado del mismo.

⁴⁵⁵Según la tesis del resultado, el lugar de realización de un hecho delictivo, será el lugar en tuvo lugar el resultado del tipo penal, solución que se basa en la sobrestimación del principio de lesión al bien jurídico, pues debemos recordar que será con el desvalor de resultado que se presentará la lesión o peligro del bien jurídico tutelado. Con ello, la tesis de resultado se diferencia de la teoría de la actividad, que toma en consideración como elemento medular la defraudación de la expectativa general que produce la norma, representada con el desvalor de resultado.

De igual forma, se aplicará la presente Ley si la ejecución del hecho, se inició en territorio extranjero y se consumó en territorio nacional o si se hubieren realizado, utilizando Tecnologías de la Información y la Comunicación instaladas en el territorio nacional y el responsable no ha sido juzgado por el mismo hecho por tribunales extranjeros o ha evadido el juzgamiento o la condena.

No es difícil notar que el artículo en comentario se limita en gran medida a pasar lista de los principios fundamentales de aplicación espacial de la ley penal, regulados en los artículos ocho al doce del Código Penal, en el caso del primer inciso es evidente la referencia a los principios de territorialidad⁴⁵⁶ y de defensa o protección⁴⁵⁷. Menos claro parece este primer inciso cuando habla de delitos que afecten bienes jurídicos, “protegidos por Pactos o Tratados Internacionales ratificados por El Salvador”, que posiblemente es una referencia a delitos pertenecientes al derecho internacional penal.

En cuanto al inciso segundo, es posible observar una clara referencia al principio de ubicuidad, castigándose las conductas de delincuencia informática si se han cometido en el extranjero pero el resultado ha sucedido en nuestro territorio (tesis del resultado), así como cuando se ha realizado el delito utilizando equipos informáticos instalados en territorio nacional (tesis de la actividad).

De hecho, en este último punto, podríamos estar frente a una reinterpretación del axioma de ubicuidad, pues al parecer leyendo esta misma redacción, basta con que la acción criminal “pase por nuestro país”, es decir, se valga de equipo que está dentro de nuestras fronteras, instalado en nuestro territorio, sin que sea necesario siquiera realizar la totalidad de la acción dentro de nuestros límites territoriales, podemos pensar como ejemplo en las modalidades de ciberataque a través de ordenadores “zombis”, es decir, ordenadores infectados por algún *malware* y que son utilizados por terceras personas (el ciberdelincuente) para realizar una actividad delictiva en otro lugar, un uso que se produce sin que el dueño del equipo “zombi” se percate del mismo.

b) La individualización del autor

Una segunda dificultad relacionada con la anterior reside en la individualización del autor, los delitos informáticos al ser realizados a través de mecanismos y equipos intermedios desde grandes distancias, facilitan el anonimato del autor del ilícito, Flores Prada explica mejor este punto:

.....
⁴⁵⁶Según el principio de territorialidad, que se fundamenta en el concepto básico de soberanía nacional, la norma penal válida para nuestro país será aplicable para los hechos delictivos realizados en cualquier parte de su territorio, sea cometido por nacionales o por extranjeros. Este principio se encuentra regulado en el artículo 8 de nuestro Código Penal, que de manera expresa dice: “La ley penal salvadoreña se aplicará a los hechos punibles cometidos total o parcialmente en el territorio de la República, o en los lugares sometidos a su jurisdicción.”

⁴⁵⁷Por su parte, el principio de defensa o protección establece que la ley penal salvadoreña se puede aplicar contra todos los hechos delictivos que afecten sus intereses, sin consideración de la nacionalidad y en el lugar que hayan realizado el delito. En otros términos, la ley penal puede aplicarse de forma extra-territorial siempre y cuando se aplique sobre una acción que afecta bienes jurídicos nacionales. El principio puede observarse en el artículo nueve, literales 2) y 3) del Código Penal.

Si hay algo claro en este ámbito, es que los instrumentos y las técnicas procesales tradicionales se han revelado manifiestamente insuficientes para hacer frente a la delincuencia informática. La intervención de operadores privados, la complejidad técnica del internet, su falta de jerarquía, su deslocalización, el favorecimiento del anonimato y de la opacidad, así como de la universalidad de la Red, nos muestra un nuevo escenario que exige conceptos jurídicos procesales. (Flores Prada, 2012).

Se trata de una dificultad que sólo se puede superarse mediante los adecuados recursos operativos y procesales, para el caso, el ya relacionado Convenio sobre cibercriminalidad o Convenio de Budapest no solo contiene una parte sustantiva dedicada a enunciar comportamientos delictivos, sino que la misma es complementada con la parte procesal que establece mecanismos para una efectiva persecución de los delitos informáticos, mecanismos tales como: a) La conservación rápida de datos (existe un compromiso por los prestadores de servicio de internet de conservar rastros o registros del uso que han realizado los usuarios); b) La orden de presentación (obligación al particular o proveedor de servicio de internet de presentar información relacionada a un delito informático); c) El registro y confiscación de datos informáticos almacenados, d) La obtención e interceptación de datos; y d) Elementos fundamentales de cooperación internacional como reglamentación sobre la extradición, los mecanismos de asistencia mutua e información espontanea, entre otros.

Por citar casos concretos en este punto, en España la adopción de este tipo de medidas representó la creación de la Ley 25/2007, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, misma que tiene por objetivo regular la obligación de los operadores de servicios de internet para conservar los datos producidos en el uso de servicios de comunicación electrónica. Según el artículo 3 de esta misma ley, el operador del servicio de internet está obligado a conservar datos tales como i) La identificación de usuario asignada, ii) La identificación de usuario y el número de teléfono asignados a toda comunicación que acceda a la red pública de telefonía, y, iii) El nombre y dirección del abonado o del usuario registrado al que se le ha asignado en el momento de la comunicación una dirección de Protocolo de Internet (IP), una identificación de usuario o un número de teléfono.

En el espectro salvadoreño, no hay nada cercano a este tipo de regulaciones, en una nota periodística de Noviembre del 2011, Romeo Américo Pereira externaba las limitantes que enfrenta como jefe de la unidad de Delitos Especializados de la PNC, al momento de enfrentar el fenómeno de la cibercriminalidad, aparte de las limitantes jurídicas en la interpretación de los tipos penales, el jefe de unidad destacaba dificultades operativas muy fuertes:

La ley no obliga a las empresas servidoras de internet a guardar un respaldo del registro de IP de todos los que se van conectando en el servicio web a los servidores de ellos, añade (Gúzman, 2011)

En este punto el agente policial está en lo correcto, el artículo 42 “B” de la ley de telecomunicaciones obliga a los operadores de redes comerciales de telecomunicaciones a brindar información sobre la marcación o recepción de llamadas telefónicas, pero dicha obligación no se extiende a registros de actividad informática, por supuesto, se trata de un debate complicado, en la medida que se trata de un debate por el monitoreo de hábitos de uso de las tecnologías de la información por parte de los ciudadanos, en otras palabras de un debate sobre los límites del control sobre la delincuencia, en este caso la informática, frente a derechos fundamentales como la intimidad.

Quizás aquí reside una falencia fundamental del decreto de LECDIC, se trata de una normativa amplia en lo sustantivo, ya hemos dicho que ocupa una treintena de sus treinta y seis artículos en la enunciación de comportamientos típicos, desafortunadamente esto no deja espacio para la regulación en el campo de lo adjetivo o procesal, misma que es pírrica por no decir inexistente. Mientras no se logre equilibrio entre lo sustantivo y lo procesal, la criminalidad informática enfrentará el destino de muchas instituciones jurídicas de nuestro país, plagadas de extensas declaraciones, pero sin posibilidades de realizarse en la práctica.

VI. Conclusiones

No cabe duda que el decreto de LECDIC es un proyecto que presenta muchos aspectos positivos en la lucha contra la cibercriminalidad, nosotros resaltamos tres:

En primer lugar, responde a una necesidad de tipificación para comportamientos que sin dicho margen legal, quedarían a la deriva de cada operador del sistema, o sencillamente en la impunidad (como sucede con las formas más elementales de intrusismo informático), en segundo lugar, realiza una definición de delincuencia informática acorde al concepto amplio que maneja el derecho internacional, abriéndose a realidades tan distintas como los daños informáticos, el simple acceso a sistemas, hasta delitos como la pornografía infantil a través de medios electrónicos o los ataques contra el patrimonio realizados con la Estafa, y en tercer lugar, posee una descripción de bien jurídico con suficientes elementos para concluir que se trata de un interés diferenciado, aunque relacionado con bienes jurídicos más tradicionales, un bien jurídico lo suficientemente autónomo como para encontrarse en una regulación especial.

A pesar de lo anterior, el decreto falla en un elemento fundamental, en su afán por alcanzar una enunciación amplia de comportamiento delictivos, olvida la regulación de aspectos operativos y procedimentales que permitan hacer efectiva la persecución de los delitos enunciados. Muchas de estas regulaciones procesales, requieren un debate profundo, reflexivo y amplio, al involucrar la posible restricción de derechos fundamentales que poseen los ciudadanos, como es el caso del derecho a la intimidad.

Mientras este debate no suceda, o el decreto de ley persista en el mencionado desequilibrio entre lo sustantivo y lo procesal, el combate a la delincuencia informática, con todas dificultades de persecución que el mismo conlleva, estará lejos de ser un combate integral.

Bibliografía

- 📖 ARROCENA, G. (2011). La regulación de los delitos informáticos en el código penal argentino. 135 , 945-988.
- 📖 CÁRDENAS, C. (2008). El lugar de comisión de los denominados ciberdelitos. *Política Criminal* , 1-14.
- 📖 DE LA MATA BARRANCO, N., & Hernández Díaz, L. (2009). El delito de daños informáticos: Una tipificación defectuosa. *Estudios Penales y Criminológicos* , 311-362.
- 📖 ESET. (2012, enero 20). Centro de Prensa ESET. From Operación Medre: más de 10 mil proyectos robados en supuesto caso de ciberespionaje: <http://www.eset-la.com/centro-prensa/articulo/2012/operaci%C3%B3n-medre-m%C3%A1s-de-10-mil-proyectos-robados-supuesto-caso-ciberespionaje%20%20/2779>
- 📖 ESET. (2015). ESET Security report Latinoamérica 2015. ESET.
- 📖 FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. (2007). *Cibercrimen. Los delitos cometidos a través de internet*. España: Constitutio Criminalis Carolina.
- 📖 FLORES PRADA, I. (2012). *Criminalidad Informática*. Valencia: Tirant lo blanch.
- 📖 GÚZMAN, J. (2011, noviembre 18). Policía y fiscalía enfrentan profundas debilidades ante "ciber delitos". Retrieved enero 20, 2016 from La Página: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:vM3pun1pHOkJ:www.lapagina.com.sv/ampliar.php%3Fid%3D58659+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk>
- 📖 HERNÁNDEZ DÍAZ, L. (2010). Aproximación a un concepto de derecho penal informático. In J. L. Arzamendi, *Derecho Penal Informático* (pp. 31-54). España: Civitas.
- 📖 HERNÁNDEZ DÍAZ, L. (2009). El delito informático. *Eguzkilore* , 227-243.
- 📖 OEA. (2014). *Tendencias de seguridad cibernética en América Latina y el Caribe*. Washington: OEA.
- 📖 OJEDA PEREZ, J. E., Arias Flores, M., Rincón Rodríguez, F., & Daza Martínez, L. (2010). Delitos informáticos y entorno jurídico vigente en Colombia. *Cuadernos de Contabilidad* , 41-66.
- 📖 ONU. (2010). *Novedades recientes en el uso de la ciencia y la tecnología por los delincuentes y por las autoridades competentes en la lucha contra la delincuencia*. Salvador: ONU.
- 📖 UNODC. (2013). *Estudio comprensivo de cibercrimen (borrador)*. Viena: Organización de las Naciones Unidas.

● APPLE v. FBI/ FBI v. APPLE
-NOTAS DE URGENCIA SOBRE EL PAPEL DE LOS JUECES EN LA
SOCIEDAD DE LA VIGILANCIA-

Javier Hernández García

“Los mayores peligros para la libertad acechan en la invasión insidiosa por hombres de celo, bien intencionados pero sin entendimiento”, Juez Brandeis -Olmstead v. United States, 277 EE.UU. 438, 474, 479 (1928) voto discrepante-.

Para José Alfonso, diez años después.

Sumario

I. Vigilantes y vigilados. II. Vigilar, a algunos, vigilantes. III. No a la resignación: hay que vigilar más.

I. Vigilantes y vigilados

A mediados de los setenta del siglo pasado, James RULE, introdujo en el lenguaje de las ciencias sociales el concepto de *vigilancia como método de control social* advirtiendo, al tiempo, de los riesgos que para la intimidad y la privacidad suponían los métodos sistemáticos de observación y análisis de los rastros que cada ciudadano deja en su vida social. La aportación de RULE, pionera, casi profética, compartió espacio con Michel FOUCAULT, el primer gran teórico de la sociedad de la vigilancia y del control. Las sociedades modernas, sostenía Foucault, han desarrollado medios racionales de ordenación que sustituyen de forma eficaz a métodos tradicionales, como los brutales castigos públicos. En lugar de confiar en controles y constricciones externas, las instituciones sociales modernas emplean una serie de prácticas disciplinarias que garantizan que la vida prosiga de forma regularizada y pautada. Se introducen mecanismos de adscripción a roles bien definidos, se predetermina lo normal, los individuos normales, las conductas aceptables o no aceptables. Las pautas de control, el orden social producen al ciudadano. Y casi sin objeción, la gente coopera y es cómplice de los propios sistemas de control.

La prematura muerte de FOUCAULT nos privó no solo de una de las miradas más inteligentes sobre la fenomenológica social sino sobre todo de su análisis sobre el control social a partir de un nuevo factor paradigmático que solo llegó a intuir: las nuevas tecnologías de la información. No creo que haya muchas dudas de que su análisis sobre *la nueva vigilancia* habría servido para disipar todas las alarmas...que no estuvieran firmemente vigiladas.

La implantación de las TIC constituye un factor decisivo de vigilancia, de control, con una dimensión cada vez más significativa de la propia vida social. Lo describe bien Anthony GIDDENS que entiende el proceso de vigilancia dentro de las sociedades modernas como una de sus principales dimensiones institucionales. Hasta el punto de que pueda hablarse de *sociedad de la vigilancia* como fenómeno que describe un ya insustituible proceso de interacción entre sociedad y tecnología. Las nuevas tecnologías actúan determinando el desarrollo social. Pero no solo eso. Se proyectan sobre aspectos muy ontológicos que afectan a la propia personalidad: identidad, dignidad, libertad y responsabilidad. Y todo ello en el marco de crisis de valores que como sostiene Jean François LYOTARD estimulan, como signo distintivo de la postmodernidad, que la gente se aferre a lo que ofrecen las nuevas tecnologías porque parecen prometer comodidad, eficacia, seguridad y una menor incertidumbre.

Generándose una nueva dependencia sin conciencia alguna de los costes y riesgos que suponen. Nos convertimos en cómplices de los propios sistemas de vigilancia a veces por desconocimiento, otras por ignorancia deliberada, por no querer conocerlos.

La sociedad de la vigilancia tecnológica y su creciente capacidad de vigilar nos ha convertido en trabajadores transparentes, en enfermos transparentes, consumidores transparentes, en ciudadanos transparentes. Una nueva y más sofisticada panóptica bethamiana donde todo lo que hacemos y, lo que es más grave, todo lo que deseamos hacer deja rastros sin que podamos o sepamos cómo evitarlo.

Los actos comunicativos entre particulares adquieren dimensión social. Compartimos con interlocutores absolutamente desconocidos nuestras preferencias literarias, vacacionales, religiosas, ideológicas, sexuales, vitales. Pero no solo eso. La vigilancia TIC altera uno de los aspectos más decisivos de la comunicación interpersonal, de las relaciones comunicativas, como es la decisión de no comunicarse. La no comunicación también aboca centenares de datos personales al espacio tecnológico tan importantes, en ocasiones, como los contenidos comunicados. La nueva sociedad de la vigilancia altera la fugacidad de lo comunicado, el poder de destruir nuestros actos comunicativos, nuestro pensamiento expresado. Una buena parte de nuestras comunicaciones quedan, en el mejor de los casos, registradas, se convierten casi en indestructibles, y muchas veces acopiadas en almacenes de origen y titularidad incierta. La comunicación ya no es una simple transmisión de pensamiento: es una suma de bits que se miden físicamente y que se guardan sin que tengamos muy claro por qué y sobre todo, en la mayoría de los casos, sin haber decidido nada al respecto.

II. Vigilar, a algunos, vigilantes

La sociedad tecnológica ha creado nuevos objetos de vigilancia pero, además, nuevos instrumentos con una capacidad asombrosa para vigilar y, desde luego, también, nuevos vigilantes que como afirma Simón DAVIES alteran el equilibrio de poder en nuestra sociedad.

Las TIC han transformado las relaciones sociales, introduciendo un factor de dependencia excepcional hasta el punto de que muchas de aquellas, incluso las más personales, no se pueden explicar sin la tecnología. Pero también han revelado los riesgos de anulación o desfiguración de los derechos más fundamentales, los que dan sentido a la propia vida, a que la vida merezca ser vivida. Y, sobre todo, los riesgos de que algunos de los nuevos actores de la vigilancia, descontrolados y anónimos –o no– puedan utilizarla para fines aún más indeseables. La vulnerabilidad ha estimulado en los últimos años la necesidad de la *contravigilancia*. De garantizar en lo posible, el no acceso de terceros al espacio de comunicación del que no deberían o no deben formar parte y, desde luego, también, a los almacenes de los datos comunicados. La vulnerabilidad tecnológica de la privacidad y el riesgo excepcional de lesión que se acrecienta, además, por la concentración y la perdurabilidad de los datos almacenados han obligado a prever mecanismos tecnológicos de control que sugieren una cierta garantía de confidencialidad. Pero no solo para proteger el contenido genuino de la privacidad, entendido, en la afortunada formulación del Juez Brandeis, *como el derecho de toda persona a la que se la deje en paz*, sino también como instrumentos indispensables para garantizar desarrollo de la propia sociedad configurada por las TIC. La ciberdelincuencia, que participa de las TIC, que se nutre y la configura al mismo tiempo, se convierte en un factor de altísimo riesgo.

De ahí la aparición de nuevos sistemas operativos que han incorporado fórmulas complejas de encriptación del contenido de determinadas comunicaciones y datos adjuntos de tal modo que pueda accederse solo por los destinatarios sin que durante el *trayecto* resulte descifrado por terceros. En esencia, el sistema de encriptación se activa mediante la introducción de la clave de usuario de la terminal que se interrelaciona con una potente clave de encriptación que se encuentra siempre activa y no puede ser deshabilitada por los usuarios.

En esta segunda etapa de evolución de la sociedad de la información, y de la vigilancia, el encriptado fuerte se presenta como esencial para la seguridad cibernética. El encriptado pasa a convertirse en un instrumento decisivo para la confianza en Internet y el desarrollo de las nuevas relaciones sociales. El uso de software de encriptación fiable resulta fundamental para salvaguardar el adecuado funcionamiento de la mayoría de los servicios y de los intercambios financieros, médicos, comerciales, personales... Los usuarios de los sistemas de tecnología de la información deben confiar en que sus datos no serán alterados o robados por organizaciones criminales que disponen de sofisticados conocimientos y respecto de los que el usuario individual carece de armas de defensa. Se generaliza, en consecuencia, el uso de distintos *software* de cifrado como *Secure Sockets Layer (SSL)* y *Public Key Infrastructure (PKI)* esenciales para el comercio en red y la autenticación de usuario y se procuran sistemas de protección no solo para los datos en tránsito sino también para los datos almacenados en la conocida como la nube. Los nuevos y graves riesgos cibernéticos estimulan expresas declaraciones de apoyo por parte de los gobiernos para un encriptado eficaz, incluida la prohibición de subvertir la seguridad de los productos y servicios comerciales. Ejemplo de lo anterior, es el informe elaborado por la comisión de expertos creada por la administración Obama en 2013 para evaluar la seguridad de las comunicaciones cibernéticas con motivo del caso *Snowden*⁴⁵⁸ cuya Recomendación 29 incluye que el Gobierno de los Estados Unidos debe:

- (1) Apoyar plenamente y no socavar los esfuerzos para crear programas de encriptado.
- (2) Comprometerse a no subvertir, socavar, debilitar o hacer vulnerable *software* comercial de encriptación generalmente disponibles.
- (3) Promocionar el uso de cifrado por las compañías de Estados Unidos para proteger mejor los datos en tránsito, en reposo, en la nube, y en cualquier otro tipo de almacenamiento.

Sin embargo, la implementación de software de encriptación supuso oscurecer o dificultar, al menos, para las agencias de seguridad el acceso a una parte –no la mayor, por otro lado– del campo de la vigilancia. Y desde el primer momento se introdujeron, sobre todo en el debate público norteamericano, objeciones que giraban sobre la necesidad de que los programas de encriptado y las aplicaciones de borrado contemplaran una puerta de atrás –*blackdoor*– que permitiera en caso de necesidad securitaria crear un a suerte *bypass* para acceder al contenido encriptado para su posterior análisis forense sin riesgo de pérdida de la información almacenada.

No obstante, políticamente en Estados Unidos las propuestas no tuvieron acogida para propiciar la reforma de la regulación en materia de comunicaciones de la sociedad de la información aprobada en 1994, la *Communications Assistance for Law Enforcement Act -CALEA 47- U.S.C-*.

.....
⁴⁵⁸ https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/docs/2013-12-12_rg_final_report.pdf

III. No a la resignación: hay que vigilar más

Es este contexto el que sirve de marco de aproximación al reciente –febrero de 2016– conflicto entre Apple y el FBI, o viceversa –tal vez aquí el orden de factores sí pueda sugerir un cambio de producto– surgido con motivo de la petición del Departamento de Justicia de un mandamiento a una jueza de Distrito de California para que ordenara a la empresa a colaborar de forma activa en la búsqueda de una solución técnica que le permitiera superar las barreras que impedían o dificultaban notablemente acceder a contenidos encriptados del teléfono móvil de Syed Farouk, uno de los presuntos autores de la matanza de San Bernardino, en la que murieron, además de los presuntos autores, catorce personas más. La conexión del trágico hecho con probables estrategias terroristas islamistas lo convertía en un caso privilegiado para medir hasta qué punto el mantenimiento de sistemas fuertes de encriptación debía seguir constituyendo una barrera a la investigación policial. Hasta ese momento el FBI había solicitado 72 mandamientos de colaboración activa, ninguno de los cuales habían sido finalmente concedidos por los jueces. La última decisión denegatoria, la del juez James Orenstein, de la Corte del Distrito Federal de New York⁴⁵⁹ se había producido escasos días después de que la jueza Sheri Pym, del Distrito Central de California, ordenara a Apple la colaboración razonable con la investigación del FBI⁴⁶⁰.

La estratégica selección del caso junto la previsible negativa de la empresa Apple a atender el requerimiento y ejercitar los recursos correspondientes ha situado el conflicto en el epicentro del debate global entre seguridad e intimidad. El estado Goliat que no acepta renunciar a ningún espacio posible de vigilancia y el pequeño David que se enfrenta en defensa del derecho a la privacidad de todos los usuarios de telefonía inteligente. Pero sin cuestionar la oportunidad del caso para ese debate, también ha puesto de relieve otras cuestiones de especial trascendencia político-constitucional, marcadas, desde luego, por las singularidades del modelo constitucional norteamericano pero no ajenas a cualquier sistema político avanzado. Entre otras, los límites del poder de los jueces y el papel de la ley, como plasmación de la voluntad democrática, para la limitación de los derechos fundamentales.

En efecto, una de las claves de análisis más importante es precisamente la que se refiere a la hoja de ruta empleada por el Departamento de Justicia para pretender la colaboración activa de la empresa responsable del diseño del sistema operativo del teléfono usado por Syed Farook.

En concreto, el Departamento de Justicia utilizó la The All Writs Act's (en adelante, AWA) -una ley de 1789, codificada como 28 USC 1651- y cuyo breve texto dispone:

- (a) El Tribunal Supremo y los tribunales establecidos por ley del Congreso puede emitir todas las órdenes necesarias o apropiadas para el ejercicio de las respectivas jurisdicciones siempre que resultan conformes a los principios y usos de la ley.

La norma que se aprobó en el primer Congreso como apéndice de la Ley de la Judicatura de 1789, 1 Stat. 73, § 14 (24 de septiembre de 1789) buscaba en las condiciones fundacionales del

.....
⁴⁵⁹<https://epic.org/amicus/crypto/apple/Orenstein-Order-Apple-iPhone-02292016.pdf>

⁴⁶⁰<https://assets.documentcloud.org/documents/2714001/SB-Shooter-Order-Compelling-Apple-Asst-iPhone.pdf>

nuevo Estado, con evidentes carencias regulativas en materia de procedimientos, asegurar en supuestos de insuficiencia de reglas precisas que los tribunales de justicia pudieran llevar a cabo eficazmente sus funciones mediante la emisión de las órdenes necesarias para ello.

El Departamento de Justicia argumentó que autorizado el registro del teléfono del presunto autor de la matanza, el tribunal competente tenía la obligación de ordenar todas las medidas instrumentales que resultaran necesarias para poder cumplir con la finalidad que justificaba la actuación del FBI. Para el Departamento de Justicia los únicos límites que lo podían impedir eran: primero, que el Congreso hubiera promulgado una ley que de forma específica prohibiera la acción concreta; segunda, que se pretendiera trasladar a un tercero una orden de colaboración arbitraria o carente de cualquier conexión razonable.

Por tanto, y basándose en el precedente *United States v. New York Tel.co 434 US. 159 (1977)* por el que se había ordenado al amparo de la AWA que se instalara en la centralita de la compañía telefónica de Nueva York un sistema de registro de llamadas, al no existir norma expresa prohibitiva y siendo además necesaria y adecuada la carga establecida para el buen fin de la investigación, el tribunal debía conceder la orden de colaboración. Como apuntábamos, la Juez de Distrito aceptó la petición imponiendo a Apple un *deber de colaboración razonable* que permitiera solo y mediante los mecanismos técnicos que considerara adecuados facilitar el acceso al contenido encriptado del teléfono del presunto terrorista.

La oposición de Apple al mandamiento de colaboración sobre el que fundó su recurso ante la Corte del Distrito Central de California giró de forma esencial sobre un argumento principal: la orden comprometía el diseño constitucional de distribución del poder pues mediante un recurso reducido -la AWA- los jueces estaban imponiendo cargas sustanciales que solo el legislador podría establecer. Para Apple si bien la obligación establecida podría resultar en abstracto necesaria para posibilitar la orden de registro del teléfono en modo alguno se ajustaba a los usos y principios de la ley. La The All Writs Act no puede concebirse como una fórmula de atribución de plenos poderes a los tribunales federales. La función general del AWA como "Gap Filler" (relleno) es evitar la paralización de la actuación de los tribunales cuando el Congreso no haya podido anticipar cada circunstancia o condición que resulte necesaria. Pero no puede sustraer del debate político y, desde luego, de la decisión legislativa cuestiones que no son de relleno.

La orden para crear un software para que el FBI pueda introducirse en el iPhone del presunto terrorista no tiene parangón alguno en los precedentes ni en los principios de Common Law que se muestran claramente en contra de generar cargas equivalentes a contratos de servicios de forma obligada ni se ajusta, tampoco, al sentido y los fines regulados por la CLEA. La norma que regula todo el marco de colaboración -almacenaje, cesión de datos, interceptación- entre los proveedores de servicios para la sociedad de la información y las agencias de seguridad prohíbe que se pueda requerir a aquellos para cualquier diseño específico de los equipos, instalaciones, servicios o introducir aplicaciones de descifrado -47 USC § 1002 (b) (1)-. Una empresa de telecomunicaciones no puede ser responsable de descifrar o asegurar la capacidad del Gobierno para descifrar cualquier comunicación encriptada por un abonado o cliente. Y Apple además de fabricante debe ser considerada por sus aplicaciones iMessage and mail, Face Time, iCloud también como prestadora de servicios. El iter legislativo de la CLEA permite apreciar con toda claridad que el legislador no quiso incluir la carga cooperativa en el descifrado como una obligación específica de las empresas afectadas por la regulación general.

Y todo ello en un contexto político de clara identificación de los intereses securitarios que oponían las agencias federales de seguridad a la regulación.

El recurso de Apple también incide en diferenciar la orden de cooperación consistente en el diseño de un nuevo software, por intensidad y consecuencias, con otros mandamientos expedidos por los tribunales en aplicación de la AWA. La orden implica hackear los terminales vulnerando la seguridad de sus propios productos y, por tanto, la seguridad y privacidad de los usuarios. Ello poco o nada tiene que ver con la orden dada a una compañía de teléfono para que en el marco de una intervención telefónica autorizada permitiera la instalación de un mecanismo de registro de llamadas; ordenar a un banco que registre la utilización tarjetas de crédito una de las cuales estaba siendo utilizada por una persona buscada por la policía; la entrega de material videográfico grabado por las cámaras de un complejo de apartamentos a donde el gobierno creía que regresaría una persona fugitiva; o el caso, muy discutible desde la perspectiva de la quinta enmienda de protección contra la autoincriminación, de ordenar al propio investigado que facilite las claves de su ordenador.

Por otro lado, Apple insiste en la naturaleza desproporcionada de la carga cooperativa. Diseñar, crear, probar y validar un nuevo sistema operativo que no existe es demasiado peligroso para la seguridad de las comunicaciones en su conjunto. Dejaría sin protección a millones de usuarios frente a los ciberataques o la utilización por terceros países. Va en contra de todo criterio técnico, se sostiene en el recurso, la afirmación del Departamento de Justicia relativa a que el programa solo operaría para acceder a la información encriptada del teléfono de Syed Farook y que solo podría disponer del mismo Apple. La experiencia diaria demuestra que los sistemas operativos de Apple reciben millones de ciberataques por lo que crear una debilidad en alguno de ellos supondría favorecer a los ciberatacantes que pretenden acceder a todos los contenidos cifrados. No hay posibilidad alguna de crear un software ad hoc, *una puerta trasera*, para un solo dispositivo sin desvelar las claves de protección para el resto de los dispositivos.

También se cuestiona la propia necesidad de cooperación pues no se ha acreditado que por parte del Gobierno se agotaran todas las vías de investigación consecuentes, por ejemplo al acceso a todas las listas de llamadas.

Por último, Apple invoca la Primera y la Décimo Cuarta enmienda. A su parecer, obligar a crear un software cae de lleno en el ámbito de protección constitucional a no manifestar ideas y concepciones. La acción requerida comporta crear un lenguaje con opciones sintácticas y semánticas y de estructuración de los datos. Pero no solo eso. Cuando Apple diseñó el sistema operativo iOS 8 e incorporó la encriptación automática tomó conscientemente una posición sobre un tema de particular relevancia pública: la seguridad no debe obtenerse a costa de la vida privada. Ordenar una acción positiva de colaboración en los términos pretendidos por el Departamento de Justicia comporta un ataque a la libertad ideológica con amplias implicaciones. El Estado podría obligar a un artista a pintar un cartel, a un cantante interpretar una canción o a un escritor escribir un libro para obtener fines lícitos como la promoción de la salud pública o el aumento del alistamiento para las fuerzas armadas.

La tesis de que un tribunal puede ordenar cualquier cosa que no esté prohibida bajo difusos criterios de oportunidad supondría un cambio radical en las relaciones entre los ciudadanos y el Estado. Obligar a hacer lo que colisiona con los principios fundamentales en los que se funda la empresa Apple y el trabajo de sus ingenieros supone una grave amenaza para el valor de la autonomía. La cláusula del debido proceso protege las opciones personales centrales de los individuos -*Obergefell v. Hodges 135 S.Ct 2584 (2015)*-.

No cabe duda que los argumentos de oposición de Apple al mandamiento de colaboración sitúan el debate más allá del plano de la seguridad cibernética y los riesgos para la privacidad. Interpelan directamente al núcleo del sistema constitucional y, muy especialmente, al papel que ocupan los jueces en la protección de los derechos fundamentales frente a las actuaciones del Estado. En la delimitación práctica de la esfera de lo decidible o indecidible.

La noticia conocida hace escasas horas de que el FBI ha accedido a los contenidos encriptados del iPhone 5 de Syed Farook, no por una puerta de atrás o con la utilización de una superclave sino mediante un exploit –una herramienta de software diseñada para aprovecharse de una falla (bug) en el sistema operativo, muy probablemente en el gestor de arranque de iOS, iBoot, encargado de cargar el modo de recuperación– sugiere lo que ya muchos técnicos informáticos apuntaban al inicio del caso: el FBI disponía de medios, directos o indirectos de análisis forense de teléfonos móviles, para acceder al contenido, sin necesidad de nuevos sistemas operativos diseñados por la empresa fabricante. Por tanto, la estrategia respondía a un planteamiento mucho más político que operativo. Reabrir o rearmar, al hilo de una tragedia provocada por un acto terrorista, el debate público y social sobre la oportunidad de mantener zonas oscuras o de sombra para la investigación de los delitos, trasladando al poder judicial la responsabilidad final para determinar los niveles de privacidad deseables y compatibles con la sociedad de la vigilancia. El final “extrajudicial” del caso surgido con motivo de la matanza de San Bernardino solo sugiere con claridad que habrá otros. La tensión por ampliar el espacio de vigilancia no ha desaparecido, ni mucho menos.

No basta, como afirma Peter SWIRE, que estemos en la *edad de oro de la vigilancia*. Que las TIC ya proporcionen sin especiales dificultades a los vigilantes millones de datos, de informaciones sobre geolocalización –continua, precisa, descriptiva, eficaz–; sobre los contactos y circunstancias externas de todos los procesos comunicativos; sobre los metadatos que permiten configurar lo que ha venido a llamarse *los expedientes digitales sobre la vida de las personas*. No es suficiente. La zona opaca, oscurecida por la encriptación, se interpreta como un acto de rebeldía, como una huida del ojo electrónico, al que se refiere David LYON, que en tiempos de riesgos no puede permitirse. No importa que las vulnerabilidades de los sistemas de transmisión de datos que se pretenden introducir por los vigilantes puedan comportar graves riesgos a la ciberseguridad, a la privacidad, a los derechos humanos sin que reporten, además, especiales beneficios securitarios.

A más riesgos más necesidad de vigilancia... y de vigilantes...de todo tipo.

¿Podremos los jueces vigilar a los vigilantes...?

Bibliografía

- 📖 https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/docs/2013-12-12_rg_final_report.pdf
- 📖 <https://epic.org/amicus/crypto/apple/Orenstein-Order-Apple-iPhone-02292016.pdf>
- 📖 <https://assets.documentcloud.org/documents/2714001/SB-Shooter-Order-Compelling-Apple-Asst-iPhone.pdf>

● TENSIONES POLÍTICO-CRIMINALES EN EL PROCESO PENAL⁴⁶¹

Alberto M. Binder

Sumario

I. Tensiones y miradas en el proceso penal. II. Política criminal y contexto social. III. Populismo, retórica e inflación penal. IV. Proceso penal y política criminal. Cinco grandes tareas. V. Conclusiones: mínima intervención. Máxima precisión y eficacia. El concepto eficacia no violenta.

I. Tensiones y miradas en el proceso penal

El proceso penal es una encrucijada de caminos que nos obliga a tomar decisiones difíciles. Las necesidades sociales que se expresan a través de él no son menores y nos interpelan con mucha mayor fuerza que en otras áreas de la administración de justicia. Por una parte, nos enfrentamos a la tarea de evitar graves daños a los ciudadanos y el dolor de las víctimas –o la desesperación ante la impunidad– se multiplica en formas cada vez más hirientes. Por otra parte, nada nos indica que debemos disminuir la histórica sospecha ante el posible abuso de poder o bajar la guardia en la defensa de las libertades públicas, siempre frágiles ante el Estado Leviatán. Al contrario, la última década nos ha sorprendido con nuevos y variados mecanismos de violencia sin control y con argumentaciones renovadas a favor de las limitaciones al derecho de defensa, el secreto de la actuación pública o directamente la apología de formas no tan solapadas de la vieja tortura.⁴⁶²

El reconocimiento de la existencia de estas tensiones no es nuevo y ya constituye una fórmula clásica en nuestra materia sostener la necesidad de construir un proceso penal que cumpla con la tutela efectiva de las víctimas tanto como proteja los derechos inalienables de las personas sometidas a enjuiciamiento o investigación. Las viejas fórmulas que encontramos en Carrara o en *Mittermaier* son repetidas en nuestros tribunales y abogados. Incluso esta fórmula de compromiso ya forma parte del bagaje elemental de todo estudiante de Derecho Procesal y se sustenta en un “sentido común” que parece blindarla de toda consideración crítica.⁴⁶³

Sin embargo, esa fórmula no es buena. No lo es porque simplifica el problema y nos brinda la falsa impresión de que construir esa síntesis entre funciones antagónicas es algo “dado” o fácil de construir en el decurso histórica del procesal penal. Nada más alejado de la realidad. En primer lugar, debemos interrogarnos acerca del plano en el que se halla esa fórmula de compromiso. ¿Es ella una descripción de lo que ocurre?, ¿O es una expresión de lo que debería

.....
⁴⁶¹ Ponencia presentada en el XXVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, realizado en Bogotá, 5 al 7 de septiembre del 2007, organizado por el Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

⁴⁶² No cambian de naturaleza los debates porque se los revista de fórmulas jurídicas (tales como el Acta Patriótica, en los Estados Unidos o se los pretenda presentar como un “simple” dato del ordenamiento jurídico, revestido de academicismo, tal como ocurre en el llamado “derecho penal del enemigo”. Los temas a debatir y las posturas ideológicas que se expresan en ellos son las que corresponden a las tradiciones liberales y autoritarias que han cambiado de nombre a lo largo de la historia pero mantienen un núcleo central de diferencias que permite reconocerlas pese a sus mutaciones.

⁴⁶³ En mi libro sobre: “Introducción al derecho procesal penal”, Ed. Ad Hoc, 1 edición, págs. 52 y ss. Ya está planteada esta posición aunque no con total claridad. En el Derecho Procesal Penal de Julio Maier, se sustenta la posición que conocemos como “doctrina de la doble eficiencia” (Ed. Del Puerto, Tomo I, pg. 83 y ss.

ocurrir en el proceso penal?, ¿O, finalmente, es una frase didáctica para hacernos entender las tareas del proceso penal? Es probable que la usemos en todas esas dimensiones y, generalmente, sin advertir en que plano la estamos usando. Pero, de todos modos, en todos ellos esa fórmula tiene problemas. Si nos referimos a una situación de hecho, creo que la idea de una “síntesis” entre la tutela efectiva de los derechos de las víctimas (incluida en esta frase al conjunto de la sociedad que se expresa a través de la acción pública) expresa bastante mal las opciones que se toman todos los días en nuestros tribunales. Ellas se nos presentan como antinomias, como contradicciones donde no quedan contentas las dos partes. Mucho más aún cuando el proceso penal, en tanto discierne la aplicación de una pena, no admite soluciones intermedias: o ella es aplicada o el imputado es absuelto. En ese sentido, es un sistema binario, sin zonas grises, ya que el principio “in dubio pro reo” impide toda solución de ese tipo. En consecuencia las necesidades de tutelar a la víctima o al imputado no encuentran nunca una fórmula exacta de síntesis; en el mejor de los casos se “equilibran” en un punto que nos parece admisible valorativamente, pero que estará siempre en cuestión, siempre sometido a la crítica en un sentido u otro. Esto ocurre tanto respecto a cada caso o a clase de casos. Incluso si queremos usar la fórmula de compromiso para referirnos a un determinado momento histórico del proceso penal nos encontraremos con el hecho ineludible de que los “equilibrios” entre ambas necesidades sociales son muy diferentes en los distintos tipos de delitos de los que se ocupa el proceso penal. Como fórmula descriptiva, en consecuencia, esta “armonía” en el cumplimiento eficiente de ambas finalidades nos muestra un proceso penal que en realidad no existe. No nos señala la dinámica contradictoria que está en la base del mismo proceso y que no se resuelve en ninguna armonía.

Podemos usar la fórmula señalada como expresión de un deber ser. En este sentido el mejor proceso penal sería aquél que pudiera dar satisfacción eficiente a ambas finalidades sociales. Esta formulación tanto nos podría servir de estímulo de corto plazo para perfeccionar el proceso penal como de horizonte utópico para el desarrollo de una política procesal de largo plazo. Si se trata del primer caso, en realidad no necesitamos a la fórmula de compromiso ya que es la consecución de cada finalidad social en sí misma lo que ha empujado y empuja al proceso penal, inclinándolo hacia un lado o hacia el otro y provocando, de hecho, equilibrios inestables. El proceso penal es empujado, por así decir, por la víctima y el imputado hacia lados diferentes en una puja sin fin. Si se trata de la segunda dimensión, de largo plazo, la fórmula ya no es deseable, dado que el objetivo final no es construir el mejor proceso penal, sino algo mejor que el proceso penal y el derecho penal. La aplicación de una pena podrá ser una herramienta de la que aquí y ahora (o en un futuro, más o menos cercano) no podemos prescindir pero no es una herramienta que debemos sostener como un instrumento benévolo de la vida social. Aún quienes tienen una visión pesimista del hombre y la sociedad pueden reconocer que en el plano de la utopía es mejor sostener una sociedad sin violencia que una con la violencia contenida o institucionalizada. Nos queda discernir si se trata de una buena fórmula pedagógica, si ella nos prepara mejor para entender y actuar en el proceso penal. Si de lo que se trata es de señalar que dos finalidades enfrentadas en el proceso penal, existen muchas otras formas de expresar la misma idea con igual o mayor capacidad comunicativa o plástica. Ahora si se trata de preparar al alumno para entender mejor o actuar con eficiencia en el proceso penal, no le hacemos ninguna favor si lo adiestramos por fuera del contexto real de contradicciones en el proceso penal o no le enseñamos a mirar con especificidad los distintos intereses en juego. Los contendientes no tienden al equilibrio sino a la defensa de los intereses que deben representar, sin perjuicio de que finalmente se construya alguna forma de equilibrio.

Como derivación de lo anterior también debemos señalar las debilidades de la presentación del proceso penal bajo una forma dialéctica. Es cierto que ella reconoce las posturas contrapuestas, pero es de la esencia de la dialéctica reconocer la síntesis de los opuestos y poner el énfasis en ese momento sintético. El recurso a la idea dialéctica se presta mejor al proceso penal visto desde la óptica del juez y pareciera que finalmente lo que está en juego es sólo un problema de perspectivas. Pero no es así, aun cuando nos pongamos en el lugar del juez, lo que él hace no es una síntesis entre dos intereses sino la opción por uno de ellos. En el caso del proceso penal el juez o autoriza la pretensión del acusador o la niega. No construye ninguna solución de compromiso.

Es por estas razones que siempre hemos preferido explicar el proceso penal desde su antinomia fundamental, es decir, desde esa contradicción de intereses que constituye su base, explica su dinámica y resalta sus tensiones. Una contradicción que no se resuelve en ninguna síntesis ni armonía, que queda como pura contradicción, como puro contraste de fuerzas que se equilibrarán de algún modo, modo inestable, mejor dicho, en una multiplicidad de equilibrios que se dan caso a caso y por tipos de procesos y delitos, generando la multiforme vida del sistema penal.

Pero, sin duda, lo afirmado precedentemente constituye también una mirada, una forma de comprender el proceso penal. A lo largo de la historia esas miradas han variado, aunque nunca han ocultado totalmente esa contradicción de intereses y expectativas que está en su base. Ha sido el modelo inquisitorial quien ha tenido más éxito en ocultar esa contradicción de intereses y presentarnos el proceso penal desde una perspectiva distinta. Es que en la lógica inquisitorial la contradicción es únicamente entre el imputado y el Estado, se trata de un modelo infraccional, que ha desplazado a los intereses de la víctima y se presenta desde la restauración de la relación de obediencia respecto de la cual el hecho es sólo una manifestación. Esta visión, despojada ya de sus connotaciones moralistas y teológicas, ha logrado pervivir a lo largo de los siglos y se mantiene aún con gran fuerza. Hasta hace apenas unas décadas, con fórmulas que no ocultaban demasiado sus orígenes inquisitoriales. Luego, en la medida que el aparato conceptual del derecho procesal se fue depurando la mirada inquisitorial quedó oculta en la lógica del trámite y el análisis secuencial que nutrió de ideas a las diversas formas de procedimientos mixtos.

La mirada unitaria sobre el proceso penal aún mantiene vigencia. Ya sea en las concepciones meramente instrumentales del proceso penal, o en las visiones aparentemente obvias que nos enseñan las reglas procedimentales o en un derecho procesal penal que se desentiende de las consecuencias políticas de sus normas y se presenta a sí mismo como el pequeño saber de la burocracia judicial, la más potente ideología estatal de nuestros días. El problema central de la mirada unitaria sobre el proceso penal no es sólo que debilita la mirada sobre los intereses contrapuestos, sino que se ubica en un lugar de compromiso, que como hemos dicho, no existe en el proceso penal, salvo bajo el modelo inquisitorial.

Pero de todos modos, en lo que nos interesa para esta exposición, lo determinante es que el objetivo de tutela efectiva de los intereses de la víctima (y la consiguiente lucha contra la impunidad) es decir los objetivos político-criminales del proceso penal, por un lado, y la lucha por la defensa de las libertades públicas siempre amenazadas por esa política criminal, quedan diluidos, opacados en la mirada unitaria sobre el proceso penal. Opacadas en sí mismas, como dimensiones insoslayables del proceso penal y diluidas en la fuerza de su oposición sin armonía.

Es conveniente, en consecuencia, rescatar ambas dimensiones y su contradicción, tal como lo hace la idea de antinomia fundamental. Este rescate es importante porque el desarrollo del proceso penal nos obliga a desarrollar ambas dimensiones en su lógica interna, que es diferente y a construir un saber práctico para cada una de ellas, conforme también a sus necesidades específicas. Un Derecho Procesal Penal instalado en la mirada unitaria es como el conductor de una cuadriga que corrige la fuerza de uno u otro de los líderes, pero no deja desarrollarlos en su propia fuerza.

Debemos pues, abrir una reflexión autónoma sobre la dimensión político criminal del proceso penal, independientemente del sistema de garantías. Pero entiéndase bien, ello no implica que debamos dejar de lado el sistema de garantías o debilitarlo: todo lo contrario, también una reflexión autónoma sobre ese sistema, permite desarrollarlo con mayor amplitud y sin auto restricciones, fundadas en razones político-criminales. Desde el punto de vista de la construcción de saberes prácticos, está faltando un tipo de conocimiento necesario para desarrollar una verdadera eficacia del proceso penal, independientemente del cumplimiento estricto del sistema de garantías o, incluso, de su ampliación.

La política criminal, como parte de las políticas públicas del Estado (de exclusiva gestión estatal, a diferencia de otras políticas públicas) es mucho más extensa que el proceso penal. De hecho, el proceso es sólo uno de los instrumentos de ella, aunque uno de gran importancia, ya que está indisolublemente ligado a la pena, que es el instrumento político-criminal por excelencia. ¿Cuál es el saber que orienta, perfecciona, corrige a la política criminal? Todavía no se ha consolidado y a lo largo del último siglo tanto el Derecho Penal (en particular el Derecho Penal orientado a las consecuencias político-criminales) o la Criminología han pretendido ocupar ese lugar. Sin embargo lo han hecho a medias y de un modo oblicuo. De hecho, una de las políticas públicas de mayor riesgo dentro del Estado (porque implica el uso de los instrumentos violentos del Estado) se encuentra en gran medida al garete sin un saber que la controle y oriente y, por ende, sin reglas técnicas además de las políticas o morales, sin una comunidad de control, sin claridad en sus propuestas, sin un lenguaje común estabilizado que facilite el debate público y el control democrático.

Creo que la constitución de una nueva disciplina, el Análisis político-criminal deberá llenar este vacío. Una nueva disciplina no es nada más que eso, un ordenamiento clarificador de conocimientos que ya existen, pero que no han encontrado aún su método. El análisis político-criminal nos permitirá conjugar de un nuevo modo hallazgos que ha hecho el Derecho Penal, la criminología o el mismo derecho procesal, pero en mayor medida nos permitirá trasladar la enorme cantidad de ideas, experiencias y controversias que giran alrededor del análisis de políticas públicas en los últimos cincuenta años.

En efecto, como nos señala Subirats, “los trabajos de gente como Simon, Dahl, Lindblom, Wildavsky o Majone han resultado esenciales para comprender que la política no es sólo preocupación por los mecanismos de poder y legitimidad, ni tampoco exclusivo interés por el mundo de la representación política, a través de análisis exhaustivos de partidos o elecciones. La llamada escuela de “public policy” nos ha ido aportando un volumen significativo de estudios y análisis en los que subyace la preocupación por la formación de decisiones políticas y su puesta en marcha.

El mundo de las políticas ha permitido analizar la política en acción, conectado con otras disciplinas, como la economía, el derecho o la sociología, en la voluntad de explicar procesos de intervención pública en sociedades pluralistas. (...) Se parte del presupuesto pluralista, en el que poderes y recursos se distribuyen de manera desigual, y en el que los procesos decisionales son más bien el resultado de interacciones múltiples en las que participan muchos actores (políticos electos, funcionarios de todos los niveles, pero también partidos, grupos de interés, expertos, académicos, medios de comunicación) de manera simultánea. Se “burocratizan” los procesos políticos, se “politizan” los procesos burocráticos, se socializan unos y otros”⁴⁶⁴. O como señala en el mismo sentido Aguilar Villanueva: Nuestros politólogos han prestado gran atención a la historia de la formación del sistema político, a los alcances y límites de su funcionamiento, a los canales y procesos de producción del consenso, a las varias patologías del sistema. Contamos con estudios extraordinarios pero pocas han sido comparativamente las investigaciones especializadas acerca de la forma, patrón y estilo de elaborar las políticas, acerca de sus éxitos y fracasos en diversas áreas de asuntos públicos, que en mucho habrían ayudado a allegar evidencia favorable a las atrevidas hipótesis sobre el funcionamiento y destino (casi siempre imaginado como catastrófico) del sistema político”⁴⁶⁵. Por ello, insiste Aguilar V: “El esfuerzo intelectual y práctico ha de centrarse en el proceso de la política, en sus condiciones de consenso, corrección y factibilidad, en su formación, implementación, impacto y evaluación. En averiguar y depurar la manera como ciertos problemas sociales o grupales devienen públicos y agenda de gobierno, la manera como se obtiene y depura la información acerca de los problemas, se les define y explica; las teorías causales que sustentan la construcción y evaluación de las opciones de acción gubernamentales, la confiabilidad de los cálculos de costos y beneficios y consecuencias; los mecanismo gubernamentales de comunicación y persuasión para obtener el apoyo de los ciudadanos en torno de una política; los defectos y emergencias a lo largo del proceso de implementación, la evaluación de las políticas, los criterios para terminarlas o continuarlas, la opinión pública que juzga su efectividad y propone opciones diferentes de abordaje.

¿Debe provocar el análisis político-criminal un desplazamiento de las tareas del Derecho Procesal Penal? Sin duda, aunque esto todavía no se vislumbra con claridad, porque nos obliga a replantear buena parte de su aparato conceptual. Si el análisis político-criminal nos brindará los conocimientos necesarios para procurar la eficacia del programa punitivo y la defensa de los intereses de las víctimas, al derecho procesal le compete, al igual que al derecho penal, el desarrollo exclusivo de los límites al poder punitivo, es decir, la expansión del sistema de garantías. Cada saber, de este modo, sirve a una finalidad específica, no necesita realizar transacciones valorativas entre necesidades contrapuestas y permite dotar coherencia racional a su estructura conceptual en la medida que también tiene en la base una coherencia valorativa sin necesidad de compromisos. No otro que este, era en mi opinión, el programa original de V. Litz, mientras no quedó desplazado por la idea de ciencia penal conjunta. En efecto, tal como lo ha reconocido el propio Roxin, para oponerse a esta concepción:

.....
⁴⁶⁴SUBIRATS, Joan: *Introducción a la obra de Charles E. Lindblom*, El proceso de elaboración de políticas públicas, traducción Eduardo Zapico Goñi, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1991, pág. 5.

⁴⁶⁵AGUILAR VILLANUEVA, Luis: *presentación a la antología “El estudio de las políticas públicas”*, 3ª edición, Miguel Ángel Porrúa eds. México 2003 (1 reimpresión). pág. 6 y 22.

“la idea del fin en el derecho penal, bajo la que Liszt había colocado su famoso programa de Marburgo, es la meta de la Política Criminal, mientras que el Derecho Penal, como “magna carta del delincuente”, según expresa confesión de Liszt, protege, “no a la comunidad, sino al individuo que se rebela contra ella”, garantizándole el derecho de ser castigado solo bajo los presupuestos legales y únicamente en los límites legales. Liszt no quería, como hubiera sido consecuencia de su idea de fin, que “ sin toda la triquiñuela formalista de los “criminalistas clásicos” se pudiera dar en el caso concreto una decisión que sirviera a la comunidad” sino que opinaba: “ En tanto que aspiremos a proteger la libertad del ciudadano particular frente a la arbitrariedad ilimitada del poder estatal, en tanto nos vinculemos a la frase nullum crimen, nulla poena sine lege, así mantendrá también su alta significación política el arte estricto de una interpretación de la ley que opera conforme a principios científicos”. Desde esta base-continúa Roxin aunque sin aceptar las consecuencias- la misión del trabajo sistemático en Derecho penal debe ser ajena e incluso contraria a toda finalidad político criminal.”⁴⁶⁶

Tenemos pendiente una reorganización de los saberes alrededor del sistema penal. En gran medida la idea de “ciencia penal integrada”, “enciclopedia de las ciencias penales” o la idea de “ciencia principal y ciencia auxiliar” todas tributarias de una mirada unitaria ha dificultado el desarrollo claro de las distintas disciplinas, como saberes prácticos al servicio de finalidades específicas y diferenciadas. Ello ocurre, incluso, en el Derecho Penal, que hoy oculta tras un desarrollo escolástico desmesurado, graves problemas teóricos y políticos en su base. En el caso del Derecho Procesal Penal la situación es similar, salvo que él ha renunciado a un aparato conceptual más complejo para ganar en su inserción cotidiana en la práctica burocrática, provocando distorsiones político-criminales y en el sistema de garantías más profundas que las que produce el Derecho Penal.

Pero no se trata sólo de discusiones metodológicas por más que ellas sean de gran importancia. La constitución del análisis político-criminal nos permite clarificar puntos de crucial importancia para la política criminal en general y para el proceso penal en particular. En primer lugar, una reflexión real sobre la eficacia nos abre una nueva dimensión a la cuestión de la legitimidad del poder penal. Él está sometido a una doble condición de legitimidad: una la que ya conocemos, vinculada al cumplimiento de todos los límites previstos en el sistema de garantías; la otra, vinculada a las condiciones reales de la eficacia. Es decir, condiciones de legitimidad que surgen de la propia política criminal. Estas condiciones son a su vez de dos tipos. Por un lado, la defensa real del interés de las víctimas, con toda la complejidad que esto puede llegar a tener (por los intereses contrapuestos de los diversos niveles de víctimas involucrados en cada delito) y la política criminal no puede ser un ejercicio inútil de violencia ni fundarse en meras suposiciones o fantasías (como hace en gran medida el derecho penal al proponer como criterio de fundamentación la idea de prevención general). Las finalidades político- criminales, como ocurre en toda política pública, a consecuencia del carácter instrumental del Estado, deben alcanzar objetivos sociales tangibles para ser legítimas. Por otro lado, la política criminal, como política de un Estado Republicano, democrático y sometido al Estado de Derecho, debe usar de la violencia lo menos posible. El principio de mínima intervención rige toda la política criminal en un Estado de tales características, diametralmente opuesto al Estado de Policía, que se funda en el ejercicio de la violencia.

.....
⁴⁶⁶ ROXIN, Claus: *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*; traducción de Francisco Muñoz Conde, ed. Bosch, Barcelona, 1972, pág. 16 y 17.

Este principio se comprende mucho mejor cuando integramos a la política criminal dentro del marco de las políticas de gestión de la conflictividad – de las cuales ella es sólo un segmento y no precisamente el segmento de mayor capacidad de resolver la conflictividad-. Es necesario abandonar, de una vez por todas, la idea de que el Derecho Penal y el proceso penal operan en un vacío y pueden darse el lujo de ser autistas respecto a las otras formas de intervención en los conflictos. Tampoco es cierto que el derecho penal se enfrenta a la conflictividad de un modo directo; al contrario, siempre está mediado por esas otras formas de intervención y es dependiente de su éxito o su fracaso. Esta es otra manifestación del carácter subsidiario que tiene la política criminal y que en los últimos tiempos ha perdido fuerza frente a quienes pretenden poner al poder penal en el centro de las regulaciones sociales sobre la conflictividad.

En definitiva, las evidentes funciones político-criminales que se canalizan a través del proceso penal, la necesidad de realizar una reflexión mucho más rica sobre las condiciones de su eficacia, la necesidad de construir un saber específico para la consecución práctica de esas finalidades y, finalmente también la necesidad de depurar al actual Derecho Procesal Penal de la dualidad que le impregna la asunción de finalidades duales y contradictorias. Es posible, en consecuencia, la apertura de una nueva mirada político-criminal sobre el proceso penal, que permita tomarnos en serio su eficacia y extender las exigencias democráticas también a esa dimensión.

II. Política criminal y contexto social

Señalar que toda política pública se da en un determinado contexto social es una obviedad. Sin embargo, para el caso específico de la política criminal sigue siendo una afirmación necesaria ya que ella fluctúa entre una falsa autonomía o una referencia genérica al entorno social. O los problemas político-criminales surgen de necesidades internas (muchas veces, por una desviación escolástica tales como las necesidades intrasistemáticas del derecho penal) o por simple lucha de doctrinas, o se busca referenciarla con problemas sociales tales como la pobreza, la exclusión, etc. que sin duda por su radicalidad siempre tendrán algo que ver con ella, pero cuya referencia siempre estará mediada por otros fenómenos sociales. Llama la atención, sin embargo, la poca atención que se le presta a las diversas formas de conflictividad que forman el contexto más cercano a la política criminal, tanto en sus manifestaciones como en las formas de intervención, es decir, en la realidad de las políticas más cercanas. En el análisis de cualquier política subyace siempre una visión de la sociedad. Esta visión no debe ser vivida como un prejuicio, sino como uno de los requisitos de toda comprensión de los fenómenos sociales, ya que el mismo sujeto que formule ese conocimiento será parte, lo quiera o no, del proceso social que busca comprender.

Esta irremediable inmersión en el proceso social hace que siempre tengamos una visión de él, más o menos consiente. Pero el análisis debe superar este nivel de comprensión del sentido común para formular con claridad los supuestos de esa visión y de esa manera facilitar el debate público. En especial porque en todo momento debemos evitar la tendencia a que el análisis, por más riguroso que sea, reemplace aquello que es propio de las decisiones democráticas. Muchas decisiones político-criminales, como veremos, no son comprensibles en su magnitud o en su eficacia sin conocer los presupuestos de la visión social de la que se parte.

La sociedad o, mejor dicho, el proceso social (ya que no existe nada estático que pueda recibir el nombre de “sociedad”) es un proceso imbricado de conflictos y de acuerdos de cooperación. Es inimaginable una sociedad sin conflictos. Esta frase parece obvia-y lo es en cierto plano-, pero si analizamos las distintas posiciones que la teoría social y política ha tomado alrededor del conflicto, deja de ser tan obvia. Ha sido bastante usual la consideración del conflicto como una realidad transitoria de la sociedad y ello ha empujado no sólo a las valoraciones negativas sobre la conflictividad sino a la creencia de que era posible pensar teorías que presupusieran una sociedad sin conflictos. La fuerte presencia histórica del pensamiento utópico, aunque sea como técnica literaria es una muestra de ello, tal como nos ha señalado Dahrendorf⁴⁶⁷. Partir de una visión conflictivista de la sociedad significa, antes que nada, repudiar una visión de la sociedad fundada en la idea de “orden”. Ello no significa que ambas visiones estén en el mismo plano, ya que la idea de orden es siempre un constructo, en cambio la constatación de la existencia de conflictos puede ser sostenida como una evidencia empírica con mucho menor contenido de construcción si nos atenemos a la mera constatación. Fundar una política criminal sobre una u otra visión es determinante. “La posibilidad de que ambas visiones de la sociedad sean, de hecho, muy compatibles es menos que remota”⁴⁶⁸. Sostener una visión conflictivista de la sociedad en este plano no implica asumir ninguna idea sobre el modo como se resuelven esos conflictos, ni acerca de las dificultades en la construcción de consensos o las reglas de dominación entre grupos. Sólo importa señalar la realidad inocultable del conflicto en el proceso social y el rechazo a todo prejuicio sobre el valor del conflicto en sí mismo, como si fuera un elemento negativo, frente al carácter benévolo del orden social. Es impensable una sociedad sin conflictos, es casi una contradicción lógica porque es impensable un proceso social sin cambio, movimiento y ello implica consensos y rupturas de consenso, pluralidad de intereses, deseos y demandas insatisfechas, realizaciones y frustraciones; en fin, todo el material de la naturaleza humana del cual se nutre la idea del conflicto. “La vida social es el resultado de una interacción constante de intereses, y el interés es el elemento básico de la conducta social del hombre. El conflicto de intereses domina la vida social (...) La contienda entre los diversos sectores conduce al cambio, que es universal y permanente.

La toma de conciencia del plano de la conflictividad al que se enfrenta la política criminal es doblemente importante para la consideración político-criminal del proceso penal ya que por razones históricas a él le ha costado asumir la base conflictual de la que parte. En la tradición inquisitorial –una de las manifestaciones más eminentes del derecho penal infraccional- lo que existe es orden y ruptura del orden, nunca conflicto en el sentido que hemos utilizado en los párrafos anteriores. Por otra parte, las políticas de intervención en los conflictos son políticas delicadas, ya que se está tocando el elemento dinámico de la sociedad, allí donde se cuecen los valores del futuro. La historia del proceso penal está plagada de ejemplos de la utilización del Derecho Penal para retrasar cambios inevitables, con gran costo para la vida social. De todas las políticas que tiene un Estado, aquélla que implica ejercer violencia en la dimensión de los conflictos, debería ser la más precisa, la más pensada, aquélla que se diseña sobre un conocimiento claro y exhaustivo de la realidad social, la más cuidada y debatida; es decir, todo lo que hoy no hacemos con la política criminal y genera su crónica falta de efectividad.

.....
⁴⁶⁷ DAHRENDORF, Ralf: *Las clases sociales y su conflicto en la sociedad industrial* (1957), *Ensayos sobre teoría de la sociedad* (1968), *El moderno conflicto social* (1988), entre otros. Es considerado uno de los autores principales de la moderna teoría del conflicto.

⁴⁶⁸ GINER, Salvador, *El progreso de la conciencia sociológica*. Barcelona, península, (1974), págs. 176, 1999.

Mucho más importante es esta reflexión en el contexto actual latinoamericano y en el desarrollo de las ideas democráticas en nuestra región. En primer lugar, debemos comprender que las condiciones de vida de nuestro continente –el más inequitativo del planeta- hace que sea una fortuna que tengamos sociedades conflictivas, que no aceptan sumisas esas condiciones de vida.

Quizás ahora esta frase suene exagerada o demagógica, pero estoy convencido que en unos años veremos esa conflictividad con otra mirada, convencidos de que allí se están gestando nuevos valores de igualdad y solidaridad que serán finalmente asumidos como pilares insoslayables de la sociedad. O acaso, cuando hoy miramos la conflictividad de las primeras décadas del siglo XIX no la asociamos a la asunción –sin duda difícil, dolorosa, esforzada– de valores sobre la libertad y la igualdad que hoy nos parecen insoslayables, entre otros los fundantes de la misma idea democrática. América Latina no tiene otro horizonte que el de una sociedad altamente conflictiva, y eso no nos debe llevar a una mirada ni escéptica ni negativa sobre ese fenómeno. Todo lo contrario. Sin embargo, algo muy distinto es la capacidad que tengan nuestros Estado para manejar esa conflictividad sin caer en el autoritarismo, en la sociedad violenta o en formas de abuso de poder, tanto del mismo Estado o de distintos grupos sociales.

En ese sentido, desde la realidad del proceso penal se han hecho muchos esfuerzos en los últimos años para adecuar sus reglas y estructura a condiciones mínimas provenientes de la idea republicana y del propio Estado de Derecho (oralidad, división de funciones entre jueces y fiscales, publicidad, defensa, etc.) y el proceso de reforma de la justicia penal en nuestra región ha sido rico en reflexiones técnicas y políticas sobre los vínculos entre las primeras etapas de la nueva democracia en América Latina y la administración de justicia penal. Pero hoy ya todo ello es insuficiente. Las demandas de la sociedad sobre el sistema democrático son hoy mayores. Existen demandas sobre una mayor eficacia en garantizar una convivencia pacífica (no todas dirigidas a la justicia penal, como suele creerse, en una interpretación sesgada de las demandas sociales), demandas en el sentido de acabar con los tradicionales bolsones de impunidad (delitos de los poderosos, corrupción, criminalidad económica, delitos de lesa humanidad, etc.), demandas en una mayor sensibilidad respecto de las necesidades de las víctimas, tan olvidadas como los derechos del imputado (y no es cierto que esos derechos sean olvidados por respetar el sistema de garantías, sino que son olvidadas por la prevalencia de intereses corporativos y burocráticos en la justicia penal). En fin, por fortuna, el proceso penal está hoy sometido a nuevas y exigentes demandas. Por desgracia, no estamos respondiendo con la profundidad y celeridad que requiere la sociedad en el diseño de nuevas y eficaces políticas de persecución penal; al contrario, nos hemos dejado ganar de mano por el nuevo populismo penal, que oculta los problemas, distorsiona la demanda social y mantiene a nuestros sistemas en un nivel de ineficacia útil para interés sectoriales.

III. Populismo, retórica e inflación penal

Cualquier análisis elemental del funcionamiento del sistema penal puede demostrar sus grandes niveles de ineficacia. Esto en cualquiera de sus niveles. Si tomamos el sector de los delitos no tradicionales, esa ineficacia llega a niveles tan altos que puede ser calificada de absoluta. Criminalidad económica, delitos de los poderosos, corrupción, economía ilegal, delitos contra el medio ambiente, etc. En el plano de la criminalidad tradicional, también presenta grandes niveles de ineficacia y el descontrol general sobre los problemas de

criminalidad urbana es solo una señal. Es más, esos niveles de ineficacia serían mucho más grandes si se respetaran derechos mínimos, ya que gran parte de la eficacia se consigue todavía gracias al uso distorsionado de la prisión preventiva.

Sin embargo –y esto no deja de ser altamente llamativo– se sigue apelando a la “solución penal” para responder a los problemas más variados, ya sean importantes, populares o simplemente menores. Esto ha provocado el fenómeno conocido como “inflación penal”. Este fenómeno de ampliación de la cantidad de las leyes penales, de pérdida de orientación de la legislación penal y de pérdida también de su capacidad comunicativa es complejo y no resiste una sólo explicación. En primer lugar, el recurrir a la amenazas del uso de la violencia es una figura retórica que esconde la poca predisposición de tomarse en serio la solución de un problema. Muchas cuestiones que perfectamente se pueden solucionar con otro mecanismo de intervención en conflictos si esos mecanismos son solucionados o perfeccionados, se las hace ingresar al sistema penal para evitar tener que afrontar la tarea de crear o perfeccionar esos mecanismos. Hoy, en consecuencia, una de las formas de mantener al sistema penal en un estado de ineficacia es, justamente, la inflación penal. Para muchos sectores políticos es, por otra parte, una forma sencilla de demagogia política; reemplaza la responsabilidad y capacidad de buscar solucionar con el golpe airado sobre la mesa que promete castigar y encarcelar a todo el mundo, aunque a los pocos meses uno pueda demostrar que nada de eso ha ocurrido y ni siquiera se han tomado las medidas más elementales para poner en marcha el programa punitivo. Atrás de esto se encuentran conductas muy profundas del presente, es lo que llamamos las “industrias del miedo”.

A partir del hito que ha significado el libro de Nils Christie⁴⁶⁹ que mostró la influencia del mercado carcelaria en la presión punitiva, ya no podemos tener una mirada ingenua sobre todos estos fenómenos de la inflación penal. Otros mercados se han sumado al mercado carcelario. En primer lugar el mercado de la seguridad privada, uno de los más dinámicos de la región y en continua expansión. Este mercado, tal como hoy está estructurado se nutre de la inseguridad objetiva y del miedo. Su negocio es la inseguridad real, la sensación de inseguridad y la ineficacia de las políticas públicas de seguridad (de donde recluta, por otra parte, a sus principales actores, sean dueños de las empresas o simples agentes y empleados). Existe otro mercado que proviene del espectáculo del miedo, que hace el nuevo amarillismo masivo, que nos aterra con sucesos reales o con la edición repetitiva de hechos ocurridos a veces a miles de kilómetros. Y existe finalmente, una industria política, que hace que muchos dirigentes prometan “mano dura” como una forma de lucrar con el miedo de la gente, evadir las relaciones de representación –tan poco respetadas por los dirigentes políticos de esta época– para establecer relaciones de protección o “señorío” tan propias del caudillismo o del viejo fascismo.

Lo dicho hasta ahora no niega que existan situaciones de mayor violencia, en especial en las grandes urbes, causadas por una trama compleja de variables económicas, demográficas, familiares y morales, que conforman una nueva cultura de la violencia en nuestras ciudades. Pero es justamente la complejidad de esa trama lo que obligaría a no caer en el rápido expediente de la amenaza violenta, además cuando se sabe que es ineficaz.

.....
⁴⁶⁹CHRISTIE, Nils, *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del holocausto?*, Buenos Aires, del Puerto, 1993.

Como hemos dicho el desarrollo de las nuevas políticas de gestión de la conflictividad en democracia deben ser las que respondan a esa realidad. Por ello el problema no está en la queja ciudadana, en la demanda de seguridad, en el repudio a la cultura de la violencia. Todo ello constituye demandas legítimas de una sociedad que no tiene la obligación de diseñar las soluciones adecuadas. Esa obligación le compete a los sectores dirigenciales, de todo tipo, y son precisamente esos sectores dirigenciales los que hoy no atinan a diseñar soluciones inteligentes y profundas para un problema de tal magnitud. Les es más sencillo apelar a soluciones populistas, engañar con una falsa energía que esconde la pasividad, asustar más a quien ya está asustado y mantener al sistema penal desahogado, fuera de cauce, girando en falso y, de ese modo, garantizar también los grandes bolsones de impunidad. La ineficacia del sistema penal se ha convertido en un gran negocio.

La dogmática penal también tiene su parte de responsabilidad en este problema. Es bastante usual ver coexistir las quejas de la dogmática penal ante la inflación penal con una casi inmediata preocupación por los problemas más nimios, con la creación de una agenda de problemas artificial y muchas veces impuesta por las modas intelectuales ante que por el responsable análisis de los problemas sociales. Una dogmática penal impregnada de un nuevo moralismo, escondido en jerga sociológica o política superficial, pero sobretodo, una dogmática penal que esconde modelos político-criminales, que los encubre en soluciones aparentemente técnicas o de sistema y que bajo el pretexto de desarrollar el equilibrio entre las tensiones político-criminales y la defensa de las libertades, en realidad lo fabrica y lo renueva desde posiciones políticas sin control y sin competencia.

En definitiva, la nueva retórica del populismo penal se expande por su gran capacidad de prestar servicios a los negocios y mercados que subyacen al sistema penal, permite prosperar a una dirigencia irresponsable o incapaz de diseñar verdaderas soluciones, permite crecer hasta el hartazgo a una dogmática penal escolástica, que no toma el guante de las grandes interpelaciones sociales y las desdeña como asuntos menores, “irrelevantes” en términos científicos y, posiblemente, lo que sea más grave, permite mantener amedrentados a los ciudadanos, rompiendo las exigencias que esos mismos ciudadanos podrían hacer a sus dirigentes, frente a los gravísimos problemas que debemos enfrentar para organizar la sociedad, la economía y el Estado bajo parámetros verdaderamente republicanos, democráticos y sometidos al Estado de Derecho.

Como ya hemos dicho, la ineficacia del sistema penal no es un “hecho”, es un gran negocio, una construcción social compleja. Quienes quieran ocuparse realmente por revertir esa situación de ineficacia deben repudiar clara y rotundamente, el populismo irresponsable de la retórica de la mano dura cuya mayor fuerza consiste en presentarse como parte del sentido común, cuando, en realidad, es la visión ideológica de los sectores que lucran con la situación de inseguridad.

IV. Proceso penal y política criminal. Cinco grandes tareas

Pensar democráticamente en la eficacia del proceso penal presenta un desafío a un pensamiento democrático que en este tema asume rápidamente las formas y los métodos del pensamiento autoritario.

Pensar en la eficacia del proceso penal significa, por una parte, pensar en la persecución penal, como actividad organizada del Estado para acabar con la impunidad, es decir, para volver real el programa punitivo y, por la otra, poner a disposición de las víctimas los instrumentos necesarios para que ellas sean gestoras eficientes de sus propios intereses. Nada de eso significa –ni debe significar– un debilitamiento del sistema de garantías. No lo significa –porque los problemas de eficacia nada tienen que ver en la práctica con el sistema de garantías– y no debe significar, ya que en un Estado sometido al Estado de derecho el respeto a esos límites es una condición esencial de la legitimidad del poder penal.

En la situación actual de ineficacia del proceso penal existen cinco tareas que se presentan como urgentes y que deben ser destacadas en una visión político- criminal del proceso penal:

1. Construir una visión estratégica de la persecución penal

Desde el punto de vista de los intereses personales de la víctima el proceso penal se enfrenta a un caso, a un conflicto individual en el que una o varias personas están inmersas y que extiende sus efectos a un círculo restringido de personas. Desde el punto de vista de la persecución estatal, el proceso penal se enfrenta a un caso, en tanto expresión de una regularidad social. Es discutible si puede existir una intervención estatal más extensa si no está en juego una regularidad social respecto de la cual existe un interés social en que disminuya o desaparezca, es decir, lo que en términos técnicos llamamos control de la criminalidad.

Ello no significa que el Estado no deba prestar auxilio a las víctimas en otros casos, pero el fundamento de su intervención en ese caso (acción pública) es totalmente distinto al que tiene la participación estatal frente a regularidades sociales (otras formas de acción pública, ya que ella, si es que constituye un concepto que se deba mantener, tiene diversas formas y fundamentos).

Los fenómenos criminales más comunes (y respecto a los que algo se puede hacer) responden a estructuras reconocibles. Por ejemplo, muchas de ellas responden a estructuras de mercado, tales como el robo de vehículos, robos e mercaderías, incluso la pequeña rapiña, robo de ganado, hasta llegar a los mercados más complejos, tales como el mercado ilegal de capitales, el mercado de personas, etc. Una parte importante de las agresiones responde también a patrones sociales, tales como la violencia doméstica, las reyertas entre pandillas juveniles, la violencia en los espectáculos. Las formas de resistencia política que utiliza la violencia ilegal también responden a regularidades. En fin, gran parte del fenómeno de la criminalidad responde a patrones comunes, a formas sociales a acciones colectivas estructuradas. La persecución penal, sin embargo, de un modo casi exclusivo se sigue organizando bajo la lógica del caso a caso. Es cierto, que el sistema de garantías, como es correcto se debe preocupar de cada caso, pero desde el punto de vista de la persecución penal estatal el caso debe ser visto como parte de una regularidad social. La finalidad de control de la criminalidad se vuelve tangible, frente a la metafísica de la prevención general.

Un ejemplo simple nos puede aclarar la idea. El caso del robo de vehículos es un caso paradigmático. Se trata de un tipo de criminalidad común, que preocupa al conjunto de la sociedad y genera altos costos sociales. Prácticamente es impensable considerar al robo de vehículos por fuera de la estructura del mercado de vehículos robados. O se roban para vender ciertos vehículos más costosos – normalmente en otros lugares distintos al del robo, lo que

implica una logística e traslado— o para desarmarlos y vender las piezas separadas como repuestos. Todo esto responde a una lógica económica de ganancias y se organiza como cualquier mercado, con proveedores de distintos niveles, acopiadores, distribuidores, vendedores y compradores. Un fiscal que pretenda tener éxito persiguiendo caso por caso, por fuera de esta lógica del mercado, seguramente no tendrá ningún éxito en términos de control de la criminalidad e, inclusive, desde esa perspectiva puede inclusive agravar los problemas, como ocurre cuando se provoca la participación de ladrones cada vez más jóvenes y menos adiestrados lo que aumenta la violencia. Desde el punto de vista de la sociedad no hay ganancia en esa persecución penal.

Frente a la persecución penal estatal organizada de un modo ciego caso por caso, pretendemos construir una persecución penal estratégica (PPE) que integre la acción del ministerio público con otras acciones en distintos niveles y esté guiada por la consecución de un objetivo claro de control de la criminalidad. ¿Qué sentido tiene perseguir cada robo de vehículo en particular si nada se hace con los acopiadores, intermediadores y vendedores de los otros segmentos del mercado? Una visión político criminal del proceso penal nos empuja hacia una visión estratégica de la persecución penal. Los nuevos códigos procesales que han surgido del movimiento de reforma de la justicia penal de las últimas dos décadas han legislado métodos e instituciones que sólo tienen sentido cuando están vinculadas a la PPE, tales como las formas de reconocimiento del colaboracionismo, el principio de oportunidad, las formas especiales para procedimiento complejo, etc. En general todas estas instituciones o están siendo subutilizadas o utilizadas en el marco de un caso particular, sin visión estratégica lo que distorsiona la legitimidad de esas medidas o las vuelve propicias para el abuso o la arbitrariedad.

2. Modernizar el sistema de investigación de los delitos

Pero así como es insoslayable para un adecuado cumplimiento de los fines político-criminales del proceso, organizar la persecución penal bajo un paradigma distinto, es impensable que la persecución penal cumpla sus finalidades sin el apoyo de un sistema eficiente y moderno de investigación de los delitos. Aquí nos encontramos con otra de las grandes tareas político-criminales del proceso penal. Es cierto que el sistema de investigación de los delitos es algo mucho más extenso y más complejo que el propio proceso penal; pero también es cierto que no es posible construir un sistema de investigación moderno y eficiente por fuera de las exigencias, demandas, controles y resultados del proceso penal, que es quien recibe, proceso y da validez a los resultados de una investigación.

Las tareas necesarias para modernizar el sistema de investigación son varias y extensas. En primer lugar hay que asumir la idea misma de “sistema de investigación”. El uso ágil, coherente y rápido de toda la información disponible en la vida social requiere metodologías de captación de la información, nuevas, extendidas, creativas, flexibles y acumulativas. Esto está muy lejos de la actual situación en la que fiscales y policías ni siquiera logran acceder de un modo eficiente, rápido y productivo a la información que produce el mismo Estado. La profunda burocratización del Estado que actúa por sectores estancos hace que él mismo sea una caja negra para las investigaciones o la información se deba lograr con esfuerzos totalmente desmedidos que terminan agotando a los buenos investigadores, abrumando a los inexpertos y dando las mejores excusas a los mediocres, corruptos o burócratas que solo tienen interés, en el mejor de los casos, de mover los expedientes para no tener problemas.

Las deficiencias en el uso de la información disponible se acrecientan cuando se trata de construir nueva información. Si la persecución penal se enfrenta a regularidades, es evidente que ellas producen mucha información justamente sobre sus elementos constantes. En la gran mayoría de los países de la región los mecanismos para obtener, sistematizar, actualizar y analizar la información específica sobre la gran mayoría de los fenómenos criminales se encuentra en pañales. Las direcciones de inteligencia policial o no existen, o son recientes o se encuentran deficientemente organizadas. Vemos pues, que la primera tarea de todo sistema moderno de investigación de los delitos, que es tener información actualizada, sin la cual una PPE es difícil de construir se encuentra todavía en ciernes.

Otro elemento central de un sistema de investigación de los delitos es la cooperación entre los distintos tipos de policías y entre estas y otros agentes del Estado que llevan adelante investigaciones. Agentes aduaneros, de migraciones, de las oficinas de impuestos, de control financiero o bancario, de monopolios, de registros inmobiliarios, en fin, diversas clases de agentes e inspectores que producen información, llevan adelante investigaciones y que no tienen ningún tipo de cooperación o ella se logra esporádicamente o a costos y esfuerzos muy elevados. No sólo en la criminalidad no tradicional esto es un golpe mortal a la eficacia sino que aún en muchos casos de criminalidad común, afecta de un modo determinante la contribución que el proceso penal pueda hacer al control de la criminalidad.

A ello debemos agregarle que la carencia de verdaderas policías de investigaciones autónomas en la mayoría de nuestros países, o modelos de policías de investigaciones burocratizados por su cercanía con las reglas judiciales, hacen que el propio trabajo de la policía no responda a las exigencias de una verdadera investigación. El apresuramiento, una vocación por registrar antes que investigar, la falta de capacidad para llevar investigaciones de largo plazo, la inestabilidad y falta de preparación de los investigadores y otros problemas de organización, métodos y recursos, hacen que la eficacia de la investigación policial tenga mermas importantes. Finalmente el tema de la falta de coordinación y cooperación entre policías y fiscales es ya un clásico, respecto del cual se expresan todas las intenciones, pero se avanza poco. En gran medida la falta de claridad acerca de cómo organizar el trabajo del Ministerio Público y la burocratización de la propia tarea de la policía hacen que no existen canales organizacionales, culturales y de método para un trabajo mancomunado, que es mucho más que cooperación y coordinación.

3. Evitar la sobrecarga endémica

Cuando tenemos una visión de la política criminal, vinculada a las restantes política de gestión de la conflictividad surge evidente, como ya hemos visto, lo que llamamos crisis externa al sistema penal, es decir, como la debilidad, ausencia o ineficacia de los restantes mecanismos de intervención de la conflictividad produce un efecto de congestión endémica de la justicia penal. No funciona el juicio ejecutivo, penalizamos el cheque, no funcionan los juicios ordinarios, entonces convertimos los incumplimientos de contrato en delitos, no funcionan los mecanismos de mediación entonces usamos al proceso penal como forma de extorsión o negociación indirecta. El proceso de reforma de la justicia penal fue bien consciente de este problema y la gran mayoría de los códigos nuevos tienen incorporados los mecanismos procesales para el diseño de políticas amplias de diversificación, que permitan responder de un modo creativo al problema de la sobrecarga endémica.

Los procedimientos abreviados, simplificados, especiales, las formas conciliatorias, la suspensión del proceso a prueba, la reparación directa, en fin, un conjunto de mecanismos procesales aptos para canalizar una respuesta diversificada a la multiplicidad de casos que no requieren una respuesta penal o para cuando ella es muy costosa o poco eficaz.

Pero el solo hecho de contar con mecanismos procesales no alcanza para construir una política de diversificación que esté a la altura de la gravedad del problema. Es necesario que las instituciones encargadas, en particular el ministerio público, pero también en su porción de injerencia la propia judicatura, asuman una política completa de impulso en el uso coherente de estos mecanismos. Muchos textos procesales han incluido figuras tales como la suspensión del proceso a prueba que permite aplicar todo un abanico de medidas sustitutivas de la prisión. Empero, es inusual que esas medidas se apliquen con un sentido claro de su finalidad o se realicen programas para que tengan efectividad o exista algún tipo de seguimiento. Lo que debería ser una forma de construir mensajes sociales de responsabilidad con mucho menor contenido de violencia se convierten en medidas administrativas sin seguimiento o en formas de punición indirecta para evadir el rigor probatorio o puros trámites sin mayor reflexión.

Se podría decir con justicia que las políticas de diversificación no son estrictamente medidas político-criminales sino, precisamente, una forma de evitar medidas de esa índole, por otras con muy bajo o nulo contenido de violencia. Sin embargo, dada la crisis externa que opera sobre el sistema penal y dado las profundas distorsiones político-criminales que produce la sobrecarga endémica sobre la justicia penal, una amplia política de diversificación es actualmente una condición esencial para el desarrollo de una política criminal reducida, precisa, que minimice los costos sociales de su uso y busque alcanzar algunos, por lo menos, de los objetivos que se le asignan.

4. Utilizar todos los recursos sociales

La impunidad es una preocupación social. La historia reciente de nuestros países muestra que es mucho más una preocupación de ciertos sectores sociales que de los funcionarios estatales. Ellos se acostumbran a convivir con situaciones de ineficacia casi absoluta, sin entrar ni generar ninguna crisis. Esto ocurre, como ya hemos dicho, en áreas centrales como las violaciones a los derechos humanos, los delitos económicos, la corrupción, los delitos medioambientales, etc. En ellos suelen ser organizaciones, vecinos, etc., quienes hacen avanzar, aunque sea un poco, las graves y complejos casos.

También el diseño de los nuevos sistemas procesales ha incorporado nuevas herramientas de este tipo. Sin embargo, ya sea porque todavía la sociedad no tiene la capacidad para utilizar estos específicos mecanismos procesales (acciones colectivas, nuevas acciones populares, querellantes institucionales, etc. y, en particular, porque los fiscales u otros sectores del Estado (organismos de control, etc.) no diseñan políticas específicas de colaboración ni de utilización de las capacidades instaladas de estos sectores sociales. Al contrario, suelen entrar prontamente en conflicto con ellos, aunque –por lo menos en abstracto– defiendan los mismos intereses, o los desplazan, desalientan o directamente atacan. Esto genera que mucha de la energía social de lucha contra la impunidad no tenga donde canalizarse y menos aún sea usada por las instituciones encargadas de llevar adelante la persecución penal para lograr que exista mayor eficacia.

5. Una víctima con derechos. Al rescate de la acción

Finalmente, el objetivo de toda política criminal es procurar la tutela de derechos de las víctimas. Víctimas individuales y víctimas colectivas, con todas las categorías que existen entre el individuo y la sociedad como un colectivo de personas y no como una abstracción. También los nuevos sistemas procesales penales han dado un salto importante en el reconocimiento de esta finalidad y de los derechos de las víctimas. Sin embargo la práctica de los sistemas todavía está muy atrasada en este campo y la vieja idea de que la víctima era un sujeto que debía ser desplazado para “racionalizar” el ejercicio del poder penal sigue teniendo fuerza, por más que uno muestre con creces que el modo de ejercicio funcional de los propios funcionarios dista de ser racional y que la introducción de los intereses concretos de las víctimas produce en muchos casos un desplazamiento sano de los intereses burocráticos.

La mayor distancia en el reconocimiento de los derechos de las víctimas se observa en la práctica de los fiscales, pero también en los modelos de organización del Ministerio Público, en las estrategias de los casos y en la poca capacidad de diálogo entre querellantes públicos y privados, quienes no sólo se observan como enemigos sino que suelen actuar como tales durante el desarrollo del proceso con grave perjuicio para la tutela de los intereses que unos y otros dicen proteger.

La vieja idea de la acción pública como un atributo esencial del Estado, que preserva la vigencia de las leyes penales por fuera y con prescindencia del compromiso de los afectados, no sólo no responde a la configuración histórica de esa facultad y de ese concepto, sino que cada vez se muestra más alejada del funcionamiento real de los sistemas procesales. No se trata de volver a discutir toda la teoría de la acción sino de poner en evidencia, conforme a las necesidades actuales, sus verdaderos fundamentos, siempre ligados a los intereses de personas de carne y hueso, sean estas una, algunos, muchos o todos.

V. Conclusiones: Mínima Intervención. Máxima precisión y eficacia. El concepto eficacia no violenta

Sin duda en el proceso penal se expresan de un modo eminente los mecanismos de preservación de las libertades públicas y ello constituye una de sus principales preocupaciones. Mucho ganaría el derecho procesal penal –como disciplina– si se ocupara sólo de esta perspectiva. Hemos visto, por otra parte, que las normas procesales penales son también instrumentos político-criminales. Pero como tales instrumentos están al servicio de una política pública que excede su expresión normativa. El Análisis Político-Criminal nos sirve para clarificar y dotar de eficacia esa función instrumental, saliendo de los estrechos márgenes de la dimensión normativa, por más que la integremos adecuadamente.

Pensar la eficacia de la política criminal es un problema de mayor entidad, porque se trata de una política que usa instrumentos de gran riesgo, tal como es la violencia y la restricción de la libertad. Una política de esas características no puede darle el lujo de ser ineficaz; en ese caso, carecería de toda legitimidad. El poder penal está sometido a una doble exigencia de legitimidad. Una proviene del sistema de garantías; la otra proviene de su eficacia político-criminal.

En un sistema democrático la política criminal forma parte integrada de todo el sistema institucional de gestión de conflictos. De su propia naturaleza violenta y de las dificultades de cumplir objetivos de pacificación mediante el uso (por más que sea legítimo) de la violencia, surge el principio de mínima intervención, que no sólo significa poca política criminal, sino precisa, adecuada, sometida a un fuerte estándar de efectividad. Caso contrario, es ilegítimo inyectar violencia de la sociedad.

Por tal razón debemos ahondar la reflexión y análisis de las condiciones de esa efectividad. De allí surgen evidentes tareas para el proceso penal, que implican superar la visión burocrática, la centralidad del trámite, el juego ambiguo entre la lógica del caso y las necesidades sociales generales, que le permite, según le convenga, instalarse en la visión interna del caso o en la visión externa de las necesidades de la sociedad. La precisión y utilidad que reclama la política criminal requiere un tipo de aparato conceptual al servicio de esas exigencias que hoy todavía no tenemos. Constituye una de las tareas más importantes del presente, construir el método que nos permita diseñar, ejecutar y controlar la política criminal, dentro del conjunto valorativo del sistema democrático sometido al Estado de Derecho, con mayor rigor, menor contenido emocional y un amplio debate público. Eficacia no significa aumentar el contenido violento del poder punitivo, sino todo lo contrario. Eficacia significa tener la capacidad de contribuir al control de la criminalidad con el menor contenido de violencia posible. Eso constituye el núcleo de las exigencias político-criminales al proceso penal de nuestro tiempo y una de sus tareas más urgentes.

Bibliografía

- 📖 AGUILAR VILLANUEVA, Luis: presentación a la antología “El estudio de las políticas públicas” 3 edición, Miguel Ángel Porrúa eds. México 2003.
- 📖 BINDER, Alberto. “Introducción al derecho procesal penal”, Ed. Ad Hoc, 1 edición.
- 📖 CHRISTIE, Nils La industria del control del delito. ¿La nueva forma del holocausto?, Buenos Aires, del Puerto, 1993.
- 📖 GINER, Salvador, El progreso de la conciencia sociológica. Barcelona, península, (1974)
- 📖 ROXIN, Claus: Política Criminal y Sistema del Derecho Penal; traducción de Francisco Muñoz Conde, Ed. Bosch, Barcelona, 1972.
- 📖 SUBIRATS, Joan: Introducción a la obra de Charles E. Lindblom, “El proceso de elaboración de políticas públicas”, traducción Eduardo Zapico Goñi, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1991.

● CONFESIÓN DEL IMPUTADO

Wilson Edgardo Sagastume Galán

Sumario

Introducción. 1. Confesión judicial. 1.1. Evolución normativa. 1.2. Conceptualización. 1.3. Clasificación 1.3.1. Confesión simple y confesión calificada. 1.4. Requisitos de la confesión judicial. 1.5. La confesión judicial en correspondencia con otros institutos procesales. 2. Confesión extrajudicial. 2.1. Definición legal. 2.2. Conceptualización tradicional de la confesión extrajudicial. 3. Clasificación actualizada de la confesión. 3.1. Conceptualización actualizada de la confesión judicial. 3.2. Confesión judicial anticipada o indirecta. 3.3. Razones que justifican la interpretación actualizada de la confesión judicial indirecta. 3.4. Otras razones que justifican la interpretación actualizada de la confesión judicial indirecta. 3.5. Autoinculpación ante personas particulares. 3.6. La única y verdadera confesión extrajudicial. Conclusiones.

Introducción

La confesión del imputado es un tema muy controvertido y crucial, porque ha dado lugar a múltiples interpretaciones, pero, también, y quizás lo más importante, porque es un medio de prueba legalmente reconocido que está sujeto al mismo iter de legalidad que acompaña a los demás medios probatorios, tanto en su recaudación, ofrecimiento, admisión, incorporación, etc., siendo el momento más determinante el de su valoración, especialmente cuando es el único medio de prueba de cargo y su íngrimo contenido es el total de insumos existentes para construir la culpabilidad o no del confesor.

El asunto de la confesión también cobra total relevancia al ser exigido como un requisito o condición objetiva de procesabilidad en algunos institutos procesales, tales como: el procedimiento abreviado y la suspensión condicional del procedimiento a pruebas; siendo en estos casos la confesión tan determinante por su doble función, a saber: como medio para acceder al beneficio procesal y como un medio de prueba sustancial.

Frente a este panorama, y ante lo delicado de la temática de la confesión, es menester que todos los operadores del sistema de justicia penal, en especial los juzgadores, tengan la certeza del significado de este instituto probatorio, porque de ello depende la valoración positiva de la confesión y el atribuir credibilidad al confesor.

El objeto de este opúsculo no es la exhaustividad en el estudio, sino, más bien, pretende ser un insumo doctrinario, un texto motivador, para que el lector escudriñe y profundice en el estudio de la confesión, y que el contenido de este documento acreciente el bagaje del abogado y que el operador jurisdiccional cualifique sus resoluciones.

Para tal efecto se presenta a continuación una apretada metamorfosis histórica de la confesión, para visualizar con un breve paneo la defenestración de nuestro sistema procesal de la llamada “confesión calificada”; algunas ideas conceptuales y distintas clasificaciones de la confesión; así como aspectos doctrinales y jurisprudenciales de la confesión judicial y extrajudicial, presentando una forma novedosa de interpretar esta última forma de confesar, la que difiere levemente de la manera tradicional de entenderla; sin pretensión de persuadir al lector ni, mucho menos, imponer un punto de vista distinto; lejos de ello el propósito es meramente académico y reflexivo ante una óptica novedosa y con cierto grado de viabilidad procesal; que permita hacer un matiz con las conceptualizaciones ortodoxas de la confesión como medio de prueba.

1. Confesión judicial

1.1. Evolución normativa

En el Art. 221 del CPPD⁴⁷⁰ la confesión judicial estaba redactada de la siguiente manera:

“La confesión clara, espontánea y terminante de haber cometido y participado en un hecho punible, rendida por el imputado ante el juez competente, podrá ser apreciada como prueba, según las reglas de la sana crítica. La confesión es indivisible y debe aceptarse tanto en lo favorable como en lo desfavorable”.

En el Art. 258 CPP⁴⁷¹ la redacción de este dispositivo legal sigue siendo idéntica al del inciso primero de su precedente; diferenciándose en que actualmente ha desaparecido el inciso segundo⁴⁷². Tal exclusión no es baladí, porque supone la supresión o defenestración en el sistema procesal del medio de prueba llamado “confesión calificada”. Este asunto en particular tiene su tratamiento *ut infra*.

1.2. Conceptualización

Hacer un esfuerzo por presentar un concepto extralegal de la confesión judicial resulta ser, hasta cierto punto, una tarea superflua, porque los conceptos propuestos por los juristas más versados, en términos generales, son bastante similares al concepto legal que presenta el Art. 258 CPP, de cuya lectura se sabe que la confesión judicial legalmente consiste en la afirmación *“(...) clara, espontánea y terminante de haber cometido y participado en un hecho punible, rendida por el imputado ante el juez competente (...)”*. Esta conclusión es compartida por los autores del libro Código Procesal Penal Comentado⁴⁷³.

1.3. Clasificación

Así como son variadas las definiciones que sobre la confesión judicial brindan los doctrinarios del Derecho, así también las clasificaciones de esta confesión son tan abundantes y variadas, según sea la cantidad de autores que han escrito al respecto. No obstante, la atención se ha de centrar en la clasificación que el CPP provee; así, se tiene la confesión judicial, que a su vez se subdivide en aquella que se rinde ante el juez competente (la confesión propiamente tal, que prescribe el Art. 258 CPP) y la que se hace ante el juez que no es el competente (que está en el Art. 259 inc. 1° ídem. que tradicionalmente ha sido conocida como confesión extrajudicial); y, la confesión que se practica ante autoridades administrativas (la que según cierto sector es la verdadera confesión extrajudicial). La confesión judicial es la que se está examinando en este apartado; y la confesión extrajudicial será abordada al examinar el contenido del Art. 259 CPP.

Continuando con el estudio de la confesión judicial es menester dedicar atención a otra clasificación doctrinal de esta confesión, que de manera similar tiene trascendencia práctica, especialmente a partir de la vigencia del actual CPP; esa clasificación es la que distingue entre la confesión simple y la confesión calificada.

.....
⁴⁷⁰Decreto Legislativo No. 904, del 4 de diciembre de 1996, publicado en el Diario Oficial No. 11, Tomo 334, del 20 de enero de 1997, el cual estuvo vigente desde el 20 de abril de 1998 hasta el 10 de enero del 2011.

⁴⁷¹Decreto Legislativo No. 733, del 22 de octubre de 2008, publicado en Diario Oficial No. 20. Tomo No. 382, del 30 de enero del 2009, vigente desde el 11 de enero del 2011.

⁴⁷²El que rezaba: “La confesión es indivisible y debe aceptarse tanto en lo favorable como en lo desfavorable”.

⁴⁷³CASADO PÉREZ, José María y otros. *Código Procesal Penal Comentado*, Tomo I. Consejo Nacional de la Judicatura, Imprenta Nacional, 1ª ed., El Salvador, 2004, p. 807.

1.3.1. Confesión simple y confesión calificada

La **confesión es simple** cuando el confesante admite expresamente la realidad fáctica delictiva que se le atribuye y su condición de sujeto activo de la misma, sin agregar motivos eximentes o modificativos de la penalidad. A este tipo de confesión es la que comúnmente se le llama confesión sincera ; y únicamente admite la exposición afirmativa de los hechos; es decir, el *animus confitendi* de aceptar la relación de causalidad entre su acción y el hecho imputado. De ahí se desprende que cuando el inculpaado niega no hay confesión. Sólo es posible confesar de un modo positivo, no admitiéndose la indivisibilidad de la misma. Precisamente por ello en nuestro proceso penal actual la confesión debe ser “terminante” y únicamente está reconocida la confesión simple, al haber desaparecido el inciso segundo que formaba parte del Art. 221 CPPD, por medio del cual se reconocía la indivisibilidad de la confesión, y la obligación de aceptar tanto lo favorable como lo desfavorable de lo manifestado por el confesante.

La **confesión calificada**, llamada también restrictiva, es aquella por la cual el imputado admite su intervención activa pero niega elementos o circunstancias cuya inexistencia excluye o atenúa su responsabilidad penal. Entonces es una declaración mixta, compuesta de dos partes: La primera es la que admite el hecho atribuido, como ocurre en la confesión simple; y, la segunda, una especie de disculpa, en la que niega la consecuencia de aquél por razón de otro hecho que lo torna nugatorio. De ser así, materialmente la confesión calificada no existe, porque la parte de la declaración que niega la responsabilidad penal hace desaparecer la parte que admite la comisión de los hechos, subsistiendo solo aquélla; por ello no es más que una sencilla disculpa, la que no puede ser divisible, aunque formalmente sea considerada como una confesión calificada.

La Sala de lo Penal se adosa a este planteamiento, haciendo suyos los criterios doctrinales del ínclito jurista italiano Nicola Framarino Dei Malatesta, en su obra *"Lógica de las Pruebas en Materia Criminal"*, Tomo II, página 225, al manifestar que la confesión calificada no solo se limita a los casos en que confluyan una confesión en sentido propio y una disculpa que modifique la responsabilidad penal, debido a que *"(...) el concepto de confesión calificada es más amplio, y se extiende a los casos en que (...) después de haber afirmado elementos del delito que se imputa, el acusado niega otros elementos esenciales de la imputación, y priva de toda imputabilidad a los primeros elementos afirmados, descartando de esta manera y de modo absoluto toda responsabilidad. En estos casos se entiende que, desde el punto de vista esencial, no existe sino una disculpa pura y simple en el testimonio del acusado. Sin embargo, desde el punto de vista de la forma (...) se tiene como confesión calificada (...)"*⁴⁷⁵.

Debido a esta naturaleza contradictoria la confesión calificada ha generado, y sigue generando, las mayores polémicas por su característica de indivisible, en virtud de lo cual la parte que invoca la confesión de su adversario debe aceptarla tanto en lo que le perjudica como en lo que le beneficia. Este problema de la indivisión de la confesión, es propio de sistemas procesales que se rigen mayoritariamente por la prueba legal.

.....
⁴⁷⁵Sentencia bajo referencia C51-2002 del 14 de abril del 2004.

En cambio, en sistemas de libertad probatoria la ley no tiene por qué entrar a legislar tal cuestión, toda vez que el juez será quien, aplicando las reglas de la sana crítica, acepte o no la confesión que ha sido sometida a su valoración; pues no ha de soslayarse que la confesión no es más que un medio de prueba entre otros, que no predomina sobre los demás, ni da lugar a pretensiones de exactitud absoluta. De esta manera lo prohíja la Sala de lo Penal al expresar "(...) que la confesión no debe ser aceptada "sin discurso y razón" (...) solamente por el hecho de ser vertida por el imputado, pues en atención a que la prueba dentro del proceso penal se valorará según el sistema de prueba libre (...) y no bajo el esquema de prueba tasada así como ocurre en la legislación civil, el juez efectivamente, en caso que ésta sea apreciada como prueba, al confrontar las probanzas legítimamente introducidas al proceso con la exposición del imputado, tendrá por establecidas aquellas circunstancias que tengan un asidero probatorio (...) "⁴⁷⁶. Esta precisamente será la razón histórica por la cual la característica de la indivisibilidad de la confesión fue excluida del sistema procesal penal en el país.

Resulta inoficioso, pero es necesario mencionar que son muy pocas las legislaciones que siguen manteniendo expresamente la confesión calificada como un medio de prueba legalmente aceptado, a guisa de ejemplo se puede mencionar que en Latinoamérica se encuentra en el Código de Procedimiento Penal de Ecuador⁴⁷⁷.

1.4. Requisitos de la confesión judicial

La doctrina más versada⁴⁷⁸, y apegada al concepto legal del Art. 258 CPP, estima que la legítima confesión judicial debe contener los siguientes requisitos:

1.4.1. Que el procesado al momento de prestar su confesión lo haga en condiciones psicológicas normales

Para tal efecto deberá de valorarse el normal desarrollo de las capacidades intelectivas y volitivas del imputado. En ese sentido, la confesión no debe producirse cuando la persona esté bajo los efectos de alguna sustancia alcohólica o de estupefacientes que alteren su voluntad. De igual manera no tendrá valor la confesión rendida por un enfermo mental; sin embargo, no se trata de cualquier tara mental si no aquellas que le provocan déficits en su capacidad de comprensión de los actos procesales y en el normal ejercicio del derecho a su defensa material. No es necesario, por cierto, que la enajenación advertida implique una incapacidad procesal, basta la parcial disminución de la libertad y el entendimiento.

1.4.2. La confesión ha de ser "clara, espontánea y terminante"

La confidencia es "clara" cuando su contenido no hace incurrir en error al juzgador, es decir que no hay duda de lo que el confesante quiso afirmar. Entonces, hay claridad cuando la declaración importa un reconocimiento expreso y categórico de los hechos respectivos, sin ambigüedades, contradicciones, polivalencias, oscuridades, etc.

.....
⁴⁷⁶Sentencia bajo referencia 83-CAS-2005 del 26 de agosto del 2005.

⁴⁷⁷Art. 144.- Indivisibilidad.- El testimonio del acusado es indivisible; por lo tanto, el tribunal penal debe hacer uso de toda la declaración o de ninguna de sus partes, excepto cuando haya graves presunciones contra la parte favorable al acusado.

⁴⁷⁸CASADO PÉREZ, José María y otros. *Código Procesal Penal Comentado*, Tomo I, cit., pp. 809 a 810.

El requisito de la claridad excluye la *"ficta confessio"* (confesión tácita). Esta clase de confesión es la que se infiere de las conductas o actitudes determinadas del acusado, como pueden ser la no presentación ante el llamado judicial, la fuga, su negativa a contestar categóricamente o sus respuestas evasivas, etc. También ingresa a la categoría de ficticia la confesión que se consigue provocando error en el declarante, por ejemplo: mediante el uso de preguntas capciosas o sugestivas.

Al decir que la confesión debe ser "espontánea", tiene que entenderse como el reconocimiento propio que se rinde voluntariamente. Esto significa que el procesado debe declarar libremente y no provocado por la solicitud expresa de la contraparte o por medios coactivos o métodos químicos o mecánicos, sin ataduras, amenazas ni presiones; de lo contrario, su confesión sería sospechosa porque se entendería que la manifestación de su voluntad ha sido obtenida con algún vicio del consentimiento.

Para que la confesión sea "terminante" no debe ser rendida en forma inconclusa o truncada, sino que el confesante debe ser categórico y concluyente, de manera tal que sea imposible cualquier insistencia o discusión sobre los hechos que ha admitido; sin agregar excepciones a su favor; por ello no admite la divisibilidad de la misma ni la calidad de calificada.

1.4.3. Que la confesión se encuentre debidamente corroborada por otro u otros elementos de convicción

La confesión no es una prueba autónoma; aunque puede confluir con otros medios de prueba para la acreditación del hecho objeto del proceso y de la forma de intervención del confesante, pero por sí sola no puede cumplir la función de probar el hecho delictuoso. Ergo, la simple confesión del inculpado, como prueba íngrime del delito, no es suficiente para condenarlo. En tanto, la mera confesión o lo que comúnmente se conoce como "auto inculminación", no basta para los fines del proceso, se hace necesario entonces que tal declaración sea de alguna manera objeto de un complemento indispensable que coincida y concuerde con la actuación de otros medios de prueba.

El criterio sobre la insuficiencia de la confesión para el dictado de una sentencia condenatoria es compartido por la Sala de lo Penal, en el fallo 228-CAS-2009 de fecha 08 de noviembre del 2010, al afirmar que *"(...) es evidente que al Juzgador de Instancia le asistieron las razones suficientes al dictar la sentencia absolutoria, ya que no existe duda sobre la carencia de elementos probatorios que le ilustraran sobre la responsabilidad penal del procesado (...) habiendo contado únicamente con la admisión del hecho de (...), Acta de su Captura y las entrevistas de los agentes captores, nada más (...) sin duda alguna carece de sustento jurídico la aseveración de la recurrente cuando sostiene que bastaba con que el imputado "...confesó el hecho de haber cometido el ilícito...", para configurar el ilícito que le atribuyó, pues como recordará en virtud a los intereses que están en juego en el proceso penal, cuyo objeto principal para la aplicación del derecho sustantivo deviene de la necesidad de reconstruir la verdad real e histórica sobre lo acontecido, la "confesión" por sí sola que el imputado hace de haber cometido el hecho delictivo, es insuficiente para que el Juzgador tenga certeza de lo que en realidad ocurrió (...) el juez está impelido a corroborar la validez y sinceridad de la confesión, la que sólo podrá adquirir virtualidad acreditante si coincide con otros elementos probatorios autónomos..."* (Eduardo M. Jauchen, "La Prueba en Materia Penal", Pág. 59) (...).

1.4.4. La confesión debe producirse ante el juez o tribunal competente

Este requisito es expreso en el Art. 258 CPP al exigir que la confesión debe ser “(...) *rendida por el imputado ante el juez competente (...)*”; entendiéndose por juez competente aquel que conoce actualmente el proceso, especialmente el funcionario judicial director del debate o del juicio; quien por antonomasia es el idóneo para la tutela de los requisitos propios del acto de prueba: inmediación del juez y partes, publicidad del debate, información sometida a contradicción y con la observancia de los requisitos que se derivan del derecho de defensa.

1.5. La confesión judicial en correspondencia con otros institutos procesales

La confesión judicial está íntimamente relacionada con la suspensión condicional del procedimiento a pruebas y con el procedimiento abreviado. No hay pretensión de ser exhaustivos en el estudio de estos institutos procesales pues cada uno de ellos daría lugar para una monografía completa; sin embargo, se procura dejar marcado que en sendos procedimientos la confesión judicial es un requisito sine qua non para su inicio y aplicación.

El Art. 24 Inc. 3° CPP, a la letra reza: “*Si el imputado presta conformidad con la suspensión y admite los hechos que se le imputan, el juez podrá disponer la suspensión condicional del procedimiento (...)*”.

Los requisitos para que esta suspensión proceda son muchos y variados, empero los que son imprescindibles para darle inicio son: que el imputado esté de acuerdo con su implementación y que admita los hechos imputados. Este último requerimiento no debe limitarse a la simple respuesta monosílaba y afirmativa del encausado, sino que los hechos que se atribuyen y su admisión corresponden en términos similares a una confesión, pues en eso consiste precisamente la confesión, es decir en la aceptación de los hechos fáctico-históricos; por tanto, deberá de relatar cuáles son esos hechos para poder confrontarlos con los que se le están atribuyendo y de ser similares se pueden tener por admitidos; es decir, que el procesado ha de prestar su declaración de la manera requerida por el Art. 258 íbidem.

De manera similar, en el procedimiento abreviado, específicamente en el presupuesto 3) del Art. 417 íbid., se lee la exigencia: “*Que el imputado confiese el hecho objeto de la imputación y consienta la aplicación de este procedimiento*”.

En este instituto procesal el legisferante ha sido más claro en el sentido que lo que se espera del acusado es una confesión simple; por tanto, basta con acudir a la lectura del aludido Art. 258 ídem para concluir que la declaración del imputado debe ser una auténtica y completa confesión judicial; mucho más si tomamos en cuenta que en el procedimiento abreviado esta confesión, además de ser una condición objetiva de procesabilidad, también constituye un medio de prueba imprescindible, que debe ser sometido a la valoración del juzgador competente; así se deduce de la redacción del artículo en comento, en su inciso 3°, que literalmente dice “*Si el imputado presta conformidad, rendirá de inmediato su confesión sobre el hecho atribuido; y será interrogado por el fiscal y su defensor si estos lo estiman conveniente*”⁴⁷⁹.

.....
⁴⁷⁹Para mayor investigación sobre este tema leer las resoluciones clasificadas con las referencias N°APN-105-11 de fecha: 23/09/2011 y N°APE-57-1-CPP-2013 de fecha: 29/08/2013, en la página de internet: www.jurisprudencia.gob.sv

2. Confesión extrajudicial

2.1. Definición legal

“La confesión de un imputado sobre su participación en un hecho delictivo, que no sea rendida ante el juez competente, será apreciada como prueba, si reúne los requisitos siguientes:

1) Si la misma guardare concordancia con otros elementos de juicio que existan en el proceso sobre el hecho punible.

2) Si se prueba su contenido por uno o más testigos que merecieran fe al juez, aunque la confesión haya sido rendida ante cada testigo en distintos momentos y lugares.

3) Si él o los testigos dieren fe que el imputado, al rendir su confesión o suscribir la escrita, en su caso, no fue objeto de violencia física ni moral.

La confesión ante autoridad administrativa podrá ser apreciada como prueba si además de los requisitos establecidos en este artículo, fuere rendida con asistencia de defensor”.

2.2. Conceptualización tradicional de la confesión extrajudicial

2.2.1. Evolución Normativa

En la tesis doctoral denominada *“La Confesión Extrajudicial en Materia Penal”*, el autor Julio César Mena Varela⁴⁸⁰ además de mostrar una sinopsis de algunas razones que han justificado su mutación conceptual. Brevemente se hace transcripción de lo siguiente:

“La confesión extrajudicial, aparece por primera vez como medio probatorio en materia penal (...) en 1856, en el Código de Procedimientos Civiles y de Instrucción Criminal, que decía: “La confesión extrajudicial probada por dos testigos, el cotejo de letras, una sola presunción o dos o más dependientes una de otra, forman semiplena prueba” (...) –esta concepción- permanece inalterable en la segunda edición del Código de Procedimientos Civiles y de Instrucción Criminal de 1863, en su Art. 356 1. Inc. 29. ---- En 1882, sale a luz la primera edición exclusivamente del Código de Instrucción Criminal⁴⁸¹, donde en su Art. 432, se establece la confesión extrajudicial en igual forma (...)”. Así permanece en las ediciones subsiguientes de los años 1893, 1904, 1917, 1926 y 1947.

“En el año de 1957 (...) se le hace una reforma sustancial a la confesión extrajudicial, en vista de la notoria violencia y coacción usada por los cuerpos de seguridad, contra los detenidos por delitos, quitándoles el valor probatorio a la confesión rendida ante agentes de la autoridad; dicho artículo, decía así: “La confesión extrajudicial, no rendida ante agentes de la autoridad probada por dos testigos, y el cotejo de letras forman semiplena prueba”. De tal artículo se separó lo relativo a las presunciones que formaron artículo separado; reforma que habría de darse muy poco tiempo; pues (...) el 4 de marzo de 1958 (...) se reformó nuevamente el Art. 415, dejándose –así- (...) “La confesión extrajudicial probada por dos testigos, o el cotejo de letras, forman semiplena prueba”.

.....
⁴⁸⁰MENA VARELA, Julio César. *La Confesión Extrajudicial en Materia Penal*. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, El Salvador, 1971. p. 19.

⁴⁸¹Código de Instrucción Criminal. Decreto Ejecutivo del 03 de abril d 1882. Diario Oficial N° 81, Tomo 12, del 20 de abril de 1882.

Posteriormente, en el Código Procesal Penal de 1973⁴⁸² siguió manteniéndose la valoración tasada de la confesión extrajudicial, al decir en el Art. 496 que “En los delitos comunes la confesión extrajudicial será apreciada como prueba suficiente, si lleva los requisitos siguientes:

1°) Si se prueba, por lo menos, por dos testigos que merecieron fe al juez de conformidad a lo establecido en este Código, aunque la confesión haya sido rendida ante cada testigo en distintos momentos y lugares (...)”. Obviamente hay más requisitos que se exigían en este artículo; sin embargo debe rescatarse que, por continuar con la desconfianza en los órganos auxiliares de la administración de justicia, se privilegió la confesión rendida ante personas particulares, estableciéndose más requisitos de validez a las confesiones rendidas ante las autoridades policiales frente a las que se vertían ante los particulares.

Ya dentro del marco de los Acuerdos de Paz, sobre el fundamento de la Constitución de 1983, las condiciones políticas, sociales y judiciales cambian; y, de esa manera, en el Art. 222 del Código Procesal Penal recién derogado⁴⁸³, se deja en el pasado la tarifa legal valorativa de la prueba penal, la confesión ante personas particulares pierde relevancia, se privilegia la figura del juez como garantía de la confesión y el concepto legal de la declaración extrajudicial presenta una variación sustancial con respecto a sus precedentes, rezando literalmente así:

“La confesión de un imputado sobre su participación en un hecho delictivo, que no sea rendida ante el juez competente, será apreciada como prueba, si reúne los requisitos siguientes:

1) Si la misma guardare concordancia con otros elementos de juicio que existan en el proceso sobre el hecho punible;

2) Si se prueba su contenido por uno o más testigos que merecieron fe al juez, aunque la confesión haya sido rendida ante cada testigo en distintos momentos y lugares; y,

3) Si él o los testigos dieron fe que el imputado, al rendir su confesión o suscribir la escrita, en su caso, no fue objeto de violencia física ni moral.

La confesión ante autoridad administrativa podrá ser apreciada como prueba si además de los requisitos establecidos en este artículo, fuere rendida con asistencia de defensor”.

La redacción de este artículo es similar a la confesión extrajudicial que contempla el Art. 259 del Código Procesal Penal vigente.

Como puede notarse, la confesión extrajudicial como un reconocimiento de culpabilidad ante sujetos particulares obedece a un resabio histórico que tiene su raigambre privada en el Código de Procedimientos Civiles y de Instrucción Criminal, alimentado posteriormente por la desconfianza ante los abusos de los cuerpos de seguridad; cuyas razones de ser contemporáneamente han desaparecido; sin embargo, muchos teóricos del Derecho y las líneas jurisprudenciales tanto de los órganos jurisdiccionales como foráneos siguen manteniendo esta concepción tradicional de la confesión extrajudicial.

.....
⁴⁸²Decreto Legislativo N° 450 del 11 de octubre de 1973, publicado en el Diario Oficial N° 208, Tomo N° 241, del 09 de noviembre de 1973, estuvo vigente a partir del 15 de junio de 1974 hasta el 19 de abril de 1998.

⁴⁸³Decreto Legislativo No. 904, del 04 de diciembre de 1996, publicado en el Diario Oficial No. 11, Tomo 334, del 20 de enero de 1997, el cual estuvo vigente desde el 20 de abril de 1998 hasta el 01 de enero del 2011.

2.2.2. Doctrina de los teóricos acorde a la concepción tradicional de la confesión extrajudicial

José María Casado Pérez, en el libro “Código Procesal Penal Comentado”⁴⁸⁴ manifiesta que *“Admite, pues, el Código dos clases de confesiones extrajudiciales: 1) La efectuada fuera del proceso ante particulares –uno o más testigos- que sean dignos de credibilidad judicial; y 2) La efectuada dentro del proceso –que se inicia con la imputación o con la autoinculpación- ante la autoridad administrativa –Policía o Fiscalía- en presencia de uno o más testigos y con la asistencia del abogado defensor (...) Podemos imaginar como ejemplo de este tipo de confesión la de una persona que manifiesta haber cometido un hecho delictivo delante de terceros en la creencia de que sus palabras no tendrían trascendencia penal alguna, aunque sus manifestaciones pueden ser falsas, y dichas solamente por razones de mera jactancia”.*

De igual manera en el libro “Comentarios al Código Procesal Penal”⁴⁸⁵ se lee *“Procede (...) a discriminar la confesión del imputado vertida ante el juez o tribunal “competente” (...) de la denominada “extrajudicial”, pensada para cuando la confesión se preste ante particulares o autoridades administrativas (...) obviando la posibilidad de que se lleve a cabo ante un órgano jurisdiccional incompetente (...) sorprende, no obstante, en su enunciación, por cuanto privilegia efectivamente la confesión vertida ante particulares frente a la practicada ante las autoridades administrativas (...)”.*

2.2.3. La confesión extrajudicial en la legislación comparada

En el inciso final del Art. 324 del Código Procesal Penal de Colombia se lee, que *“La aceptación de la autoría o coparticipación por parte del imputado en la versión rendida dentro de la investigación previa, tendrá valor de confesión”.* De acá se advierte que hay una aceptación tácita de la confesión extrajudicial; sin embargo, no se puede deducir certeramente que se esté reconociendo la confesión ante particulares; aunque en el inciso primero de esta misma disposición legal se admite expresamente la posibilidad de rendir la confesión ante la autoridad fiscal, siempre que esté presente el defensor.

De igual manera, en el Art. 218 del Código Procesal Penal de Ecuador se permite la declaración extrajudicial; pero únicamente cuando es vertida ante la agencia fiscal, siempre que sea con la presencia del abogado defensor; y, durante el desarrollo de la instrucción. Similar tratamiento tiene la confesión extrajudicial en el Código Procesal Penal de Perú, pues dentro de los requisitos indispensables para su valoración, en el Art. 160° N° 2 letra c) se exige que *“Sea prestada ante el Juez o el Fiscal en presencia de su abogado”.*

2.2.4. La confesión extrajudicial en las líneas jurisprudenciales de los máximos tribunales salvadoreños

La doctrina jurídica de las salas de lo penal y constitucional se ha decantado por reconocer la existencia de la confesión extrajudicial vertida ante particulares; empero, como se apunta ut supra, no hay una aceptación laxa de la misma sino que hay cierto matiz que las acerca más a la prueba testimonial que a la propia confesión. Brevísimamente, las líneas jurisprudenciales versan así:

.....

⁴⁸⁴CASADO PÉREZ, José María y otros. *Código Procesal Penal Comentado*, Tomo I, cit., pp. 814 a 815.

⁴⁸⁵PEDRAZ PENALVA, Ernesto y otros. *Comentarios al Código Procesal Penal*, Tomo II. Consejo Nacional de la Judicatura, Impresos Múltiples, 1ª ed., El Salvador, 2003, pp. 55 y 56.

Resolución de la Sala de lo Penal: “Cabe hacer notar, que nuestro Código admite dos clases de confesiones extrajudiciales: la efectuada fuera del proceso ante particulares, testigos que sean dignos de credibilidad judicial, y la efectuada dentro del proceso, desde que se inicia la imputación, ante autoridad administrativa (policía o fiscalía), con la asistencia de abogado defensor.

En la primera clase se ubica aquella confesión que se efectúa ante uno o más personas, convirtiéndose desde ese instante en una mera prueba testifical, cuya valoración necesariamente debe realizarse a través de las reglas de la sana crítica. La relevancia en la valoración de este tipo de prueba, ha de depender de los elementos probatorios obtenidos en el debate, donde los testigos y el mismo imputado tienen la oportunidad de controvertir sus afirmaciones, quedando en la facultad del juzgador la credibilidad o no del punto discutido.

Otro aspecto que ha de considerarse para la validez de la citada confesión, reside en que la misma debe guardar relación con los demás elementos probatorios que existan dentro del proceso, los cuales deben viabilizar al esclarecimiento del hecho acusado. Por último, para que la confesión extrajudicial hecha ante particulares surta eficacia, es necesario que el imputado al momento de realizarla no lo haya hecho bajo ninguna clase de coacción, amenaza o que se utilice algún medio para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad”.⁴⁸⁶

Por su parte, la Sala de lo Constitucional ha manifestado lo siguiente: “Al respecto, vale decir que la confesión extrajudicial, según algunas definiciones, es la rendida por una persona ante dos o más testigos idóneos, quienes la presencian y oyen y en la cual el imputado expresa un reconocimiento contra sí mismo de su participación en un hecho punible. Acreditada de esa forma y rendida con asistencia de abogado defensor, tiene la misma fuerza probatoria que la confesión judicial y estará sometida a la apreciación y valoración del Juez, y de ahí precisamente la importancia que adquiere, en razón de esos efectos, la defensa técnica”⁴⁸⁷.

3. Clasificación actualizada de la confesión

Modernamente se sigue manteniendo la misma división de la confesión en judicial y extrajudicial; sin embargo, se plantea cierta modificación que consiste en que la confesión judicial a su vez se subdivide en confesión judicial propiamente tal o directa, que es la que se rinde ante el juez competente, regulada en el Art. 258 CPP; y la confesión judicial que se ha denominado anticipada o indirecta, consistente en la que no se vierte ante el juez competente y que está reglada en el Art. 259 Inc. 1° *ibidem*; por tanto, la confesión extrajudicial únicamente viene a ser la que se practica ante las autoridades administrativas, como lo indica el Art. 259 Inc. 2° *ibíd*.

3.1. Conceptualización actualizada de la confesión judicial

En razón de lo que se ha expuesto la definición de la confesión judicial vendría siendo *“el medio de prueba personal por el cual el acusado, con presencia de su defensor y ante autoridad judicial, acepta los hechos y su responsabilidad, de manera libre, consciente y voluntaria”*. Como es evidente, esta definición es viable para cualquier clase de confesión.

.....
⁴⁸⁶Sentencia bajo referencia 398-CAS-2004 del 10 de junio del 2005.

⁴⁸⁷Sentencia bajo referencia HC39-2003 del 03 de junio del 2003.

3.2. Confesión judicial anticipada o indirecta

La parcela del Art. 259 ídem que concierne para el análisis conceptual a la letra prescribe:

“La confesión de un imputado sobre su participación en un hecho delictivo, que no sea rendida ante el juez competente, será apreciada como prueba, si reúne los requisitos siguientes:

- 1) Si la misma guardare concordancia con otros elementos de juicio que existan en el proceso sobre el hecho punible.*
- 2) Si se prueba su contenido por uno o más testigos que merecieran fe al juez, aunque la confesión haya sido rendida ante cada testigo en distintos momentos y lugares.*
- 3) Si él o los testigos dieren fe que el imputado, al rendir su confesión o suscribir la escrita, en su caso, no fue objeto de violencia física ni moral”.*

El primer obstáculo interpretativo que aparece a simple vista es de legalidad pura, pues el legislador ha llamado “confesión extrajudicial” a la prescrita en el Art. 259 Inc. 1° y 2° CPP, lo cual evoca que se trata de una confesión que se da sin la presencia de un funcionario judicial por ser “extrajudicial”; sin embargo, como ya se ha expresado, parece que eso es solo un resabio histórico o una interpretación más de este artículo; por ello es preciso recordar que epistemológicamente *“las cosas son por su contenido y no por el nombre que tienen”*; es decir, que aunque el legislador le llame “extrajudicial” a la confesión del inciso primero, realmente por su contenido se trata de una confesión judicial.

3.3. Razones que justifican la interpretación actualizada de la confesión judicial indirecta

3.3.1. La simple exégesis del Art. 259 Inc. 1° CPP

Este artículo claramente dice que se trata de *“La confesión de un imputado (...) que no sea rendida ante el juez competente (...)”*.

De este extracto fácilmente se pueden sacar dos conclusiones: En primer lugar, que la confesión debe ser rendida ante el juez que al momento de la confesión no es el competente; y, en segundo lugar, que en ninguna parte del mencionado artículo dice que la confesión debe ser vertida ante personas particulares exclusivamente.

i) Examen del asunto relacionado con el juez no competente.

Esta expresión debe verse en contraposición a lo que se ha de entender por un juez competente, concibiendo que este último se trata de aquel *“(...) juez o tribunal encargado de dictar sentencia según las reglas determinantes de la competencia penal (...)”*⁴⁸⁸. Entonces, cualquier otro juez o tribunal que no sea el sentenciador será “no competente”, inclusive los de otras materias del Derecho como los civiles, de familia, etc.; por ello, una confesión que se ha externado ante el juez de paz o de instrucción, siempre que no sean los encargados de dictar la sentencia, sería una confesión judicial indirecta vertida ante juez no competente.

Para no pecar de extremista o de simplista, se deben analizar las posibilidades de otras interpretaciones al inciso primero en examen.

.....
⁴⁸⁸CASADO PÉREZ, José María y otros. *Código Procesal Penal Comentado*, Tomo I, cit., p. 810.

* Exclusión mental hipotética de las palabras.

Si el legislador hubiera omitido la palabra “competente”, leeríamos así: “*La confesión de un imputado (...) que no sea rendida ante el juez*”; entonces no habría duda alguna que el asambleísta hubiera avalado la confesión ante personas particulares; pero no es así porque la redacción es distinta.

* Inclusión mental hipotética de las palabras.

Si el legislador claramente se decantara por la existencia de la confesión ante personas particulares, sencillamente hubiera dicho de manera expresa: “*La confesión de un imputado (...) que sea rendida ante personas particulares*”. De ser así todo estuviera claro y explícitamente dicho, y no hubiera necesidad de estar haciendo este ejercicio intelectual.

* Interpretación en sentido contrario.

Si la frase literalmente predica “*(...) que no sea rendida ante el juez competente (...)*”; entonces al darle un sentido en contrario se leería “que sí sea rendida ante el juez no competente”; de igual manera, esta interpretación no da lugar a la confesión ante personas particulares.

La pregunta sigue en el tintero ¿la redacción del artículo significa que esta clase de confesión “no” debe rendirse ante un juez? La respuesta es obvia, “sí” debe rendirse ante juez pero no ante el juez competente.

ii) El otro asunto a examinar es, que en ninguna parte del Art. 259 Inc. 1° CPP dice expresamente que esta clase de confesión deba rendirse exclusivamente ante personas particulares.

La creencia errónea sobre la confesión ante particulares tiene su base teórica en la redacción del requisito número 2 de esta disposición legal, el que literalmente expresa:

“2) Si se prueba su contenido por uno o más testigos que merecieron fe al juez, aunque la confesión haya sido rendida ante cada testigo en distintos momentos y lugares”.

Si se lee esta cláusula independientemente del resto del artículo en estudio, a prima facie pareciera que le da la razón a los que defienden la interpretación tradicional de la confesión extrajudicial ante particulares; no obstante, cuando se estudia este requisito bajo la intelección de toda la disposición legal en comento, entonces se aprecia que este o estos testigos lo son de la confesión rendida ante el juez que no es el competente; precisamente para eso serán citados y escuchados en la vista pública, para ser testigos de la confesión que rindió el imputado ante un juez distinto al que lo está juzgando, así como para ser fedatarios del contenido de dicha confesión y que el acusado no fue objeto de violencia física ni moral al admitir los hechos.

3.3.2. Derecho constitucional a la defensa técnica de todo imputado

Ya desde la década de 1990 la Sala de lo Constitucional ha venido reconociendo la garantía del derecho a la defensa, en su vertiente material y técnica, la que se encuentra consagrada en el Art. 12 Cn. Al respecto, en el fallo 3-A-95. Fernández vrs. Juez Cuarto de lo Penal, la referida

.....
⁴⁸⁸Casado Pérez, José María y otros. Código Procesal Penal Comentado, Tomo I, cit., p. 810.

Sala dijo: *“En relación a la garantía a la defensa material y técnica que debe asistir a todo imputado, a efecto de defender su “derecho a la libertad”, frente a la pretensión punitiva o ius puniendi por parte del Estado, cuyo conflicto de pretensiones es discutido y resuelto en el proceso penal, esta Sala considera que el artículo doce de la Constitución de la República establece en su inciso segundo la referida garantía (...)”*⁴⁸⁹.

Asimismo, en la aludida sentencia la Sala de lo Constitucional ha dejado rotundamente establecido que la configuración y desarrollo de esta garantía corresponde al legislador en el contenido del Código Procesal Penal, así se lee en la transcripción del siguiente párrafo: *“(...) esta Sala considera que (...) se trata precisamente de una garantía fundamental de configuración legal, pues se remite a la legislación secundaria a efecto de darle positividad a tal derecho (...) la reforma al Código Procesal Penal que desarrolla el principio constitucional de la inviolabilidad de la defensa y sanciona con nulidad absoluta el proceso por no haber proveído de defensor al imputado detenido desde el inicio de las diligencias extrajudiciales o del proceso (...)”*.

La garantía de la defensa técnica la ha desarrollado el legislador en los capítulos III y IV del Libro Primero del CPP; y específicamente en la sección primera del capítulo III está desplegada la práctica de la declaración indagatoria, que abarca los artículos 90 a 94. Se hace hincapié en el Art. 90 Inc. 2° ibídem porque ahí se prescribe especialmente el derecho a la defensa que inviste a todo imputado, al expresar que *“Se le advertirá también, que podrá abstenerse de declarar (...) que es obligatoria la presencia de su defensor y que podrá consultarlo, antes de comenzar la declaración (...)”*. Aclarase que esta garantía procesal no se limita solo al acto de declarar o confesar ante el juez o ante una autoridad administrativa, sino que extiende su manto protector hasta cualquier declaración que difunda el imputado, independientemente que ésta sea una declaración indagatoria, declaración sobre los hechos, confesión judicial o extrajudicial, declaración de parte, etc.; así lo reconoce la norma de remisión que señala el Art. 94 ibídem., de la siguiente manera: *“Las reglas establecidas en esta sección regirán para toda declaración del imputado”*.

Entonces, si esta garantía de la defensa técnica es imprescindible cuando el imputado vierte una simple declaración indagatoria, que no tiene calidad de prueba sino de un acto de defensa; cuanto más ha de respetarse si, como lo sostiene el pensamiento ortodoxo, la confesión extrajudicial que se rinde ante personas particulares es un medio de prueba; empero, como se sabe, la confesión ante particulares conculca directamente el derecho a la defensa técnica y torna nugatoria la declaración, ya que así lo dice expresamente el Art. 95 Inc. 2° ídem. al afirmar que *“Los actos realizados con violación al ejercicio de la defensa técnica carecerán de valor para probar los hechos en juicio”*; equiparándolo con la prueba prohibida que contempla el Art. 175 Inc. 3° CPP⁴⁹⁰; y, por tanto, al infraccionarse este derecho fundamental de la defensa técnica conduce indefectiblemente a una nulidad absoluta, tal como lo dispone el Art. 346 caso N° 7 CPP, que literalmente indica: *“El proceso es nulo en todo o en parte (...) 2) Cuando el acto implique inobservancia de derechos y garantías fundamentales previstas en la Constitución de la República (...)”*.

.....
⁴⁸⁹ Sentencia bajo referencia 3-A-95. Fernández vrs. Juez Cuarto de lo Penal, 29 de junio de 1995.

⁴⁹⁰ Art. 175 Inc. 3° CPP: *“Se prohíbe toda especie de tormento, malos tratos, coacciones, amenazas, engaños o cualquier otro medio que afecte o menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de la persona (...)”*.

Ha de acotarse que, si bien es cierto que la presencia del defensor en el acto de la confidencia únicamente es exigida de forma expresa en la confesión ante autoridad administrativa, como lo determina el Art. 259 Inc. 2° CPP, y que la presencia del defensor no es requerida en el acto de la llamada “confesión ante particulares”; no ha de soslayarse que, cierto es también, que la mencionada presencia del defensor tampoco es reclamada explícitamente en la confesión judicial del Art. 258 del aludido plexo legal; y es que la respuesta a este cuestionamiento es de Perogrullo o evidente porque tanto la mencionada confesión judicial, directa o propia como la declaración anticipada o indirecta (del Art. 259 Inc. 1° CPP) son vertidas ante un funcionario judicial y, como es incuestionable, superfluo sería que el legislador exigiera el personamiento de la defensa técnica, pues éste obligatoriamente debe estar presente para la práctica de la declaración del imputado, mucho más si se trata de una confesión que equivale a la producción de un medio de prueba, pues así lo requiere el Art. 90 Inc. 2° *ibidem*.

3.3.3. La irrazonable prelación de la confesión ante personas particulares frente a la confesión hecha ante una autoridad administrativa

Si por un momento se hace un esfuerzo intelectual y se acepta hipotéticamente que en el Art. 259 Inc. 1° CPP está descrita la confesión ante personas particulares, y que en el Inc. 2° está referida la confesión ante autoridades administrativas; entonces, dicha aceptación clasificatoria sería contraria a la lógica más ingénita, sería darle la espalda al sentido común y allanarnos a una interpretación que bordea el dislate; pues, sin haber una razón histórica reciente, legal ni coherente que lo justifique, nuestro legislador impone mayores exigencias para darle validez probatoria a la confesión brindada ante el Fiscal General de la República que a la que se vierte ante cualquier ciudadano común.

Lo anterior se denota patentemente, al menos en estas dos situaciones:

Primero: Que para darle valor de prueba a la confesión ante particulares basta con cumplir que la confesión guarde concordancia con otros elementos de prueba del proceso; que la confesión se pruebe por uno o más testigos que le merezcan fe al juez competente; y, que ese o esos testigos aseguren que el imputado no fue violentado física o moralmente para rendir su confesión. Sin embargo, para que la confesión ante un fiscal o un policía pueda tener valor probatorio es menester que, además de cumplir con los requisitos exigidos para la confesión ante particulares, es decir que estén presentes el o los testigos de confianza del juez y la concordancia probatoria, es imprescindible que el confesante sea asistido por un defensor. No hay duda que al darle cabida a esta irregular interpretación debe admitirse también que, para el legislador, la credibilidad de las autoridades administrativas está más desacreditada que la de cualquier otra persona, incluso la de un delincuente.

Segundo: Que según se lee en el Art. 259 Inc. 1° *ibidem*, la confesión ante personas particulares que cumple con los requisitos que ahí se mencionan, es un imperativo apreciarla como prueba, así se entiende al rezar que *“La confesión de un imputado sobre su participación en un hecho delictivo, que no sea rendida ante el juez competente, será apreciada como prueba (...)”*. Se ha resaltado con negrillas la palabra *“será”* para hacer más conspicuo el imperativo de ley. Mientras que la confesión que se rinde ante una autoridad administrativa es un potestativo del juzgador si lo toma como prueba o no; así lo dispone el Inc. 2° de esta misma norma legal al decir que *“La confesión ante autoridad administrativa podrá ser apreciada como prueba (...)”*. De igual manera resalto la palabra **“podrá”** que otorga la potestad valorativa al juzgador.

Parece que no es muy racional admitir que la confesión ante autoridad administrativa, como por ejemplo: ante el Fiscal General de la República, sea una potestad del juez valorarla o no como medio de prueba; mientras que la confesión ante personas particulares sea un imperativo darle valor probatorio.

Con todo lo razonado parece que es más sensato admitir que la confesión del Art. 259 inc. 1° CPP es la que se practica ante un funcionario judicial que no es el competente; y que, por tanto, técnicamente no es una confesión extrajudicial.

3.4. Otras razones que justifican la interpretación actualizada de la confesión judicial indirecta

3.4.1. Doctrina de los teóricos acorde a la concepción actualizada de la confesión judicial indirecta o actualizada

Para el autor José María Casado Pérez⁴⁹¹, ninguna de las llamadas “confesiones extrajudiciales” (léase: las rendidas ante particulares y ante autoridades administrativas) constituyen medios de prueba; así lo afirma claramente al externar “(...) que el sentido de la referida norma (art. 222 CPPD, -que equivale al Art. 259 CPP-) es permitir la evaluación a efectos probatorios de las impropriamente denominadas confesiones extrajudiciales que, en efecto, no son prueba en sentido estricto, a pesar de ser denominadas de tal manera por el precepto, sino meros elementos indiciarios producidos extraprocesalmente que pueden y deben ser evaluados por el juez sentenciador, en unión de otros elementos que confirmen o no la veracidad de las referidas declaraciones inculpatorias extraprocesales”.

De igual manera, la jurista doctora Ana Montes Calderón⁴⁹² al comentar el instituto de la confesión aclara que “(...) existen dos modalidades de confesiones admitidas por el legislador salvadoreño: ----- Confesión judicial. La cual es rendida ante el juez competente, sea éste el juez de paz, instrucción o sentenciador. ----- Confesión extrajudicial. La aceptación de los hechos ante autoridad administrativa (...)”. Nótese que para la citada autora, en nuestro sistema procesal penal no tiene cabida la llamada confesión ante personas particulares.

Por su parte Clariá Olmedo⁴⁹³ afirma lo siguiente: “Queda excluida, [...] la confesión extrajudicial, sin perjuicio de que la expresión confesoria del imputado, vertida en forma oral o escrita, pueda introducirse al proceso por vía testifical o documental; pero en estos casos no regirá los criterios de valoración correspondientes a la prueba confesional”.

Asimismo, señala Alberto Cafetzoglus⁴⁹⁴: “Lo que la ley ha querido es que la confesión sea prestada con las garantías que sólo puede acordar la declaración efectuada ante el Juez”, obligándose per se a darle más fuerza o garantía a la confesión, de allí la responsabilidad del legislador nacional, por lo que ha previsto la presencia del Fiscal Provincial especializado en lo Penal”.

.....
⁴⁹¹CASADO PÉREZ, José María y otros. “La prueba de confesión en el Proceso Penal Salvadoreño”. Revista Justicia de Paz, Año II. Vol. II, mayo a agosto de 1999. Corte Suprema de Justicia, El Salvador, p. 256.

⁴⁹²MONTES CALDERÓN, Ana y otros. *Tratado de Derecho Probatorio Penal Salvadoreño*. Publicación de la Fiscalía General de la República. 1ª ed., El Salvador, p. 90.

⁴⁹³CLARIÁ OLMEDO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Edit. Ediar, Tomo V, Buenos Aires, Argentina, 1996, p.96.

⁴⁹⁴CAFETZÓGLUS, Alberto. “La Confesión en el Proceso Penal”, Revista Jurídica de San Isidro, N° 5, Buenos Aires, Argentina, 1973, p. 95.

En el mismo sentido se expresa César San Martín⁴⁹⁵, al manifestar que la confesión *“Se presta, como corresponde, ante el Juez del debate o del juicio, en el acto oral, de suerte que, como tal, cumple todos los requisitos propios del acto de prueba: intermediación del Juez, publicidad del debate, información sometida a contradicción, con la observancia de los requisitos que se derivan del derecho de defensa. Así lo ha estipulado la Corte Suprema de la República (de Perú), al rotular que “no constituye confesión lo que testigos o autoridades hubieran oído decir, sino la legalmente prestada ante el magistrado que conoce el juicio”.*

3.4.2. La jurisprudencia foránea frente a la confesión ante personas particulares

3.4.2.1. Jurisprudencia de los Estados Unidos⁴⁹⁶

Breve relato del caso: Ventris fue acusado de homicidio. El Estado de Kansas le plantó un compañero de celda a Ventris que no era más que un policía disfrazado de “aparato humano de escucha”. Ventris confesó los crímenes por los que se lo acusaba. La defensa alegó que esta declaración, rotundamente, violó el derecho de prohibición constitucional de la auto-incriminación de Ventris.

¿Qué resolvió la Corte Suprema Federal? Que el Estado de Kansas no podía usar la confesión extrajudicial de Ventris en su contra, puesto que ello violaba los derechos constitucionales del acusado. Que las confesiones extrajudiciales ante la policía o las comúnmente denominadas “espontáneas”, son nulas cuando están conformadas por interrogatorios hechos sin debida asistencia legal para el acusado, a efectos de asegurarse que la manipulación policial no prive al encartado del debido asesoramiento legal.

3.4.2.2. Jurisprudencia de España

En la sentencia N° 724/2005 emitida el 09 de junio del 2005 por el Tribunal Supremo, siendo ponente de la Sala de lo Penal el Señor Don Perfecto Andrés Ibáñez, éste literalmente expresó:

“Como es sabido, la confesión autoincriminatoria es una fuente de conocimiento vista con fundada desconfianza, por su carácter contra natura, puesto que no es lo normal en términos de experiencia que las personas se pongan a sí mismas voluntariamente en situación de ser condenados. Y también por la acreditada vulnerabilidad del imputado, en su calidad de parte débil de la relación procesal, frente a quien investiga un delito en posiciones de poder o autoridad. Ambas razones explican la consagración constitucional del principio nemo tenetur se detegere, que reconoce a quien es objeto de proceso penal el derecho a guardar silencio e incluso a mentir en sus declaraciones sin que de esto solo pueda derivarse para él ningún perjuicio (...) En vista de lo que acaba de exponerse, la manifestación de autodenuncia que en la sentencia se atribuye a la acusada, realizada ante algunos de sus colegas de universidad, no es, en rigor, confesión, puesto que –según la sentencia– se produjo ante sujetos sin habilitación legal para limitar sus derechos, y de manera rigurosamente informal, esto es, al margen de cualquier procedimiento policial o judicial (...)”.

.....
⁴⁹⁵SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, Edit. Grijley, Lima, Perú, 2003, p. 846.

⁴⁹⁶“KANSAS v. VENTRIS” (No. 07–1356) que fue decidido en Abril 29 de 2009.

3.4.2.3. La confesión judicial anticipada en la legislación comparada

En el Código Procesal Penal de Chile, específicamente en los artículos 91 y 98 únicamente están contempladas la confesión judicial y la extrajudicial (ante policía con la presencia del defensor, y si éste no está presente debe hacerse ante un agente fiscal). De igual manera sucede en el Código Procesal Penal de Colombia, específicamente en los artículos 280 a 283 y 324, prescriben lo pertinente a la confesión y no hacen alusión a la confesión ante particulares, sino solo a la confesión judicial y ante autoridades administrativas fiscales. También en los Arts. 160 y 161 del Código Procesal Penal de Perú, la confesión solo tiene validez si se ha producido ante juez o fiscal y con la presencia del defensor; empero, tiene la variante que dependiendo del momento en que se vierta la confesión puede ser útil para disminuir la pena hasta en una tercera parte del mínimo.

En el Código Procesal Penal de Costa Rica, los medios de prueba están contemplados desde el artículo 180 al 234; sin embargo, no reconocen la confesión como prueba sino que se le da el tratamiento de declaración del imputado; pero en el artículo 98 de ese Código está expresamente prohibido que esa declaración se rinda ante autoridades policiales. Asimismo, en los Códigos Procesal Penal de Guatemala, Honduras y Paraguay no se hace mención a la confesión como medio de prueba legal, sino únicamente a la declaración libre del encausado. Por su parte, en el Código Procesal Penal de Ecuador, tácitamente se admite la confesión judicial como medio de prueba, pero con las modalidades que prescribe el Art. 143 inc. 1° segunda parte, a saber, que: *“El acusado no podrá ser obligado a declarar en contra de sí mismo, pero podrá solicitar que se reciba su testimonio en la etapa del juicio, ante el tribunal penal. Su testimonio servirá como medio de defensa y de prueba a su favor, pero de probarse la existencia del delito, la admisión de culpabilidad hecha en forma libre y voluntaria, dará al testimonio del acusado el valor de prueba contra él”*.

En el Art. 271 del Código Procesal Penal de Nicaragua, se permite la “Admisión de los hechos” en sede judicial que equivale a nuestra confesión judicial, al mencionar que *“Si el acusado espontáneamente admite los hechos de la acusación, el juez se asegurará de que la declaración sea voluntaria y veraz. También le informará que su declaración implica el abandono de su derecho a un Juicio oral y público”*; en razón de ello, se procede a la clausura anticipada del juicio e ipso facto se dicta la sentencia, tal como lo ordena el Art. 305 N° 2 de ese Código.

3.5. Autoinculpación ante personas particulares

Queda latente la pregunta sobre ¿Cuál es la calidad y el valor probatorio que tiene la declaración de autoinculpación que hace un delincuente ante personas particulares?

Parece que esas clases de declaraciones están previstas en el Art. 221 CPP, específicamente en el caso N° 4, el que engloba aquellas *“Manifestaciones expresadas de manera consciente y espontánea, en circunstancias que implicaban un perjuicio a los intereses de quien las efectúa (...)”*. Para una mejor intelección es de recordar que el Art. 220 inc. 2° de este plexo legal indica que el testigo de referencia es el que hace manifestaciones o aseveraciones provenientes de otra persona, y no únicamente de otro testigo; por tanto esas aseveraciones pueden ser provenientes de un delincuente. Ergo, las personas particulares que escuchen las manifestaciones confidentes externadas por el criminal tienen calidad de testigos de referencia.

La interpretación de que la autoincriminación ante particulares es un tema de testigos de referencia y no de confesión extrajudicial es compartida por la doctora Ana Montes Calderón⁴⁹⁷, quien afirma que *“En el caso del imputado (...) si éste hizo afirmaciones autoincriminatorias puede ofrecerse prueba de referencia sobre el particular (...)”*.

En términos similares se expresa el egregio jurista Martín Rogel Zepeda⁴⁹⁸ al manifestar que *“(...) según el numeral 4° del art. 221 NCPP, será admisible la prueba de referencia –aun y cuando hubieran testigos directos- a efecto de acreditar todo aquello que el justiciable mencionó en su propio perjuicio; sea por un estado de stress o excitación emocional –“exceso de sinceridad”, “exabrupto”-; pero siempre que se acredite la consciencia o “estado de normalidad psíquica” y la espontaneidad o “voluntariedad” con que se hubiere efectuado las afirmaciones (...)”*.

En el caso KANSAS vrs. VENTRIS⁴⁹⁹ (que se ha mencionado supra), en su fallo la Corte Suprema Federal resolvió que el Estado de Kansas no podía usar la confesión extrajudicial de Ventris en su contra, puesto que ello violaba los derechos constitucionales del acusado; pero autorizó la declaración en juicio del policía otrora disfrazado de preso y/o “aparato humano de escucha” como contraprueba del testimonio judicial de Ventris. Dicho en otros términos, para la Corte la exclusión del testimonio extrajudicial incriminatorio es una cuestión separada de la declaración judicial del compañero plantado ante quien se vertió la revelación; ya que las confesiones extrajudiciales ante la policía y las comúnmente denominadas “espontáneas” son nulas cuando están conformadas por interrogatorios hechos sin debida asistencia legal para el acusado.

3.6. La única y verdadera confesión extrajudicial

Como una última consideración a la que se arriba después del estudio de los Arts. 258 y 259 CPP, es que la confesión extrajudicial, léase: la que un imputado no rinde ante un funcionario judicial sino fuera del proceso y frente a una autoridad administrativa, es la señalada en el Art. 259 Inc. 2° ibídem.

Sobre la confesión extrajudicial no existe nada novedoso que no sea del conocimiento general; por ello, resta nada más recaudar que las líneas jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional ha dejado claramente establecido que, no constituye una confesión extrajudicial cualquier afirmación de un imputado ante un policía sin la asistencia de defensor, si esa manifestación tan solo responde a preguntas de rutina propias de una diligencia ante un sujeto sospechoso. Así se entiende de la resolución bajo la clasificación HC 39-2003, dictada el tres de junio del dos mil tres, en la que literalmente expresó:

“(...) consta a folios 235 del proceso penal el acta de registro y allanamiento efectuado por miembros de la Policía Nacional Civil en la casa (...) del imputado, en la que está asentada (...) la pregunta formulada por los agentes policiales acerca de la titularidad del arma incautada (...)”

.....
⁴⁹⁷ MONTES CALDERÓN, Ana y otros. *Tratado de Derecho Probatorio Penal Salvadoreño*, cit., pp. 78 y 79.

⁴⁹⁸ ROGEL ZEPEDA, Martín y otros. *“Prueba de referencia; ni mediata, ni indirecta”*. Ensayos Doctrinarios sobre el Nuevo Proceso Penal Salvadoreño, Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, El Salvador, 2011, p. 205.

⁴⁹⁹ “KANSAS v. VENTRIS” (No. 07–1356) que fue decidido en Abril 29 de 2009.

ante tal pregunta el imputado en ningún momento aceptó la propiedad del arma ni su participación en ningún delito. Es decir, no aparece ningún reconocimiento o declaración espontánea acerca de su responsabilidad en el hecho punible investigado y ello, obviamente, desacredita la naturaleza jurídica de lo que el peticionario señaló como confesión extrajudicial rendida sin abogado defensor, pues lo advertido del acta policial es una simple pregunta de rutina, sin trascendencia a los derechos fundamentales del imputado. ---- Frente a lo expuesto se desprende la inexistencia del hecho señalado como violatorio al derecho fundamental de defensa del imputado, pues no consta en ninguna parte del proceso que dicho imputado, voluntaria y espontáneamente, haya reconocido los cargos que se le imputan sin la asistencia de abogado defensor (...)."

Conclusiones

La confesión no es una prueba autónoma; por sí sola no puede cumplir la función de probar el hecho delictuoso. No debe soslayarse que un sujeto puede estar dispuesto a confesar por distintas motivaciones, que pueden ir desde la más honesta como decir la verdad, hasta las más espurias como pueden ser aceptar la culpabilidad que le corresponde a otra persona ya sea porque es un familiar, por soborno, promesa de pago, amenazas, etc.

Con la actual conceptualización legal de la confesión deja de tener vigencia la confesión calificada; y, únicamente es admitida la confesión simple, cuyo reconocimiento por parte del confesor debe abarcar las categorías dogmáticas de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, sin que sea permitida alguna excusa, so pretexto de alegar una atipicidad o causal de justificación ni alguna excluyente de responsabilidad penal.

En la suspensión condicional del procedimiento a pruebas y en el procedimiento abreviado, es menester la confesión como condición objetiva para su procedibilidad, por ende esta confesión debe ser simple, de la manera exigida por el Art. 258 CPP.

La confesión se puede dividir en confesión judicial y confesión extrajudicial. La confesión judicial a su vez se subdivide en confesión judicial propiamente tal o directa, que es la que se rinde ante el juez competente, regulada en el Art. 258 CPP; y la confesión judicial anticipada o indirecta, consistente en la que se vierte ante un juez no competente, que está reglada en el Art. 259 Inc. 1° *ibidem*, pero que lamentablemente el legislador la ha clasificado erróneamente como confesión extrajudicial; puesto que la verdadera y única confesión extrajudicial es la que se brinda ante las autoridades administrativas, como lo indica el Art. 259 Inc. 2° *ibíd.*

La declaración de autoinculpación que hace el imputado, y que tradicionalmente se ha denominado "confesión ante particulares", obedece más a una secuela histórica que a un imperativo de ley, y que su vigencia en la práctica forense como una confesión es una especie de respuesta estereotipada o una aplicación automática, que carece de un fundamento legal que permita sostenerla jurídicamente. Parece que esas clases de declaraciones de auto exculpación están previstas en el Art. 221 N° 4 CPP, dentro del tema de los testigos de referencia.

Bibliografía

- 📖 CAFETZÓGLUS, Alberto. “La Confesión en el Proceso Penal”, Revista Jurídica de San Isidro, N° 5, Buenos Aires, Argentina.
- 📖 CLARIÁ OLMEDO, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal, Edit. Ediar, Tomo V, Buenos Aires, Argentina.
- 📖 CASADO PÉREZ, José María y otros. Código Procesal Penal Comentado, Tomo I. Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador.
- 📖 CASADO PÉREZ, José María y otros. “La prueba de confesión en el Proceso Penal Salvadoreño”. Revista Justicia de Paz, Año II. Vol. II, mayo a agosto de 1999. Corte Suprema de Justicia, El Salvador.
- 📖 Código de Instrucción Criminal. Decreto Ejecutivo del 03 de abril d 1882. Diario Oficial N° 81, Tomo 12, del 20 de abril de 1882.
- 📖 Código Procesal Penal (derogado). Decreto Legislativo No. 904, del 4 de diciembre de 1996, publicado en el Diario Oficial No. 11, Tomo 334, del 20 de enero de 1997, el cual estuvo vigente desde el 20 de abril de 1998 hasta el 10 de enero del 2011.
- 📖 Código Procesal Penal (vigente). Decreto Legislativo No. 733, del 22 de octubre de 2008, publicado en Diario Oficial No. 20. Tomo No. 382, del 30 de enero del 2009, vigente desde el 11 de enero del 2011.
- 📖 LIRA UBIDIA, Celia. La confesión sincera en el proceso penal. Lima, Perú.
- 📖 MENA VARELA, Julio César. La Confesión Extrajudicial en Materia Penal. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador.
- 📖 MONTES CALDERÓN, Ana y otros. Tratado de Derecho Probatorio Penal Salvadoreño. Publicación de la Fiscalía General de la República. 1ª ed., El Salvador.
- 📖 Página electrónica de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador. www.jurisprudencia.gob.sv.
- 📖 PEDRAZ PENALVA, Ernesto y otros. Comentarios al Código Procesal Penal, Tomo II. Consejo Nacional de la Judicatura, Impresos Múltiples, 1ª ed., El Salvador.
- 📖 ROGEL ZEPEDA, Martín y otros. “Prueba de referencia; ni mediata, ni indirecta”. Ensayos Doctrinarios sobre el Nuevo Proceso Penal Salvadoreño, Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, El Salvador.
- 📖 SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal, Tomo II, Edit. Grijley, Lima, Perú.

● EL ERGÁSTULO JUSTICIERO (ALEGORÍA EMPÍRICA AL TESTIGO DELATOR)

Godofredo Salazar Torres

Sumario

I. Prefacio. II. El testimonio. III. Jurisprudencia sobre el testigo con justicia premial. 1) Aspectos procesales y conductuales, 2) consecuencias de acumulación de acusaciones por casos o hechos, 3) Mendacidad del testigo arrepentido. 4) Credibilidad hacia el testigo delator, 5) Testigo de referencia. IV. Conclusiones. Bibliografía

I. Prefacio

La prueba en el proceso penal establece reglas que sistematizan la recolección, oferta, admisibilidad, incorporación y valoración de la información, constituyendo la columna vertebral para emitir una decisión sobre el asunto o conflicto penal que se somete a consideración de un juez o tribunal; siendo este supuesto indispensable para el ente fiscal para sostener una acusación y la defensa en función de guiar una estrategia o hipótesis.

Dentro de los medios de prueba, la científica y técnica, indiscutiblemente es la ideal para proporcionar una convicción más cercana a la realidad de los acontecimientos que se llevaron a cabo en la ejecución de una conducta llamada “delito”, sin embargo ese suceso platónico se vuelve una aspiración cuando nos encontramos en forma constante y como regla general con procesos penales cuyo sostén sustancial es la prueba testimonial⁵⁰⁰, la que “es tan vieja como la humanidad y la más antigua, junto con la confesión”⁵⁰¹, evidentemente está sometida a todos los avatares, transformaciones o eventualidades del entorno del ser humano, que se sujeta a circunstancias psicológicas o conductuales, de percepción, interés, falibilidad, fragilidad o manipulación, lo cual es congénito a la naturaleza humana, siendo particularidades con la que tiene que bregar el investigador, fiscal, defensor y desde luego el juez a la hora de poseer algún contacto o valoración con el testigo.

Estas condiciones se expanden o propagan viralmente cuando se le otorga la calidad de testigo a una persona que ha sido autor o partícipe de un delito y que por razones de eficacia el Estado le ha otorgado el privilegio, prerrogativa o premio para no perseguirlo, en razón de su contribución a través de la información que aporte para el esclarecimiento del hecho delictivo, o en su caso profundizar para prevenir otros actos delincuenciales o lograr el descubrimiento de otros actores, cuya identificación sería difícil utilizando las técnicas convencionales de investigación, y que como postre se le protege.

.....
⁵⁰⁰ La prueba testifical acostumbra a ser presentada, tópicamente, entre nosotros, y de manera harto impropia, como el paradigma de la prueba directa. (...) En efecto, lo que el juez percibe directamente es la deposición testifical acerca de que los hechos han ocurrido de una determinada forma. Y a partir de este discurso, que, obviamente, debe ser interpretado y valorado críticamente -tanto desde el punto de vista de la credibilidad que pueda merecer el emisor como de la calidad informativa de su contenido- y situado en el contexto de los demás elementos de juicio, debe llegar a un cierto referente fáctico, lo que sólo puede hacerse a través de un juego de inferencias, fundado en máximas de experiencia, que puede ser ciertamente complejo. Andrés Muñoz, Perfecto. En Textos de apoyo para “La Valoración de la prueba en el proceso penal”. Consejo Nacional de la Judicatura.

⁵⁰¹ CAFFERATA NORES, José I: “La Prueba en el Proceso Penal” edit. Lexis Nexis Depalma, Quinta Edic. Pág. 93.

Por supuesto que esta forma de hacer las cosas en un Estado Constitucional de Derecho es legítima y en ocasiones necesaria, aunque cuestionada o polémica⁵⁰²; sin embargo, no debe ser una práctica frecuente, sino al contrario la excepción⁵⁰³, es decir cuando hayan sido desplegadas todas las formas convencionales de investigación y estas no han dado los resultados, para no convertirla en un problema ético, legal e inseguridad para el Estado Constitucional, por la significancia de estar combatiendo la delincuencia con delincuencia, retribuyendo a patibularios y obviando en algunos casos la investigación misma o pretendiendo sustentar imputaciones a la suerte de un facineroso, lo que puede revertirse en el futuro con arbitrariedades, venganzas, falsedades o en su caso con procesos espurios que hagan más daño al sistema penal y al descredito de las instituciones que lo integran.

Legalmente la figura del testigo con criterio de oportunidad premial⁵⁰⁴ o llamado también como arrepentido, de la corona o delator, lo encontramos en nuestro Código Procesal Penal en el título II, capítulo I, sección primera en el Art. 18, en el que se regula que la institución encargada de prescindir o excluir total o parcialmente de la persecución penal o sobre una persona entre otros casos que regula se encuentra, cuando el imputado o delincuente haya realizado conductas para impedir la ejecución de un hecho delictivo, brinde información para evitar su continuación o haya contribuido decisivamente al esclarecimiento de la participación de otros imputados en el mismo hecho o en otros delitos de mayor gravedad; la ley adjetiva le prescribe tres supuestos que debe el órgano persecutor del Estado "FISCALIA", para aplicarlos en los casos concreto y considerarlos conforme a los procedimientos establecidos en los Arts. 19 al 23 CPP.

Todas las circunstancias descritas en este exordio serán respaldadas sobre pedestales experimentales de nuestras realidades, visibles en la actividad jurisdiccional, no se trata de deslegitimar o pretender proscribir esta figura, o en su caso criticar irrazonablemente la

⁵⁰²Sic. *"so pretexto de querer ser eficientes en la lucha contra el crimen, constituye un mal ejemplo que el Estado transmite a la sociedad. Lo secreto, lo sospechoso de parcialidad diluye la frontera -que debe ser nítida- entre licitud e ilicitud. El repudio a la traición, amparada en las sombras, se hace patente en párrafos de la obra de Beccaria que dió inicio al desarrollo moderno del Derecho Penal".* Allí expresa que *"las acusaciones secretas son desórdenes en muchas naciones por la debilidad de su constitución"*. Expresa: *"Quien puede sospechar en otro un delator, ve en él a un enemigo. Entonces los hombres se acostumbran a enmascarar los sentimientos propios y, con el uso de esconderse a otros, llegan finalmente a esconderse a sí mismos. Desgraciados cuanto llegan tales extremos"*. Termina el párrafo con esta frase, reveladora de una intensa preocupación, que sin duda resulta compartida por muchos: *"Si tuviere que dictar nuevas leyes en algún rincón abandonado del universo, antes de autorizar tal costumbre me temblaría la mano"*... ,Terrani ,Marco Antonio.www.terragnijurista.com

⁵⁰³Precisamente la concepción del criterio de oportunidad como una forma del derecho procesal premial, es que el mismo debe ser excepcionalísimo, y debe estar regido por el principio de proporcionalidad, de tal manera que la concesión de un criterio es la última opción a la cual debe acudir quien tiene el peso de la investigación penal...el carácter excepcional de las mismas, y únicamente con la finalidad de perseguir a un tipo de criminalidad como lo es la organizada. Sánchez Escobar, Carlos Ernesto y Otros *"Reflexiones Sobre el Nuevo Proceso Penal"* Pág. 17, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial.

⁵⁰⁴Testigo Criteriado", es oportuno indicar en que consiste el *"Criterio de Oportunidad"*. Se entiende que es una posibilidad que tiene la Fiscalía General de la República de llegar a un acuerdo con el imputado, con el propósito de prescindir total o parcialmente de su persecución penal, o bien de limitar la investigación; en otras palabras es un beneficio que la ley le otorga a un imputado que ha participado en un hecho delictivo, a efecto de que éste ayude a esclarecer el hecho investigado u otros delitos relacionados con aquel en cuya causa se le está aplicando el criterio de oportunidad. Generalmente este beneficio se otorga en ausencia de otros medios de prueba y cuando es imposible obtener la versión de otras personas que ayuden en la investigación de un delito. Ahora bien, es de suma importancia tener definido que esta figura es aplicada propiamente en Derecho Penal y si bien es cierto en Derecho Administrativo Sancionador se aplican algunos principios penales, es importante destacar que no existe norma legal que habilite su introducción al derecho administrativo sancionador. Es así que la Administración Pública no debió basarse plenamente en esa única prueba para determinar el grado de certeza necesaria, así como la participación y responsabilidad de los imputados en el hecho que se les acusó. (SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: San Salvador, a las ocho horas veintidós minutos del día veintiuno de junio de dos mil trece...137-2009)

actuación de las instituciones que tiene la responsabilidad de utilizar este mecanismo investigativo y probatorio, sino por el contrario generar un espacio de discusión, debate, o mejora en su aplicación.

No si antes aclarar que probablemente este ensayo no tenga la rigurosidad académica que debiera, porque tiene una finalidad limitada para abordar un muestreo simbólico y empírico de las decisiones de primera instancia especializada contra el crimen organizado, sobre los testigos con criterio de oportunidad que colaboran con el sistema penal.

II. El testimonio

Consideraciones iniciales

Rememorar la palabra testimonio, nos indica el relato, descripción o narración que realiza un ser humano cuando está reconstruyendo algún acontecimiento que ha percibido, utilizando signos como la palabra hablada o de otra forma para darse a entender, con la única finalidad de reseñar la realidad o verdad de lo que expresa.⁵⁰⁵

En el proceso penal precisamente lo que se busca es una reconstrucción abstracta o conceptual sobre la existencia de un hecho delictivo, sus autores y la forma de ejecución, con la vocación de realidad o verdad de ese suceso.

La prueba testifical es de las más viejas⁵⁰⁶ formas de transmitir lo que se percibió por medio de los sentidos, sin embargo lo que no es antiguo es el tratamiento o valoración⁵⁰⁷ sobre el testimonio que ha adquirido connotaciones importantes por todos aquellos estudios conductuales, que nos aporta la Psicología y Psiquiatría, las técnicas de recibir un testimonio, la investigación científica en todos aquellos aspectos sensoriales o de percepción y transmisión de una relato, hacen que haya que mejorar la valoración sobre lo que expresa un testigo o la verdad sobre la transferencia del conocimiento que realiza éste.

De suerte que en nuestro proceso penal no podemos obviar que cerca del 95%⁵⁰⁸ se fundamentan en prueba testimonial, lo cual no es una cuestión negativa, pero está resultando privilegiada y cómoda, aunque se debe precisar o aclarar que está referida al extremo procesal de autoría o participación de una persona en un hecho punible como regla general, porque cambia cuando se trata de probar la existencia del delito, dependiendo de la naturaleza de éste, se acude a prueba científica o técnica, por ejemplo en los homicidios, tráfico o posesión droga, lesiones, aborto, homicidios imperfectos o tentados, Posesión, tenencia o conducción irresponsable de armas de fuego, etc.

.....
⁵⁰⁵ WASHINGTON ABALOS, Raúl, DERECHO PROCESAL PENAL, tomo II, pág.479, cita a Leone "El testimonio puede considerarse, en general, como la declaración de ciencia de un hecho determinado concerniente a la comprobación sobre la cual versa el proceso, hecho por persona distinta de las partes...".

⁵⁰⁶ Hasta en el libro de los libros, La Biblia aparece la alusión a las "leyes sobre el testimonio", Deuteronomio, Capítulo 19, versículo 15 sigs.

⁵⁰⁷ Es por lo que el tratamiento de este medio de prueba requiere dos enjuiciamientos. Uno acerca de la credibilidad del testigo, para saber si lo declarado es lo que realmente conoce y si su testimonio es, por tanto, atendible. Y otro relativo a la calidad informativa de los datos transmitidos, o sea, a su adherencia a la realidad empírica. Por lo que se refiere a esta segunda vertiente del asunto, es claro que impone el examen los elementos probatorios así obtenidos en el contexto de los precedentes de otras fuentes de prueba, para llegar a la conclusión que su concordancia o falta de concordancia sugiera. Ibidem. Andrés Muñoz, Perfecto. Pág. 206.

⁵⁰⁸ Fuente estadística de los Juzgados Especializados de Sentencia, cuyos números todavía son optimista. Pero lo cierto es que ese porcentaje se acrecentó a una aproximado del 98%.

La prueba testimonial tiene que reunir características básicas que constituyen garantías de legitimidad, como la inmediación que se torna menguada para las partes cuando se está en presencia de un testigo con régimen de protección, circunstancia, que es propia de todos los procedimientos penales⁵⁰⁹; el principio de contradicción en el que todas las partes materiales y técnicas puedan interrogar al testigo, así lo sostiene el Tribunal Constitucional Español, 101/1985⁵¹⁰

Sin sortear los principios de oralidad y publicidad⁵¹¹ al recibir los testimonios de las personas, donde se obtenga de viva voz las preguntas y respuestas de las partes técnicas y materiales, donde directamente se pueda apreciar las declaraciones ubicando al juzgador en condiciones para decidir sobre las manifestaciones si merecen o no credibilidad⁵¹².

El principio de publicidad⁵¹³ encarna la transparencia de los actos procesales, no solo para los actuantes del proceso penal sino para el que muestre interés de la sociedad de conocer las versiones de un testigo en forma inmediata, para extraer sus propias conclusiones, ésta difusión puede restringirse en los supuestos del Art. 13, 369 y 370 CPP, la cual debe estar debidamente fundamentada por el juez de la causa que declare esa limitación.

Los principios de oralidad e inmediación son pilares importantes que nos brindan las herramientas para percibir los gestos de las personas que rinden sus testimonios, las expresiones de desorientación, ofuscamiento, sorpresa, firmeza, atención nerviosismo, expresiones no verbales, que orientan al juzgador como un aspectos a tener en cuenta en su valoración, para concluir sobre semblantes que influyen en la veracidad o mendacidad de un testigo.

.....
⁵⁰⁹Deberá examinarse lo relativo a la igualdad de armas procesales y el ejercicio del derecho de Defensa, (...) verificando que la forma de prestar la declaración no limitó las posibilidades de defensa. Climent Duran, Carlos; La Prueba Penal, "Prueba Testifical", "Principio de Contradicción", "Testigos Ocultos", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, Pág. 118,

⁵¹⁰(Sic)... *"La restricción a la prueba testifical al juicio oral responde al principio de contradicción que inspira el procedimientos español y viene a formar parte del contenido de los derechos mínimos que las normas internacionales reconocen al acusado con el fin de garantizar un proceso penal adecuado... artículo 14.3 e del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966..."* y la sentencia 1095/1997 sic... *"No cabe utilizar unas declaraciones testificales como prueba de cargo contra un acusado si no se ha permitido que al respecto dicho acusado o su defensor hubiera tenido la posibilidad de interrogar al testigo correspondiente... El principio de contradicción, esencial en el proceso penal, así lo exige; pero estas exigencias quedan cumplidas si se ha concedido a la parte la posibilidad de interrogar; si la tuvo y no la utilizó por negligencia propia... no cabe alegar violación al principio de contradicción..."*

⁵¹¹Las garantías de defensa en juicio, debido proceso y publicidad... se ven seriamente vulnerados porque la colaboración del imputado no tolera la presencia de terceros y porque la desigual relación que se presenta entre los contratantes, a la vez que la inducción a la confesión desnaturaliza su declaración convirtiéndose en el primer acto de defensa. Resulta a la vez afectado el principio de igualdad del mismo artículo, lesionado al poder colaborar bajo ciertas condiciones sólo a los culpables y tanto más si lo son gravemente, mientras que no podrían hacerlo los que tengan responsabilidades marginales por saber poco del delito. Derecho Procesal Penal grupo 7 16 de mayo 2008. Procesal.blogspot.com

⁵¹²Lo relativo a la valoración de la credibilidad del testigo suele operarse con el tópico de que la materia pertenece básicamente al campo de la intuición; es función de un sexto sentido, permite captar en clave, obviamente no técnica, esos matices propios del lenguaje gestual que el juez percibe desde la privilegiada posición que la intermediación propicia y que, por ello, sólo él podría apreciar. *Ibidem*. Andrés Muñoz, Perfecto. Pág. 206.

⁵¹³*Ibidem*. Climent Duran, Carlos. Pág. 121.

Al analizar cualquier tipo de testimonios es importante identificar circunstancias que la doctrina⁵¹⁴ les denomina:

- a) Ausencia de incredibilidad subjetiva, donde se excluyan razones de animosidad, enemistad, venganza, intereses, etc., o en su caso la sospecha objetiva de parcialidad.
- b) Circunstancias personales del testigo, su edad, habitualidad, vicios, antecedentes familiares, contextos ambientales de desenvolvimiento, etc.
- c) Verosimilitud, que tenga la virtualidad de ser constatada la información que se aporta con otras informaciones periféricas de carácter objetivo, que confirmen la versión de un testigo, la cual debe ser distinta a la fuente principal que afirma o niega un evento
- d) Persistencia en la incriminación, la que debe permanecer en el tiempo, en forma plural, despojada de ambigüedades, incoherencias omisiones, contradicciones o modificaciones sustanciales, porque podría ser la única prueba existente que posea la capacidad de superar la presunción de inocencia, debe estar despojada de contradicciones que nos lleven a la inverosimilitud del testimonio.

Lo reseñado es cardinal observarlo porque corresponde estimar en este caso con demostraciones, reales, aunque mínimas, de testigos a quienes por eficacia procesal se les ha aplicado el criterio de oportunidad por ser un co-imputado delator o arrepentido.⁵¹⁵

El testigo delator adquiere la sospecha objetiva de alguna inducción fiscal o policial, que no de sobrepasar la de ordenar o sistematizar el testimonio y que no redunden en la manipulación de la información por éste testigo⁵¹⁶.

La declaración de un coacusado, previamente tiene a la base una negociación que en muchas ocasiones se desconoce en la realidad, aun cuando el art 20 inc. 3° CPP, lo prescribe, el cual es resguardado so pretexto salvaguarda la identidad del procesado privilegiado y en forma ínfima es mostrado al Juez que autoriza el criterio de oportunidad, pero debe ser exigido al momento de la valoración para efectos de constatar el mercadeo o convenio con esta persona y las ofertas a cumplir.

Los acuerdos son importantes verificarlos porque traducen circunstancias de favorabilidad hacia el imputado que brindará información aparentemente privilegiada, volviendo en un sujeto interesado particularmente para incriminar a sus secuaces a través de la auto

514 IBÍDEM. Climent Duran, Carlos. Pág. 306-311.

515 (Sic)... "Continuando con el mismo tópico, se considera pertinente en este punto señalar que a tales colaboradores-delatores se les ha denominado de muy diversas maneras: arrepentido, colaborador, delator, testigo principal, prueba, cómplice, "pentiti", testigo de la Corona, etc.; siendo que, en efecto, la figura del mal llamado "arrepentido" ha venido estando ligada a los delitos asociativos que, como de todos es sabido, suponen un ataque a intereses colectivos, a los de la sociedad en general y, en definitiva, a los intereses del propio Estado. De todos estos comportamientos que integran el llamado "Derecho premial..." (SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: San Salvador, a las ocho horas y quince minutos del día diecisiete de enero de dos mil catorce.218-cas-2012.)

516 Deberá entonces estarse a la vista de los condicionantes que afectan al coimputado de sometimiento a un proceso penal y de ausencia de un deber de veracidad, el umbral mínimo que da paso al campo de libre valoración judicial de la prueba practicada está conformado en este tipo de supuestos por la adición a las declaraciones del coimputado de algún dato que corrobore mínimamente su contenido. Antes de ese mínimo no puede hablarse de base probatoria suficiente o de inferencia suficientemente sólida o consistente desde la perspectiva constitucional que demarca la presunción de inocencia. VALLEJO, MANUEL JAÉN. *Los principios de la prueba en el proceso penal español*, Pág. 15, apuntes de Derecho Penal.

inculpación, por ello debe exigirse que la información incriminatoria que éste realice sea verificable minuciosamente en la fase de investigación, con datos objetivos y externos a la fuente desertora, porque de lo contrario esas imputaciones están destinadas al fracaso y el sistema penal cuestionado porque redundaría en la impunidad.

Aunque el testimonio de un co-acusado no tiene una regulación expresa en el código procesal penal en los medios de prueba, se deduce por interpretación de los mecanismos establecidos en el art. 18 n°1, 20, 258,259 y 201 CPP, aunque este protagonista que es viral en las investigaciones pandilleriles o grupos o bandas delincuenciales en nuestro medio, tiene una ambivalente calidad, porque en la investigación ha brindado una confesión extrajudicial y luego en la sede judicial la subsecuente autoincriminación, posteriormente en la declaración oral en el juicio, ya es tratado como un testigo impropio⁵¹⁷, por estar condicionada su incriminación, pero con los límites de ser un coacusado, no puede ser formalmente juramentado, porque sigue teniendo la particularidad de ser imputado, por ende su testimonio está despojado de esta formalidad y de las otras que prescriben los arts. 204, 205, 206 y 209 inc. I CPP⁵¹⁸, por lo que éste no puede concurrir en el delito de falso testimonio, pero sin ser perseguidos por los delitos que confesó, aunque esta última no puede ser utilizada, por estar viciada porque se auto inculpa para una finalidad distinta, pero si procurar reunir otras informaciones para mantenerlo en esa calidad de encartado que pretendió cobijarse con una paramento que no le correspondió así se interpreta lo que determina el inciso 3 del art. 20 CPP

Así mismo sobre este tema el legislador debe ser más exigente, para no derivar en la impunidad de estos sujetos, que usufructúan esta figura legal, por lo que debe legislarse con mayor detenimiento y rigurosidad.⁵¹⁹

III. Jurisprudencia sobre el testigo con justicia premial

1) Aspectos procesales y conductuales

En la valoración de la prueba testimonial, se consideran muchos aspectos que son propios de

.....
⁵¹⁷Pues a pesar que rinda un juramento, deberá estarse a la confiabilidad que pueda generar, pues podría no decir verdad, aunque ello signifique la amenaza de infracción penal. Vid. Climent Duran, Carlos. Pag. 302.

⁵¹⁸Aunque la Sala de lo Penal a opinado en llamarlo testigo, sin expresar las consecuencias de estos (sic)... "particularmente relevante en cuanto a la eficacia de la información, al convertirse el beneficiario en testigo de cargo...criterio de oportunidad, es la de convertirse en un testigo cuyo dicho hace parte del elenco probatorio ofertado por el ente acusador, no diferenciándose de cualesquiera otros declarantes más que en situaciones personales, contexto donde tales particularidades están sujetas al control, discusión, interrogatorio y descrédito, en el ejercicio de las facultades de que dispone la parte contraria, es decir, la defensa; de esa forma, al evidenciarse alguna condición que pusiere en entredicho la veracidad del relato, corresponde a la función jurisdiccional su examen y valoración, bajo los parámetros normativos de la sana crítica...En definitiva, tocante a las regulaciones que rigen la información aportada por este testigo, no existe diferencia alguna con la que podría aportar cualquier otro declarante.". (SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: San Salvador, a las diez horas y treinta minutos del día treinta de agosto de dos mil cinco. 474-cas-2004)

⁵¹⁹Sic)... "En esa línea de pensamiento, el Tribunal Constitucional Español, sigue en esta materia la misma doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual pone de relieve la problemática probatoria de la declaración del coimputado en relación con la figura del testigo criteriado o arrepentido, propia del derecho procesal italiano pero incorporada a otros ordenamientos para la lucha contra la criminalidad organizada, señalando "que, por su propia naturaleza, dichas declaraciones son susceptibles de ser el resultado de manipulaciones, de perseguir únicamente el objetivo de acogerse a los beneficios que la Ley...concede a los arrepentidos o incluso de tratarse de venganzas personales...". Por eso el Tribunal exige que las declaraciones de arrepentidos sean corroboradas por otros medios de prueba (STEDH, Labita vs. Italia, 6 Abril de 2000).citada en la resolución de la SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: San Salvador, a las ocho horas y cincuenta minutos del día trece de mayo de dos mil trece. (576-CAS-2009).

la personalidad de un testigo, cuando se desempeña en la sala de audiencia y que solo pueden ser extraído de la inmediatez⁵²⁰, lo cual se torna minimizado para los abogados intervinientes, cuando se ha aplicado el régimen de protección, donde solo el Juez tiene la probabilidad de considerar tales semblantes, teniendo que agudizar los sentidos la autoridad decisora que observa los talentos conductuales, y que deben ser aumentados los criterios valorativos cuando es un testigo arrepentido, porque tiene impacto en el tema procesal o en su caso en la credibilidad de una declaración de un coacusado, lo cual evidencia en los siguientes procesos que se conocieron y que se hicieran constar en las sentencias respectivas.

En este proceso que se ilustra el testigo con privilegios procesales fue desatento u omitió mencionar a imputados que estaban presentes en el momento del juicio, que podría atribuirse a muchas causas tales como un deficiente interrogatorio, manipulación de la información o en su caso a cuestiones de memoria, que los olvidó por la cantidad de información que se pretendió introducir en el proceso de referencia 5-2011; donde se incriminaba a 8 personas a quienes se les involucraba en cinco casos de homicidio, solo aludió 6, falencia a la que se agrega otra, de modificar la imputación sustituyendo una persona por otra que ni siquiera era incriminada, según el relato del testigo arrepentido, demostrando la ausencia de persistencia en la incriminación, ausencia objetiva parcialidad.

En el mismo sentido en el proceso 147-2011acum. 212-219/2014, en el momento de la vista pública se descubrió cuando se percibía el testimonio del testigo delator y que en la sentencia se reflejó ..(sic)... ***“se detectó que el testigo tenía dentro de sus ropas copias de impresos de la relación de los hechos, con tachaduras con lapicero cuya leyenda era de forma de X; además de nombres y seudónimos de los acusados, con un tema manuscrito cuya leyenda “vamos por 62 imputados”; explicando el testigo que se la había proporcionado por el agente fiscal un día antes de la audiencia, para ayudarle a recordar los hechos...”***, en este caso el testigo previamente se había tornado rebelde al grado de emitir una orden de coerción contra él a petición fiscal y luego se mostró hasta irrespetuoso con el agente fiscal, condicionando su colaboración para declarar en la vista pública; también el testigo en forma libérrima admitió que sus declaraciones habían sido modificada por un agente fiscal distinto al que se encontraba en la audiencia del juicio, al evocar la transformaciones sobre la incriminación de sujetos que no estaban acusados sobre un homicidio, sustituyendo personas o viceversa por ello se consignó en la sentencia definitiva (Sic) ***...sin embargo***

.....
⁵²⁰(Sic)...” valorado el sentenciador en relación con la conducta del testigo en la audiencia, es que durante el interrogatorio de la defensa lo notaron nervioso, realizaba gestos y ademanes como “tomaba el micrófono con ambas manos envolviéndolo con el gorro que tenía en su poder”, no obstante que en la sala sólo estaban las partes y el tribunal, y también a pesar que su identidad estaba siendo reservada para el imputado mediante el aparato distorsionador de voz y no estaba a la vista del acusado, con lo cual el tribunal de instancia ha tenido el cuidado de evaluar el comportamiento del testigo en relación con la ausencia de condiciones ambientales estresantes en las que se estaba desarrollando la declaración. No obstante el significado relativo que pueden tener estas manifestaciones corporales, ya que no necesariamente y siempre son indicio de engaño, así como tampoco la inmutabilidad lo es de veracidad, pero en el presente caso la verbalización del lenguaje corporal del testigo constituye sólo uno de los factores que ha tomado en cuenta el tribunal para argumentar la incredibilidad subjetiva de “Jackson”, destacando que éste mostró un comportamiento marcadamente diferente ante el interrogatorio de la defensa a pesar que el tribunal corroboró que no fue hostil, y que las preguntas fueron sencillas y claras, además que las indecisiones, pausas, y gestos con las manos no fue un patrón que mantuviera a lo largo de toda la declaración como para estimar que es un rasgo de su personalidad o modo de ser, sino que fueron exhibidas únicamente al enfrentarse a las preguntas de la defensa, lo cual denota la efectividad del interrogatorio cruzado como instrumento de depuración de la fiabilidad cognitiva de las pruebas personales, por lo que se convalida como premisa útil que unida a las inconsistencias internas del testimonio en sí y con otras pruebas concurrentes, justifican racionalmente la cuestionada decisión probatoria del tribunal sentenciador...” (65-CAS-2013, SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: San Salvador, a las diez horas del once de agosto de dos mil catorce.)

reiteradamente omitió nombres (o alias) de las personas que participaron pero se expresan en la acusación... Se constata manipulación de la información y ausencia de una relación adecuada entre fiscales y el testigo con criterio de oportunidad.

También se concluyó sobre los errores incurridos en la acusación (Sic)... ***“al realizar imputaciones contra personas que no fueron nunca mencionadas por el testigo, así como omitir inculpar a personas que se encontraban procesadas..”*** Si bien este evento en particular, no se le atribuye con exclusividad al testigo delator, pero resulta del manejo exagerado o ahuecado del número de imputados.

Eventos antes descritos que también se presentaron en la causa 170-2014 en la que se procesó a 56 imputados por cinco casos de homicidios, agrupaciones ilícitas y tráfico de drogas, donde se declaró que el deponente criminal premiado ineficaz, por los reiterados cuestionamientos y desaciertos que en forma insistente omitía o integraba personas a su antojo.

Lo mismo ocurrió en el proceso marcado 392/2009 donde el testigo mencionó a tres personas en uno de los homicidios, pero uno de ellos no fue inculcado formalmente.

En el proceso marcado con el número 47-2009, en el momento del desarrollo del plenario y conforme a lo discutido se consideró en la sentencia (sic) que ***En relación a la conducta no verbalizada demostró desidia, falta de interés, pero llegó al extremo que manifiestamente el testigo le faltaba el respeto en el interrogatorio fiscal, al grado de reconvenirle para que prestara la atención debida y recordarle la condición en la que se encontraba para que no se desbordara en su esquema conductual...*** .

Semblantes que se vuelen reiterados en la salas de audiencias de animosidad del testigo con su benefactor fiscal.

Equivalente escenario se exhibe en la causa 96-acum.98.144/2009, donde se enjuicio a un aproximado de 170 encartados en un contexto de 25 hechos de homicidio, fraude procesal y agrupaciones ilícitas, con el sustento e intervención alterna y diferencial de aproximadamente cuatro testigos con criterio de oportunidad, en la que se decantó en dos de ellos a expresarse en la sentencia sic.. ***“merece especial mención las características Psicológicas que fueron observadas en cada uno de ellos...uno poseía cualidades al momento de exponer su testimonio que lo hicieron de difícil control, siendo un testigo en sumo responsivo e inquieto...”*** y lo que quedó en el tintero y a la discreción del juzgador fue que éste testigo se introducía constantemente el micrófono a la boca, deambulaba con su mirada perdida hacia el techo del salón de la audiencia, lo que comprometía a responder interrogantes sin pensar, se posaba casi acostado sobre la silla de los declarantes; el segundo testigo según la sentencia referida sic.. ***“presentó signos de encontrarse con su conducta alterada, por sustancias de bebidas embriagantes u otro tipo de drogas, lo cual no se pudo establecer con seguridad, pues no se pudo realizar un peritaje apropiado para probarlo, pero por las condiciones físicas observadas denotaba tal situación, lo que también afectaba la calidad de su testimonio, pues no se encontraba en condiciones Psicológicas óptimas...”***

En el proceso penal 46-61-81(acum.)-2014, donde se incorporó a la vista públicas los testimonios de dos testigos con criterio de oportunidad, de los cuales expresamente se afirmó que eran pareja por tener vínculos sentimentales, lo cual denotaba mayor interés mutuo de protegerse de las autoincriminaciones, lo que acrecentaba el cuidado en su valoración; posteriormente luego de la estimación, solamente a uno de ellos se le otorgó credibilidad por la cercanía o relación con una de las víctimas y la verificación con otra prueba existente en el proceso, tales como teléfonos, bitácoras de llamadas, que lograron probar la comunicación con el ahora occiso; se comprobó complementariedad en el desplazamiento de la víctima y el destino con el testigo delator, así como en la extracción de dinero de la primera de un cajero; sin embargo con el otro deponente se careció de verificación la información que brindaba, sin sortear que el testigo también omitía e introducía a personas que indistintamente se acusaban y otras que carecían de incriminación.

Una cuestión procesal fue en la causa 47-2009, el testigo identifica con determinadas alias o seudónimos a una persona y lo describe como de sesenta años de edad, sin embargo a la hora de realizar los reconocimientos en fila de personas, se comete una grave irregularidad procesal al ubicar a este sujeto entre otras personas, con edades que oscilan entre veinte y veintiocho años, lo cual patentiza una indefectible identificación.

2) Consecuencias de acumulación de acusaciones por casos o hechos

En el proceso 147-acum-212.219/2014, el testigo fue declarado absolutamente ineficaz en un proceso donde se juzgó a 61 personas y se determinó que (sic).. *en relación a las múltiples persecuciones, se debe hacer un llamado de atención a la representación fiscal, pues al no tener el debido control sobre las distintas acusaciones a las que se ve sometida una persona, podrá estarse vulnerando la prohibición de la doble persecución, cometiéndose errores que afectan los derechos fundamentales de una persona, además, de estar convirtiendo instituciones públicas encargadas de impartir justicia, en simples entes represores sin control; no pudiéndose soslayar, el desgaste institucional por estar haciéndose dobles o diversos juzgamientos por un mismo delito..”*

También en el mismo contexto se advirtió sic... *“ que procesos de estas magnitudes deben conllevar una mejor administración ,verificándose la presencia de todos los elementos de prueba y que la misma sea idónea y efectiva para lograr el esclarecimiento de hechos tan funestos como los investigados, pues de lo contrario únicamente se convierten en un desgaste de los recursos estatales obteniéndose resultados adversos para las víctimas, quienes son los principales afectadas, quienes no obtienen justicia; además, no debe sacrificarse la eficacia en pro de la economía procesal, por lo que la acumulación de procesos debe ser sustentada y considerada, y no solo aplicarse por tener un testigo común en los distintos casos, lo cual no es criterio para la acumulación de procesos según nuestra legislación...”*

Similar situación se decantó el proceso 482-2011 aseverando sic.. *“del cuidado que debe tener al momento de brindar un beneficio procesal de este tipo, a personas que a pesar de resultar gananciosas por escapar de la persecución penal, a cambio de brindar algún tipo de información, que ciertamente sería imposible conocer de otra forma, se aprovechan de su condición para manipular la información y generar desaciertos que desembocan en la impunidad, generando desgastes no solo para esta oficina judicial, sino para todo el sistema,*

que percibe limitados beneficios de testigos que efectúan expresiones fronterizas al delito de falso testimonio que inducen a error y a cambio reciben un premio procesal...”.

Análoga exhortación en la causa marcada con referencia 47-2009, donde se procesó a 70 imputados por cinco hechos de extorsión, cuatro homicidios, privaciones de libertad, posesión y tenencia de armas de fuego se dijo sic.. *“procesos de esta naturaleza por la cantidad de personas involucradas, la información que se pretende dominar por un solo testigo excede a la capacidad de cualquier persona, donde puede incurrir en alteraciones propias de un olvido, invención o principalmente desidia, para cumplir requisitos que puedan beneficiarlos procesalmente; asimismo anega o ahoga en el manejo estratégico de la información o prueba, en la que son casos aislados, pero por abarcar el mayor número posible de personas tomaron como vehículo cohesionador el delito de agrupaciones ilícitas, que en las imputaciones que hicieran no se percataron de las situaciones jurídicas de cada uno de los procesados..”.*

Los sucesos antes descritos se confirman también en el proceso 370-2010, en la que se estableció sic.. *“... no se puede soslayar que en éste proceso se advierte que el testigo “ARABE”, es una persona que aprovechándose de salir exonerado de los acontecimientos donde intervino activamente, procuró alterar los eventos, lo que provocó ser contradictorio e incoherente en la mayoría de sucesos y solo en dos alcanzó a verificarse lo que afirmaba, lo que conlleva a derivar una sugerencia al ente persecutor, de procurar excogitar a sus fuentes delatorias y someterlo a un examen de corroboración riguroso...”.*

En armonía con lo anterior se juzgó en la sentencia definitiva del proceso marcado 392/2009,(sic) *“... que apilar acusaciones por hechos y tratar de acreditar con un solo testigo, es una estrategia que impacta en un manejo inadecuado de los casos por confiar en la memoria de una testigo, se realizan capturas masivas que redundan en descuidar los actos de individualización de los encartados, obvian información importante referida a las imputaciones en otros procesos, acumulando la tramitología en los juzgados y desencadenan demoras que no son imputables exclusivamente a los juzgadores, sino en su conjunto a un sistema de persecución que debe revisarse...”.*

En el proceso 482-11, en uno de los casos de cinco conocidos, el testigo prescinde expresar detalles donde se facilitaba el instrumento para la comisión del hecho delictivo, porque según los hechos acusados (sic)... *“un sujeto llamó a otra persona para solicitarle un “fierro”, indicando un cuchillo, respondiendo que no tenía... luego le pide un desarmador que eran para matar un maje, ante la negativa, llega al extremo de requerir una Gillette...”.* la cual se le entregó supuestamente, pero este periplo de acontecimientos, el declarante recompensado, prescindió de mencionar al procesado en la vista pública, aun cuando la persona que facilitó aparentemente tal apero se encontraba dentro de los acusados; así mismo pese a esas falencias al contrastarse con el reconocimiento del cadáver y la autopsia respectiva, no se podía concluir que las lesiones hayan sido causadas con el último de los objetos nominados en el libelo inculpativo, puesto que sólo decía. (Sic) *“LACERACIONES DE VAOSOS YUGULARES, LACERACIONES DE TRAQUEA PRODUCIDA POR ARMA BLANCA...”.*

En el proceso con referencia 208/2013/90/2014 donde se conoció la imputación contra 23 personas por 13 casos de homicidios y agrupaciones ilícitas se concluyó que (sic)... *“conforme a lo valorado de las aseveraciones del testigo con justicia premial, se puede afirmar que*

el deponente delator conocía parcialmente de los acontecimientos que desarrolló, en el juicio pero incurrió en graves desatinos que hicieron especular a la mente de este juzgador, al incluir o excluir a personas de las ahora acusadas y no obstante lo que prevalece es lo que manifiesto en la vista pública, el único elemento confrontador eran los hechos acusados supuestamente a probar, lo que evidenció contradicciones severas, que impactaron en la decisión arribada en cada uno de los casos, lo cual hace sugerir al ente persecutor que estos hechos deben ser enjuiciados con mucho cuidado y en forma separada, porque gerenciamientos como estos inciden en el intelecto de cualquier persona a recordar hechos pasados; asimismo, pese a que los cadáveres se encontraron en el mismo contexto geográfico, inserta serias dudas que el testigo haya conocido de todos los casos de muerte y sus circunstancias, tal como quedó evidenciado en el caso denominado “cinco cedros”.

Pese a lo anterior y aun con la creencia parcial hacia el testigo en ese proceso, en el caso denominado como once se presentó un recurso de revisión por estar firme y ejecutoriada la sentencia definitiva, uno de los imputados aduciendo que se encontraba detenido el día que lo inculcaba el testigo arrepentido y para ello anexó constancia del Juzgado Segundo de Menores de Santa Tecla, en la que se asegura que ese encartado fue detenido un 15 de octubre de 2009, inició las medidas de internamiento, el día 24 del mismo mes y año, cumpliendo con las mismas el 21 de enero de 2010; al verificar de nuevo las fechas aducidas por el testigo, en diferentes momentos como en la confesión extrajudicial, aseveró que fue aproximadamente en el mes de octubre y en el juicio afirmó que fue (sic) **“como en el mes de noviembre.”**

Se evidencia que hay un margen de error amplio al contrastar toda la información y la perplejidad aumenta, cuando el estudio antropológico de la víctima practicado el 22 de septiembre de dos mil once, solo se aproximan a dictaminar que la muerte data de uno o dos años; con todo al realizar la inclusión metal e hipotética del documento del Juzgado de Menores respectivo hacen dudar de la versión y veracidad del testimonio bondadoso y cicatero colaborante con la justicia e irremediamente la absolución en la época de la vista pública se hubiese presentado por que la persona que inculcaba era imposible que estuviera en la época de muerte que se aseveraba por estar detenido por otro hecho.

3) Mendacidad del testigo arrepentido

En el mismo proceso 482-11, el deponente premiado señala un encartado como la persona promotora del acto de muerte y que se *encontraba presente reunido*, junto con otros individuos dirigiéndoles, sin embargo la persona que marcaba como cabecilla e instigador estaba detenido en un centro penal, por lo que fue declarado *mendaz por que no era posible que un sujeto que estaba detenido por varios años, se encontrara a su vez orientando una proposición para delinquir en libertad*; también en el mismo caso que se comenta el declarante aseguró que *se habían utilizado solo una arma de fuego tipo carabina*, pese a que portaban otros sujetos un revólver y una pistola tres cincuenta y siete pero que estas no se emplearon; según la prueba balística los casquillos encontrados corresponden al calibre 9mm y este análisis pericial no hace aclaraciones sobre las armas que utilizan tales calibres y en el cotejo del reconocimiento del cadáver y la autopsia resulta que la persona efectivamente poseía dos orificios producto de disparos de arma de fuego, pero también tenía seis heridas provocadas con objeto contuso y dos heridas con arma blanca; más que divagaciones de un testigos son hechos esenciales que requieren de una aclaración por otros fuentes probatorias o en su caso el testigo, es como se dijo en la sentencia definitiva (sic).. **“bergante bizarro y mendaz...”**.

Fenómeno que también se presentó en el proceso 47-2009 en la que se dijo sic.. “que de acuerdo a la fecha de ejecución del delito (10 de mayo 2007) que una persona denominada como WAY, fue puesto en libertad el veintiséis de mayo de dos mil siete y lo ubica en reuniones previas al homicidio cuando este sujeto aun guardaba detención; en la misma causa penal se presentó entre uno de los casos de homicidio, el declarante osado aseveró que a una niña, un sujeto le pegó un balazo a la altura de la cabeza, sin embargo de las osamentas encontradas y examinadas no evidencia trauma alguno, con el agregado que el cráneo de la víctima estaba segregada del cuerpo sin ningún trauma...”.

Otro de los testigos delatores que incurrió en falsedades fue en el proceso marcado 191/2014 y por ello se reiteró la advertencia sic... “es evidente que la persona beneficiada con criterio de oportunidad, abusó del privilegio procesal en forma maliciosa, utilizándolo como medio de sortear la persecución penal en su contra, ofreciendo información que en apariencia esclarecía la comisión de tres casos de homicidio, y develaba la estructura de una aparente agrupación criminal, pero que se ha concluido, en razón de las múltiples incongruencias, que se trata de información falsa..” resultado un testimonio, “ineficaz para la investigación y para el plenario”.

En el proceso antes citado para que se le autorizara el criterio de oportunidad, se adujo que el imputado en forma voluntaria se presentó a una sede policial porque recibió un atentado contra su vida en fecha 14 de octubre de 2013, y un día antes había salido en libertad, pero al confrontar la información aportada por el declarante, con los registros de las distintas detenciones, se revelaron incoherencias que impactaron en la confiabilidad de ese testigo, puesto que este fue detenido el día 22 de noviembre de 2011 y se mantuvo en esa condición hasta el 20 de febrero de 2014, pretendiendo embaucar sobre los actos de violencia que recibió y la supuesta libertad en la que se encontraba, más grave aún porque se constató que el ministerio fiscal solicitaba el criterio de oportunidad para ese sujeto el día 16 de mayo de 2013 y se concedió hasta febrero de 2014; pese a todo ello dicho criminal aseveraba que recibió órdenes o coordinaciones para cometer hechos delictivos en una reunión o “meeting, donde todos los integrantes estaban presentes celebrado el día 17 de septiembre de 2013.

Otra aparente falsedad que se certificó para que se investigara en la causa 5-2011, por que se acusó a un imputado de quince procesados, donde se probó con el informe de registro de Control Migratorio que este ingresó deportado de los Estados Unidos de Norte América, doce días después de haberse cometido el supuesto hecho delictivo, lo cual hacía imposible que este sujeto pudiese estar preparando o cometiendo la acción delictiva...

No puede dejarse de rememorar la decisión del Tribunal Tercero de Sentencia, emitida el día 21 de Enero de 2009, en el proceso marcado como 258-08, donde se juzgó a treinta imputados por delitos de privación de libertad, homicidios y agrupaciones ilícitas, sentencia que en forma reiterada se afirmaba sic.. *“con todos esos reparos no puede el tribunal confiar que en este caso, diga la verdad, por cuando sus aseveraciones que él hace, no hay forma de constatación, se debe creer en él para acreditar... que esos sujetos cometieron esos hechos y no otras personas; y lo expresamos nuevamente el tribunal por todos los vicios que presenta la declaración, tanto en su contenido como su persona y en el interés para declarar no confía en sus aseveraciones, por ende no podemos confiar que diga la verdad respecto de esta imputación...”*... *siguen relatando los sentenciadores como podemos confiar como lo*

hemos venido diciendo en declaraciones de un testigo con semejantes inconsistencias y contradicciones, por ello reafirmamos lo que hemos expresado a lo largo de la presente que las declaraciones...- del testigo premial- no son confiables, no gozan de nuestra credibilidad, por todas las razones argumentadas”; cuestionan los juzgadores la persona del testigo y el contenido de sus declaraciones, porque es mendaz.

El gazapo descrito que más que un escurrir procesal, fue un franco descuido de origen en la investigación donde la indagación policial y fiscal no tuvieron el tino mínimo de verificar las situaciones o estatus de todos los procesados, que se llevó de encuentro el criterio del juzgador a la hora de valorar la información del testigo bergante con criterio de oportunidad⁵²¹.

4) Credibilidad hacia el testigo delator⁵²²

Sin embargo no todo es vara/palo hacia una persona que es un delincuente confeso con la calidad de delator, en beneficio sus soplidos hacia el sistema penal, al desembuchar sucesos, que sin sus locuciones naufragaría la epopeya de acercarse a la verdad, por ello también el proceso penal 88/2014, en la que el privilegiado imputado fue fundamental al señalar donde estaban enterradas sus víctimas , la intervención de sus secuaces en las cruentas muertes y el grupo pandilleril al que pertenecía, se consideró con plena eficacia sus afirmaciones, las que se confirmaron con otro tipo de pruebas, condenando a quince personas; idéntica circunstancia devino en la causa 109/2014, el testimonio del arrepentido fue fundamental para sostener otra condena de aproximadamente veinte procesados.

Pero existen otro proceso 434/2011 donde se conoció el delito de secuestro en el que la declaración del testigo delator fue la columna vertebral para complementar el resto de información brindada por las víctimas u ofendidos y se fortaleció con la investigación policial; en este contexto el testigo delator mantiene su eficacia al confirmarse sus aseveraciones con informaciones diferentes a su dicho.

Experiencia que se repite parcialmente en el proceso marcado 438 acum.507/2012 donde se enjuicio el delito de homicidio en dos personas donde se le dotó de credibilidad parcial a este participante delincencial en el delito, por ser uno de los ocho sujetos que intervinieron en la muerte de dos personas de género diferente, el único reparo es que en este caso, se pudo recurrir a una investigación convencional para lograr el descubrimiento de todos los acusados, pero la observación más relevante es que el testigo premiado fue uno de los artífices o principales en la muerte de las personas aludidas.

.....
⁵²¹ (sic)... “ Finalmente, es oportuno señalar que esta Sede se ha pronunciado de forma reiterada sobre las cautelas que debe tener el sentenciador a la hora de ponderar la declaración de los coimputados criteriados o colaboradores-delatores como se les suele llamar, verbigracia: “...en el caso del partcipe arrepentido es indispensable la valoración exhaustiva de la credibilidad de su dicho, a partir de su condición personal dado su interés de excluirse del juzgamiento penal, conclusión a la que también se abona mediante el cotejo de su relato con el resto de elementos probatorios disponibles...”. (329-CAS-2011 SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: San Salvador, a las diez horas y treinta minutos del día cinco de noviembre de dos mil catorce.)

⁵²² (Sic)... “Claro que, es indispensable la valoración exhaustiva de la credibilidad de su dicho, a partir de su condición personal dado su interés de excluirse del juzgamiento penal, por ello es exigible que las declaraciones de arrepentidos sean corroboradas por otros medios de prueba...”. (SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: San Salvador, a las ocho horas y quince minutos del día diecisiete de enero de dos mil catorce...218-cas-2012.)

No menos importante es lo acontecido en el proceso 101-2014, donde al testigo se le otorgó credibilidad parcial por haberse juzgado a 25 personas, alternamente en cinco casos de homicidio y agrupaciones ilícitas en la que se recomendó sic.. “por las contradicciones del testigo, alteración de roles, discrepancia con la prueba pericial y testimonial, no existe certeza de la forma como se desencadena éste delito, principalmente cuando se inmedió a un testigo de descargo que si bien asiente las circunstancias de muerte de una persona, el lugar de ejecución y como autor al testigo protegido, ponen en vilo la credibilidad del testigo llamado de la corona, que a pesar de su intento por ser conteste con la acusación, la ausencia de un verdadero y consiente trabajo de investigación termina impactando en el resultado de la decisión; por lo tanto se motiva no solo al Ministerio Público Fiscal, sino a las partes en general que realicen una actividad de indagación responsable, para no dejar eslabones sueltos que permitan cuestionar la labor de investigación, con mayor énfasis al ente Fiscal...” en este proceso se acredita que el agente fiscal había entrevistado a un testigo diferente al delator y le indicaba que debía señalar a una persona en particular y de no hacerlo su declaración la rechazarían, lo cual acentuó la desconfianza hacia el testigo con criterio de oportunidad, al evidenciar que se había manipulado su testimonio en ese caso de homicidio en particular.

En el mismo proceso 5-2011 se le dotó de credibilidad en relación al delito de agrupaciones ilícitas porque palmariamente describía reglas, estructura, liderazgos, miembros ejecutivos, colaboradores de una cancha, clica o gengla, sus reglas, aspectos temporales, lo cuales tuvieron corroboraciones de los lugares o domicilio de cada uno de los encartados en los que se evidenciaba pertenencia o agrupamiento con finalidades delictivas; las inspecciones corporales de cada uno de los imputados un aproximado de 30 sujetos se les visualizaba señas, tatuajes, signos alusivos no solo a la pandilla, sino las expresiones o apologías a delitos cometidos, estas últimas por sí sola son prueba de una preferencia como cualquier grupo de otra naturaleza, sin embargo al verificarse con la información del testigo delator adquirirían mayor convicción para declarar ilícito a ese conglomerado de individuos a tenor del art.345 Cpn, el cual en esa época no estaba reformado, no se aplicó la Ley de Proscripción de Pandillas u otro grupos de exterminio, porque el proceso inició o se promovió la acción penal antes de la vigencia de la misma

5) Testigo de referencia

Sobre el testigo de referencia nuestra legislación adjetiva lo reconoce excepcionalmente en el art. 220 sigs., porque se ve sometida a su confiabilidad y necesidad, en este tópico en muchos procesos ni quiera se discute en la admisibilidad de la prueba este tipo de testimonio y es hasta la vista pública donde los litigantes contradicen la inobservancia de los requisitos de esta prueba, y aun cuando se trata de co-imputados con el beneficio del criterio de oportunidad, que fue admitido como testigo presencial de los hechos para a la hora de rendir su testimonio resulta ser un testigo de referencia hasta terciario que si bien no puede ser rechazado *in limine*, el testimonio de estas personas, pero los coloca en ser doblemente desconfiable.

Debe tenerse claro que el testimonio de referencia es de carácter subsidiario⁵²³ y solo debe ser utilizado cuando resulte imposible poseer prueba directa, lo cual puede ser aplicable con el testigo en análisis pero con transparencia la discusión en la audiencia preliminar donde se delimite en que hechos el testigo es directo y cuales es de referencia.

.....
⁵²³ “Debe ser excepcional, porque solo es posible cuando no es posible la prueba directa, a fin de potenciar los principios de contradicción, oralidad e inmediatez como garantías inherentes al derecho a un proceso justo o debido”; Vid. CLIMENT DURAN, Carlos, Pág. 168.

En el siguiente caso el testigo resulta ser de referencia y se desconoce si es primario o secundario, 5-2011 el testigo con criterio de oportunidad expresó (sic)... "no sabe quiénes le quitaron la vida porque no estuvo cuando dispararon, no vio quien le disparo... no sabe quien portaba el arma...", pese a que antes había descrito alrededor de cuatro personas que supuestamente habían estado en el lugar de muerte y no se aclaró como adquirió el conocimiento dicho testigo.

Idéntica circunstancia se presentó en el proceso 170-2014, donde el testigo delator fue admitido como prueba directa, pero en uno de los casos conocidos, éste afirmó que uno de los ejecutores del homicidio le comentó lo sucedido, sin embargo al cotejar sus aseveraciones e incidencias, se determinó que no conocía al sujeto quien había supuestamente ordenado el homicidio y que los hechos se los contaron cuando estaba detenido con uno de los aparentes ejecutantes, evento que tampoco fue corroborado. (267-211./482-211).

IV. Conclusión

Un imputado a quien el Estado le está otorgando una prerrogativa, para no ser perseguido o castigado, a cambio de información que brinde para una investigación o resolver hechos delictivos eficazmente, se instaura una legitimidad por sus eficacia, donde se obtiene un acuerdo razonablemente y proporcionalmente para renunciar a perseguir a un delincuente bajo la perspectiva futura de colaboración al delatar a todos sus secuaces y las incidencias delictivas que ese forajido a conocido.

Por tal razón al conceder un premio de esa envergadura debe ser lo más riguroso, inflexible, y escrupuloso sobre la persona a quien se le brindará así como de la información sobre los sucesos que esclarecerá, no es para menos el art.20 CPP, prescribe los requisitos formales para concederlo y ninguna autoridad puede sortearlos so pretextos de la eficacia o la emergencia para resolver los casos en investigación.

De los casos descritos que son solo una muestra de lo que acontece con este tipo de sujetos es que en la mayoría de ellos no se ha sido riguroso en el examen de su personalidad por los entes fiscales ni en el control judicial de autorización sobre el criterio de oportunidad, puesto que se observa muchas circunstancias que hacen concluir que al testigo delator se le ha tratado con paños tibios al grado de faltar el respeto a los representantes del Fiscal General de la República, modificar a su antojo las versiones de los acontecimientos que supuestamente estaba desenmarañando, aún con la circunstancia de alterar incriminaciones que denotaban que el testigo estaba insatisfecho con algunos tratos o falta de atención a sus requerimientos, en este contexto se deduce que la persona a quien se le ha otorgado criterio de oportunidad pierde la perspectiva que sigue siendo un imputado y se ubica que es un testigo sin ninguna condición y exige como si fuese un ciudadano honorable sin ningún reproche; también los acuerdos no constan en las diligencias respectivas o al menos en la fase de sentencia en la mayoría de casos se ignora el tipo de acuerdos o la condiciones que constan en los mismo y solo se envían la confesión extrajudicial en algunos casos, la entrevista del sujeto delator, la autorización del criterios de oportunidad, el acta de audiencia y la resolución respectiva no hace alusión a los pacto y su alcance, lo cual impacta en el desconocimiento sobre el mismo y las exigencia del respectivo delincuente que a futuro es un testigo y que debe ser tratado con las misma reglas.

Todos estos aspectos son esenciales a la hora de valorar el testimonio de un testigo de esta naturaleza, es interesado, *in limine* su versión se vuelve desconfiada, por ello es necesario conocer en forma completa todas las incidencias sobre esta persona, para que las autoridades que puedan tener contacto o relación conozcan efectivamente con quien están tratando y los alcances del convenio.

También no hacer descansar solo en el testimonio de estos individuos la investigación o hacerlo gozar de prerrogativas que no se merecen; las averiguaciones deben de agotar todos los medios convencionales y dejar como último reducto a los delincuentes como fuente propia de indagación, por lo que esta suerte excepcional, imperativamente es necesario que existan informaciones distintas a la del confidente.

Sin embargo ha quedado demostrado que en la práctica el vector único es el testigo con criterio de oportunidad que en algunos casos ha dado resultado subordinando a su exclusiva credibilidad, pero a resultado insuficiente e inútil para muchos procesos, lo que hace sugerir fortalecer otro tipo de pruebas e implacable con la investigación, aún con las debilidades institucionales que se posea.

Tampoco se puede obviar que la realidad hacia un grupo, conglomerado, asociación o banda delincencial se vuelve importante esta fuente de prueba, pero no única, sin embargo tampoco se puede sortear recomendar que un testigo de la corona, premial, arrepentido o soplón, no es principio justificativo para apilar casos en un solo proceso que provocan un gerenciamiento inadecuado desde la investigación, soslayando todo tipo de sistematicidad al grado de cometer yerros graves de sostenibilidad de versiones de hechos, por la falibilidad de la memoria, alteraciones de sucesos, mendacidad, actas mal elaboradas, concentración de audiencias en una cantidad de sujetos inmanejables o con serias dificultades que someten a todo el sistema de persecución y el andamiaje se vuelve exiguo; ante esas dificultades es preferible la univocidad de la investigación en su calidad y no la extenuada, sofocante, e infinita idea de averiguación de delitos que los une una sola persona y que forman expedientes que borran toda idea de oralidad, intermediación, contradicción que gozan los procesos penales y se convierten a los fiscales y jueces en tramitadores de expedientes más que administradores directores o coordinadores de investigaciones o en su caso de justicia, lo cual a la postre demuestra una debilidad no solo del órgano judicial sino del sistema penal en su conjunto, lo cual es grave, porque revela que no se está en la línea correcta y se incurre en impunidad, no solo para la víctimas sino para los mismo victimarios y el único con ganancia es un facineroso que el Estado lo protegió y le otorgó un perdón pero provoco un impacto más grave para el Estado.

Reflexión necesaria para que sirva de un ápice de consideración ante el eventual desbordamiento del uso del testigo que colabora con la investigación con la toga de delincuente arrepentido y la sostenibilidad de su testimonio en el proceso penal.

También no está por demás recomendar la modificación de los arts. 20, 258, 259 y el capítulo de la prueba testimonial, donde sistemáticamente se reconozca que si bien es un imputado condicionado a un testimonio eficaz, se le trate como testigo con todas las consecuencias para éste; así mismo reformar los arts. 305 o 306 CP, que regulan el falso testimonio y fraude procesal respectivamente y en el supuesto que estas personas incurren en falso testimonio o ya

no quieran colaborar, no solo respondan por el delito en comento sino por fraude procesal, así como por los delitos que se inició su procesamiento, para que realmente la presidencia de la acción penal, por la colaboración que otorga un co-imputado, no sea un cheque en blanco, en la que estos sujetos puedan estarse beneficiando con prerrogativas, pero siempre controlándolos o en su caso si solo es parcial, tal como lo dispone el art. 20 CPP que se escaloné la pena conforme al procedimiento abreviado, pero buscando la manera que estos sujetos verdaderamente queden ligados al sistema penal y se sometan a criterios correctivos adecuados y no se brinde el mensaje que se está abriendo la puerta para que cualquiera de ellos piense pueda entrar y salir las veces que quiera o buscar un arrepentimiento falso, para seguir delinquiendo.

Bibliografía

- 📖 ANDRÉS MUÑOZ, Perfecto. Textos de apoyo para “La Valoración de la prueba en el proceso penal”. Consejo Nacional de la Judicatura.
- 📖 CAFFERATA NORES, José I: “La Prueba en el Proceso Penal” edit. Lexis Nexis Depalma, Quinta Ed.
- 📖 CLIMENT DURAN, Carlos; La Prueba Penal, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- 📖 WASHINGTON ABALOS, Raúl, Derecho Procesal Penal, Tomo II
- 📖 VALLEJO, Manuel Jaén. Los principios de la prueba en el proceso penal español, Pág. 15, apuntes de Derecho Penal.
- 📖 SÁNCHEZ ESCOBAR, Carlos Ernesto, Díaz Castillo Marco Tulio, Sergio Luis Rivera Márquez. “Reflexiones sobre el Nuevo Proceso Penal” Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, 2009.
- 📖 CASADO PÉREZ, José María. “La Prueba en el Proceso Penal Salvadoreño”. Editorial Lis, 2000, Corte Suprema de Justicia, Proyecto de Asistencia a los Juzgados de Paz.

● LA REGLA DE EXCLUSIÓN EN EL SISTEMA ESTADOUNIDENSE (CRÓNICA DE UNA MUERTE ANUNCIADA)

Manuel Miranda Estrampes

Sumario

I. Exclusionary rule doctrine. I.1. Origen: Weeks v. U.S. I.2. Extensión de su aplicación a los Estados federados: Mapp v. Ohio. I.3. Aplicación a las violaciones del derecho a no declarar contra sí mismo (V Enmienda): Miranda v. Arizona. I.4. Fundamento infraconstitucional: efecto disuasorio (deterrent effect). I.5. Sujeto activo de la violación de los derechos constitucionales: los agentes policiales. I.6. Legitimación (Standing rule). I.7. Procesos en donde no es de aplicación. II. Excepción a su eficacia directa. Good faith exception: del caso Leon al caso Herring. III. Eficacia refleja: the fruit of the poisonous tree doctrine. III.1. Origen y aplicación: Silversthorne Lumber Co., Inc. v. U.S. III.2. Excepciones. III.2.1. Excepción de la fuente independiente (independent source doctrine): U.S. v. Crews. II.2.2. Excepción del nexo causal atenuado (attenuated connection doctrine o purged taint): Wong Sun v. U.S. II.2.3. Excepción del descubrimiento inevitable (inevitable discovery o hypothetical independent source doctrine): Nix v. Williams. IV. Desmantelamiento de la exclusionary rule: Hudson v. Michigan.

I. Exclusionary rule doctrine

I.1. Origen: Weeks v. U.S.

La doctrina de la exclusionary rule consiste en la exclusión de aquellas evidencias obtenidas durante la investigación penal con vulneración de derechos constitucionales. Dicha doctrina fue creación de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos. En su origen su elaboración apareció estrechamente vinculada con la IV Enmienda de la Bill of Rights. Enmienda que prohíbe los registros y detenciones arbitrarias o irrazonables, esto es, sin la concurrencia de causa probable. Según la jurisprudencia estadounidense la exigencia de causa probable significa una probabilidad bastante (fair probability) de que se haya cometido el delito y de que pruebas, vestigios o indicios del mismo puedan ser hallados en un determinado lugar y/o en poder del detenido⁵²⁴.

La doctrina estadounidense suele citar como origen de la exclusionary rule la decisión dictada en el caso Boyd v. U.S.⁵²⁵, del año 1886. En la misma, la Corte Suprema conectó la exclusionary rule con la IV y la V Enmienda –que reconoce el derecho a la no autoincriminación forzada (privilege against self-incrimination)-, en un supuesto de aportación forzosa de documentos y papeles privados para ser usados como prueba en contra de quien fue obligado a ello. La Corte estimó que dicha aportación forzosa vulneraba ambas Enmiendas.

⁵²⁴Vid. THAMAN, S. C., “Verdad o legalidad: los límites del blanqueo de pruebas ilegalmente recogidas en un Estado de Derecho”, Derecho Penal y Criminología, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Vol. 30, nº 89, 2009, Universidad Externado de Colombia, pág. 135, nota 89. También PIZZI, W. T., Juicios y mentiras. Crónica de la crisis del sistema procesal penal estadounidense, Edit. Tecnos, Madrid, 1999, pág. 56, quien nos dice que según la jurisprudencia existe causa probable cuando los hechos y circunstancias son suficientes para fundar la creencia razonable del agente en que la persona arrestada había cometido un delito. En la jurisprudencia puede verse los casos: Brinegar v. U.S., 338 U.S. 160 (1949); Ybarra v. Illinois, 444 U.S. 85 (1979); Maryland v. Pringle, 540 U.S. 366 (2003).

⁵²⁵116 U.S. 616 (1886).

No obstante, existe amplio consenso en señalar la decisión dictada en el caso *Weeks v. U.S.*⁵²⁶ del año 1914, como el verdadero origen de la exclusionary rule, conectada con la IV Enmienda. En la misma se estableció la inadmisibilidad, en los procesos penales federales, como pruebas incriminatorias de la correspondencia epistolar, notas y otros documentos privados confiscados al acusado –por un delito de juego ilícito- en un registro domiciliario practicado por la policía federal sin la preceptiva autorización judicial, y cuya devolución le había sido denegada judicialmente, sobre la base de que su no devolución y, por consiguiente, su incorporación y posterior valoración como prueba en el proceso implicó una vulneración de la garantía constitucional proclamada en la referida IV Enmienda de la Bill of Rigths.

En dicha decisión la Corte Suprema afirmó de forma contundente que:

“[...] the Fourth Amendment barred the use of evidence secured through an illegal search and seizure”.

Con arreglo a dicha doctrina, la IV Enmienda prohíbe el uso de evidencias obtenidas a través de un registro y allanamiento ilegal. No obstante, la aplicación de la exclusionary rule no conllevó automáticamente la absolución del acusado sino la nulidad del juicio y el reenvío para la celebración de uno nuevo donde no podría practicarse la prueba cuya exclusión fue acordada.

En la decisión dictada en el caso *Rochin v. California*⁵²⁷, se aplicó la exclusionary rule con fundamento en el derecho al debido proceso consagrado en la XIV Enmienda (Due Process Clause), como respuesta frente a la gravedad de la actuación policial. El supuesto de hecho fue el siguiente: el sospechoso Rochin se tragó varias cápsulas de droga (morfina) para deshacerse de las pruebas. La policía lo golpeó y saltó sobre su estómago en un vano esfuerzo para hacerle vomitar. Al no conseguirlo se lo llevaron a un hospital donde se instruyó a un médico para que le administrara un emético por la fuerza colocándole una sonda en el estómago. Como consecuencia de esto vomitó las capsulas y fue condenado sobre la base de la evidencia obtenida a partir del vómito. La Corte Suprema destacó la gravedad de la actuación policial, ante lo cual y, precisamente por no entrar en juego la IV Enmienda, buscó cobertura constitucional en la referida XIV Enmienda para excluir la evidencia obtenida. La Corte censuró duramente los métodos utilizados por la policía, destacando que los mismos “golpeaban la conciencia” (shocks the conscience), y eran cercanos a los métodos de tortura medieval, por lo que acordó la exclusión de la evidencia obtenida.

I.2. Extensión de su aplicación a los Estados federados: *Mapp v. Ohio*

En su origen la exclusionary rule se aplicó exclusivamente a las evidencias obtenidas por agentes federales para ser utilizadas en procesos penales federales.

En el caso *Wolf v. Colorado*⁵²⁸ se estableció que la regla de exclusión conectada con la IV Enmienda no era aplicable a los Estados por la vía del debido proceso (XIV Enmienda). En dicha decisión se autorizó a presentar en un proceso estatal pruebas que habían sido obtenidas de forma ilícita por agentes federales y que, por tanto, no podían utilizarse en el ámbito federal, pero sí en el estatal al no ser aplicable en este último la exclusionary rule.

.....
⁵²⁶ 232 U.S. 383 (1914).

⁵²⁷ 342 U.S. 165 (1952).

⁵²⁸ 338 U.S. 25 (1949).

Dicha decisión dio lugar a la conocida como doctrina de la bandeja de plata (silver platter doctrine) que permitía, también, a los agentes federales utilizar en un proceso penal federal aquellas evidencias obtenidas por agentes estatales en violación de la IV Enmienda.

La doctrina de la exclusionary rule sufrió un giro radical con la trascendental decisión dictada en el caso *Mapp v. Ohio*⁵²⁹, que sujetó a los Estados al cumplimiento de la garantía derivada de la IV Enmienda, como una exigencia de la XIV Enmienda. Los hechos analizados fueron los siguientes: la policía registró el domicilio de la Sra. Mapp mintiéndole sobre la existencia de una orden judicial de registro –que se comprobó que no existía-, en busca de un fugitivo que pretendidamente se había escondido en la casa, sospechoso de haber cometido un atentado. Durante el registro se incautaron de material obsceno y pornográfico, que se localizó en el sótano de la vivienda en el interior de un baúl, siendo acusada la Sra. Mapp de un delito de posesión de dicho material. La Corte Suprema excluyó las evidencias por haberse obtenido con vulneración de la IV Enmienda ante la inexistencia de autorización judicial para efectuar el registro. En dicha decisión se extendió la aplicación de la regla de exclusión, por la vía del debido proceso (Due Process Clause: XIV Enmienda) a los Estados, y se defendió, además, el fundamento constitucional de la regla de exclusión conectada con la IV Enmienda -aunque íntimamente ligada a la eficacia disuasoria (deterrent effect), a la que después haré referencia-.

En dicha decisión la Corte declaró que:

“We hold that all evidence obtained by searches and seizures in violation of the Constitution is, by that same authority, inadmissible in a state court”.

Con dicha extensión a los Estados se puso fin a la silver platter doctrine antes mencionada.

I.3. Aplicación a las violaciones del derecho a no declarar contra sí mismo (V Enmienda): *Miranda v. Arizona*.

En la decisión dictada en el caso *Miranda v. Arizona*⁵³⁰, del año 1966, la Corte Suprema extendió la exclusionary rule a los supuestos de obtención de evidencias con vulneración de los derechos consagrados en la V Enmienda. Dicha Enmienda consagra el derecho a no declarar contra sí mismo (privilege against self-incrimination). Los hechos, de forma resumida, fueron los siguientes: Ernesto Miranda fue detenido, en el año 1963, en la ciudad de Phoenix (Arizona) como autor de un delito de robo con violación. Durante su detención en las dependencias policiales firmó una confesión escrita reconociendo su participación en los hechos. No obstante, la Corte Suprema declaró inadmisibles dichas confesiones escritas argumentando que, para su validez, con carácter previo se le debieron leer sus derechos derivados de la V Enmienda. La Corte llega a afirmar que el fundamento constitucional del reconocimiento del privilegio a no declarar contra uno mismo hay que buscarlo en el respeto a la dignidad e integridad de los ciudadanos.

.....
⁵²⁹ 367 U.S. 643 (1961). Un comentario a dicha sentencia puede consultarse en FRIENDLY, F. W., y ELLIOT, M. J. H., *Frenos y contrapesos del poder. El ejemplo de los 200 años de la Constitución americana*, Ediciones Tesys y Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1987, págs. 175 y ss.

⁵³⁰ 384 U.S. 436 (1966). Una detallada descripción de los hechos que dieron lugar a esta decisión puede consultarse en MIJANGOS GONZÁLEZ, J., “La historia detrás del mito: a 45 años de *Miranda v. Arizona*”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, n° 33, 2012, México, pág. 191 y ss.

A partir de esta decisión se establecieron las conocidas como Miranda rules, en virtud de las cuales, en el momento de la detención, la policía debía informar inmediatamente al detenido de los siguientes derechos: 1) derecho a guardar silencio, 2) se le explicará que cualquier cosa que diga puede ser utilizada en su contra en el juicio, 3) derecho a llamar a un abogado y a que le asesore previamente y esté presente durante el interrogatorio y 4) derecho a que se le asigne un abogado de oficio si no tiene recursos para contratar uno. El incumplimiento de tales advertencias (Miranda warnings) hace que la confesión prestada durante la detención no pueda ser admitida como prueba de cargo en contra del acusado.

La Corte reconoció que el detenido podía renunciar a tales derechos, siempre y cuando dicha renuncia fuera consciente y voluntaria. Pero si en cualquier momento del interrogatorio el detenido solicita consultar a un abogado debe inmediatamente interrumpirse el mismo y darle la oportunidad de efectuar dicha consulta. El simple hecho de contestar a alguna de las preguntas no le priva del derecho a negarse seguir contestando a otras preguntas⁵³¹.

Con la decisión Miranda se sustituyó el tradicional test de voluntariedad para la admisión de una confesión por la fijación de un estándar mucho más exigente.

I.4. Fundamento infraconstitucional: efecto disuasorio (deterrent effect).

Como se ha expuesto con anterioridad, en su origen la exclusionary rule apareció directamente vinculada con la IV y la V Enmiendas, esto es, con un anclaje constitucional.

Junto a este fundamento constitucional, la decisión dictada en el caso *Elkins v. U.S.*⁵³² formuló, como fundamento complementario o de refuerzo, el principio de la integridad judicial (judicial integrity principle). Según dicho principio la regla de exclusión se basaría, también, en que la admisión de las evidencias ilícitamente obtenidas convertiría a los Tribunales en “cómplices” de la actuación ilegal llevada a cabo por la policía. Argumento que presenta un componente marcadamente ético.

No obstante, pronto la Corte Suprema abandonó dichos argumentos como fundamento de la exclusionary rule, iniciando un proceso de progresiva desconstitucionalización de la misma, esto es, de privación de su rango constitucional.

Dos son las decisiones que marcan de forma definitiva este cambio radical de orientación. Por un lado, la decisión dictada en el caso *U.S. v. Calandra*⁵³³ del año 1974, en donde se le atribuye

.....
⁵³¹Un amplio examen de la doctrina Miranda y de las decisiones posteriores puede consultarse en ISRAEL, J. H.; KAMISAR, Y.; LAFAYE, W. R., y KING, N. J., *Proceso penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica*, Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 2012, pág. 529 y ss.

⁵³²364 U.S. 222 (1960).

⁵³³414 U.S. 338 (1974).

naturaleza de simple remedio de creación judicial (judicial remedy), creado y diseñado para salvaguardar los derechos de la IV Enmienda generalmente a través de su efecto disuasorio sobre la futura conducta policial ilegítima, pero no como un derecho constitucional personal de la parte agraviada.

Por otro lado, en la decisión dictada en el caso U.S. v. Janis⁵³⁴, del año 1976, como aplicación de la doctrina de la ponderación de costos (balancing test), se declaró que “el principal propósito de la exclusión de las pruebas ilícitas, si no el único, es evitar las futuras conductas policiales ilícitas”. Y más adelante añadía que “la regla por la que se excluye la prueba obtenida en violación de la IV Enmienda, tiende a garantizar los derechos generalmente reconocidos en dicha Enmienda a través de un efecto disuasorio (de la violación misma) y no tanto como expresión de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada”.

Desde este nuevo enfoque, la exclusión de la prueba deja de formar parte del contenido esencial del derecho reconocido en la IV Enmienda y ya no tiene como finalidad reparar la violación constitucional ocasionada, al tiempo que se afirma que el uso posterior de la prueba ilícita en el proceso penal no genera una nueva violación constitucional.

En este marco discursivo, ciertamente aunque la exclusionary rule estaría vinculada con la IV Enmienda, sin embargo, se trataría de un simple remedio creado por la jurisprudencia cuya finalidad no es reparar violaciones constitucionales sino prevenir eventuales violaciones futuras que pudieran cometerse por los órganos encargados de la investigación penal. En otras palabras, el objetivo de la exclusionary rule es disuadir a los cuerpos y agencias policiales de actuar en el futuro al margen de las normas constitucionales, sancionándoles con la exclusión en juicio de las pruebas obtenidas inconstitucionalmente, eliminando en consecuencia el incentivo que pudiesen tener dichos cuerpos de actuar al margen de la ley⁵³⁵. La aplicación de la exclusionary rule envía un mensaje de advertencia (warning) a los cuerpos policiales, indicándoles que de realizar actuaciones contrarias a la Constitución las pruebas que así obtengan no podrán ser utilizadas para fundamentar una acusación penal. La exclusionary rule encierra, por tanto, una sanción –si se quiere, indirecta- a los agentes policiales que recaben evidencias violando las previsiones de la IV, V y VI Enmiendas, privándoles de toda eficacia probatoria⁵³⁶. Su aplicación no pretende, sin embargo, reparar a la víctima de la vulneración constitucional ni el daño causado con la misma.

.....
⁵³⁴428 U.S. 433 (1976).

⁵³⁵Como afirma MIJANGOS GONZÁLEZ, J., “La doctrina de la exclusionary rule en la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América”, Revista del Instituto de la Judicatura Federal, n° 31, 2011, México, págs. 214 y 216, la exclusionary rule se convierte en un remedio judicial creado por la Suprema Corte de los Estados Unidos, que imposibilita que la fiscalía introduzca en un juicio material probatorio que haya sido obtenido por agentes de policía u otros agentes gubernamentales sin atender a las normas procesales constitucionales.

⁵³⁶HAIRABEDLIÁN, M., *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, Edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, págs. 46-47.

Conforme a esta concepción, son razones puramente pragmáticas y utilitaristas las que sirven de fundamento para la aplicación de la exclusionary rule con la finalidad de evitar que la policía actúe ilícitamente en la obtención de pruebas⁵³⁷. Su fundamento se separa, por tanto, de toda base constitucional o incluso legal. La exclusión cumple así una finalidad meramente preventiva de ulteriores o futuras actuaciones policiales contrarias a la IV, V o VI Enmiendas. Por ello la Corte Suprema atribuye a dicha regla el carácter de medida profiláctica⁵³⁸. Como remedio (reparador) de creación judicial (jurisprudencial) la exclusionary rule estaría equiparada a otros remedios existentes como, por ejemplo, la imposición de sanciones penales o disciplinarias a los agentes policiales que llevaran a cabo actuaciones ilícitas o la reclamación civil por daños y perjuicios causados por la actuación ilegal, no solo al agente policial actuante sino al propio departamento policial al que perteneciera. Como afirma, en la doctrina estadounidense, SALAS CALERO, en la actualidad la regla es una opción a disposición del Tribunal, el cual tiene que sopesar, por una parte, los costos que conlleva su aplicación en la exclusión de pruebas relevantes, y por otra, su utilidad disuasiva en la prevención de futuros abusos⁵³⁹.

Por ello no resulta extraño que, en el marco de un debate doctrinal más amplio sobre la vigencia de la aplicabilidad o no de dicha regla, voces autorizadas de la doctrina estadounidense hayan cuestionado la propia aplicación de la regla de exclusión al afirmar que no está empíricamente comprobado que la misma tenga realmente la eficacia disuasoria de conductas futuras violatorias de derechos fundamentales (como las detenciones o registros ilegales) que se le atribuye⁵⁴⁰. Se critica, también, que su aplicación genera desconfianza en la sociedad hacia el propio sistema de justicia penal y los tribunales, y genera un alto coste en términos de descubrimiento de la verdad de los hechos⁵⁴¹.

.....
⁵³⁷FIDALGO GALLARDO, C., *"La regla de exclusión de pruebas inconstitucionalmente obtenidas en los Estados Unidos de América"*, Tribunales de Justicia, 5, mayo 2003, pág. 28.

⁵³⁸Caso Kansas v. Ventris, 556 U.S. 2009. En dicha decisión se estableció que las declaraciones inculpativas obtenidas con violación del derecho de defensa de la VI Enmienda podían utilizarse para impugnar la credibilidad de las declaraciones del acusado en el juicio oral. En relación con las advertencias Miranda, la decisión dictada en el caso Michigan v. Tucker, 417 U.S. 433 (1974), afirmó que se trataba de garantías o medidas profilácticas, pero no constituyen derechos protegidos por la propia Constitución.

⁵³⁹SALAS CALERO, L., *"Problemas modernos y complejos de la prueba en el proceso penal: últimas tendencias en Estados Unidos sobre las reglas de exclusión probatorias"*, en AA.VV., Prueba y proceso penal (Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado), Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 2008, pág. 473.

⁵⁴⁰Tesis que ya fue asumida y defendida por el que fuera Presidente de la propia Corte Suprema, el juez BURGER. En su opinión disidente mantenida en el caso Bivens v. Six Unknown Fed. Narcotics Agents, 403 U.S. 388 (1971), afirmó que: "There is no empirical evidence to support the claim that the rule actually deters illegal conduct of law enforcement officials".

⁵⁴¹Una posición crítica mantiene PIZZU, W. T., ob. cit., pág. 65 y ss., al denunciar los altos costes que para el sistema penal tiene la aplicación de la exclusionary rule. Dicho autor afirma: "Aunque no pienso que en realidad sea grande el número de acusados que eviten ser condenados por delitos graves a causa de la inadmisión de materiales probatorios, nos engañaríamos si pensásemos que el precio que pagamos por la regla de exclusión es irrelevante. La devaluación de la importancia de la verdad en nuestro sistema procesal comienza por la regla de exclusión. Un sistema de enjuiciamiento criminal en el que se inadmiten pruebas que contienen información fiable, obtenidas por agentes de Policía que actuaron de buena fe pero mediante actos que sólo a posteriori se declararon irrazonables, independientemente de lo irrelevante que puede haber sido la irregularidad cometida o lo grave que puede haber sido el delito o delitos cometidos, abandonando en consecuencia la pretensión de determinar de forma precisa la culpabilidad del acusado, tiene su orden de prioridades seriamente alterado. Los costos que una regla tan rígida supone para la honestidad y la integridad del sistema son enormes".

La verdad en el esclarecimiento de los hechos se erige en argumento nuclear para desmontar la aplicación de la exclusionary rule. Desde estas posturas críticas se defiende la utilización de otras respuestas y medidas alternativas a la actuación policial inconstitucional, como son la imposición de sanciones a los agentes policiales actuantes, y/o la responsabilidad civil de los propios departamentos policiales. Medidas alternativas que se considera presentan mayores ventajas y tendrían una mayor eficacia disuasoria sin provocar los altos costes sociales que derivan de la aplicación de la exclusionary rule. No obstante, lo cierto es que dichas medidas alternativas no dejan de presentar importantes dudas acerca de su eficacia real, por lo que su consideración como medidas alternativas a la aplicación de la regla de exclusión es altamente discutible⁵⁴².

Es cierto que este fundamento disuasorio o de desaliento genera, como efecto indirecto o secundario, un reforzamiento de los derechos reconocidos en las Enmiendas constitucionales, pero la regla de exclusión ya no es una garantía constitucional que deriva directamente del reconocimiento de tales derechos en la Bill of Rights, sino una medida de carácter meramente instrumental y, por tanto, de carácter subordinado⁵⁴³. Desde este enfoque, la protección de los derechos fundamentales pasa a un segundo plano pues lo realmente importante es la eficacia disuasoria de la regla de exclusión.

En coherencia con dicho fundamento la Corte Suprema Federal ha descartado la aplicación de la propia regla de exclusión cuando no se pueda alcanzar este efecto disuasorio o el mismo resulta ineficaz y/o innecesario. En otras palabras, cuando no hay deterrent effect no hay exclusionary rule⁵⁴⁴, o sin disuasión no hay exclusión. Este enfoque generó en la práctica judicial una notable limitación del ámbito de aplicación de la regla mediante el reconocimiento de excepciones a su eficacia directa, como desarrollaré más adelante.

1.5. Sujeto activo de la violación de los derechos constitucionales: los agentes policiales

La finalidad disuasoria de la exclusionary rule se predica exclusivamente de los agentes policiales, no de los particulares. De ahí que la Corte Suprema haya descartado su aplicación cuando la conducta inconstitucional es realizada por particulares (caso *Burdeau v. McDowell*⁵⁴⁵). Esta no aplicación tendría su excepción en aquellos casos en que los particulares actuaran como un mero instrumento de los agentes del Estado (*longa manu*), o con su participación o conocimiento (*Coolidge v. Hampshire*⁵⁴⁶).

En el caso *U.S. v. Jacobsen*⁵⁴⁷ la Corte Suprema destacó que la protección dispensada por la IV Enmienda solo operaba frente a las actuaciones gubernamentales, no cuando los registros

.....
⁵⁴²Vid., en este sentido, MIJANGOS GONZÁLEZ, J., "La doctrina...", ob. cit., págs. 221-222; SALAS CALERO, L., "Problemas modernos...", ob.cit., pág. 496-497.

⁵⁴³DÍAZ CABIALE, J. A., y MARTÍN MORALES, R., *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Edit. Civitas, Madrid, 2001, pág. 77.

⁵⁴⁴DÍAZ CABIALE, J. A., y MARTÍN MORALES, R., "La teoría de la conexión de antijuridicidad", *Revista Jueces para la Democracia. Información y Debate*, núm. 43, 2002, pág. 42.

⁵⁴⁵256 U.S. 465 (1921).

⁵⁴⁶403 U.S. 443 (1971).

⁵⁴⁷466 U.S. 109 (1984).

(search and seizure) son llevados a cabo por particulares, siempre que no actúen como agentes del Gobierno o con su participación o conocimiento. El supuesto examinado, sintéticamente, fue el siguiente: durante el examen de un paquete postal dañado, consistente en una caja de cartón envuelta en papel de estraza, los empleados de una compañía de transporte privado observaron un polvo blanco en el interior de una serie de cuatro bolsas de plástico que se habían escondido en un tubo dentro del paquete. Los empleados notificaron dicho dato a la Drug Enforcement Administration (D.E.A.), y colocaron las bolsas de plástico en el tubo, y pusieron el tubo en la caja. Cuando un agente de la D.E.A. llegó, quitó el tubo de la caja y las bolsas de plástico del tubo, y vio el polvo blanco, por lo que abrió las bolsas, sacó un rastro del polvo, la sometió a una prueba química de campo, y se determinó que era cocaína. Posteriormente, se obtuvo una orden judicial para localizar el lugar al que iba dirigido el paquete. Orden que fue ejecutada, y los acusados fueron arrestados. Los acusados plantearon una moción para suprimir la evidencia sobre la base de que la orden fue el producto de una requisita (registro) ilegal, que fue denegada, siendo juzgados y condenados. La Corte de Apelaciones revocó la condena, sosteniendo que el examen del contenido de la caja y del polvo blanco que contenía requería de una previa orden judicial. Sin embargo, la Corte Suprema Federal estimó, por el contrario, que el examen del contenido de la caja por parte de la policía y el test para determinar si el polvo blanco era cocaína no requería, en el presente caso, de una previa orden judicial, con arreglo a la IV Enmienda. La Corte estableció que las “invasiones adicionales de privacidad” llevadas a cabo por agentes estatales deben ser analizadas con arreglo al estándar del grado en que se excedió el ámbito del registro privado (the additional invasions of respondents’ privacy by the Government agent must be tested by the degree to which they exceeded the scope of the private search), llegando a la conclusión que en el presente caso no existió exceso por parte de los agentes estatales, por lo que la prueba podía incorporarse y valorarse.

Como nos advierte MIJANGOS GONZÁLEZ, dicha excepción no presenta un carácter anecdótico si tenemos en cuenta que una gran parte de la actividad de investigación es llevada a cabo por cuerpos de seguridad privados o investigadores privados. En estos casos, la exclusionary rule sólo entrará en juego cuando la actividad de dichos cuerpos de seguridad o investigadores privados se realice de forma conjunta o en colaboración con la de los agentes policiales⁵⁴⁸.

⁵⁴⁸MIJANGOS GONZÁLEZ, J., “La doctrina...”, ob. cit., pág. 220.

Tampoco se aplica la regla de exclusión cuando se trata de agentes policiales extranjeros y la prueba ilícita es obtenida fuera del territorio de EE.UU. Así se proclamó en la decisión dictada en el caso *U.S. v. Verdugo-Urquidez*⁵⁴⁹, en un supuesto de práctica de un registro, sin autorización judicial, en el domicilio en México del acusado, nacional y residente en dicho país, quien fue entregado por las autoridades mexicanas a agentes de la D.E.A. por tráfico de drogas. La Corte Suprema no aplicó la regla de exclusión pues la obtención de la evidencia tuvo lugar fuera del territorio nacional estadounidense, por agentes mexicanos.

I.6. Legitimación (Standing rule)

Con arreglo a la doctrina de la Corte Suprema la exclusionary rule solo puede ser invocada por el propio titular del derecho fundamental violado, no por terceros que sean simplemente perjudicados por la incorporación de la prueba obtenida ilícitamente. Doctrina aplicada, entre otros, en los casos *Jones v. U.S.*⁵⁵⁰ y *Alderman v. U.S.*⁵⁵¹.

En el citado caso *Alderman* la Corte Suprema afirmó que: *"The deterrent values of preventing the incrimination of those whose rights the police have violated have been considered sufficient to justify the suppression of probative evidence even though the case against the defendant is weakened or destroyed. We adhere to that judgment. But we are not convinced that the additional benefits of extending the exclusionary rule to other defendants would justify further encroachment upon the public interest in prosecuting those accused of crime and having them acquitted or convicted on the basis of all the evidence which exposes the truth"*⁵⁵². En definitiva, descarta la ampliación de los beneficios derivados de la extensión de la regla de exclusión a los demás acusados, no titulares del derecho fundamental violado, en virtud del interés público existente en la persecución penal y en la utilización de todas las pruebas que permitan constatar la verdad de las acusaciones formuladas en su contra. Refuerza dicha conclusión señalando que los derechos consagrados en la IV Enmienda son derechos personales y no pueden ser invocados por terceros.

En el caso *Rakas v. Illinois*⁵⁵³, aplicando dicha doctrina, no se reconoció legitimación a los ocupantes de un vehículo para cuestionar la legalidad del registro del mismo, pues no acreditaron ninguna propiedad o interés posesorio sobre el turismo, ni tenían una legítima expectativa de intimidad en los lugares registrados (guantera del vehículo y debajo de los asientos), en donde se localizaron una caja con proyectiles y una escopeta recortada.

Para la Corte Suprema sólo la propia "víctima" del registro ilegal, esto es, quien sea titular de los derechos reconocidos en la IV Enmienda, está en condiciones de cuestionar su legalidad y solicitar la exclusión de las evidencias obtenidas⁵⁵⁴.

.....
⁵⁴⁹ 494 U.S. 259 (1990).

⁵⁵⁰ 362 U.S. 257 (1960).

⁵⁵¹ 394 U.S. 165 (1969).

⁵⁵² Añade la Corte que: "Fourth Amendment rights are personal rights which, like some other constitutional rights, may not be vicariously asserted".

⁵⁵³ 439 U.S. 128 (1978).

⁵⁵⁴ *Jones v. United States*, 362 U.S. 261 (1960).

I.7. Procesos en donde no es de aplicación

La Corte Suprema ha declarado la no aplicación de la exclusionary rule a los procesos civiles así como a los siguientes procedimientos:

- i) Procesos tributarios (U.S. v. Janis⁵⁵⁵).
- ii) Procedimiento ante el Grand Jury (U.S. v. Calandra⁵⁵⁶).
- iii) Procedimientos de revocación de libertad condicional (Pennsylvania Board of Probation and Parole v. Scott⁵⁵⁷).
- iv) Procedimientos federales de habeas corpus (Stone v. Powell⁵⁵⁸).

Por el contrario, sí que se ha admitido su aplicación en los procesos de decomiso de bienes procedentes de una previa infracción penal (One 1958 Plymouth Sedan v. Pennsylvania⁵⁵⁹).

Puede concluirse que la regla de exclusión tiene su ámbito natural de aplicación en los procesos penales y no en otros de distinta naturaleza.

II. Excepción a su eficacia directa. Good faith exception: del caso Leon al caso Herring.

La Corte Suprema ha admitido la no aplicación de la exclusionary rule cuando la actuación policial se llevó a cabo de buena fe. Dicha excepción es tributaria del propio fundamento de la exclusión, de tal modo que de no cumplirse la finalidad disuasoria la exclusión no debe ser objeto de aplicación. Excepción que en la práctica es la que más veces ha sido objeto de invocación y aplicación por parte de la Corte Suprema.

Según dicha excepción, cuando los agentes policiales hubiesen actuado de buena fe, en la creencia razonable de que su actuación se ajustaba al ordenamiento jurídico y no implicaba una violación constitucional⁵⁶⁰, la exclusionary rule no debía ser aplicada pues en estos casos no cumple una finalidad disuasoria (deterrent effect).

En todo caso, como criterio limitativo, su aplicación requiere que el Ministerio Fiscal acredite suficientemente que cualquier policía con experiencia profesional hubiera actuado de forma similar en circunstancias parecidas, esto es, que cualquier policía en un futuro actuaría de la misma forma.

Los casos en que dicha excepción ha sido objeto de aplicación pueden clasificarse de la siguiente forma:

-
- ⁵⁵⁵ 428 U.S. 433 (1976).
 - ⁵⁵⁶ 414 U.S. 338 (1974).
 - ⁵⁵⁷ 524 U.S. 357 (1998).
 - ⁵⁵⁸ 428 U.S. 465 (1976).
 - ⁵⁵⁹ 380 U.S. 693 (1965).

⁵⁶⁰ "When the police act with an objectively "reasonable good-faith belief" that their conduct is lawful".

i) Actuación policial llevada a cabo bajo la cobertura de una ley declarada inconstitucional con posterioridad (caso *Michigan v. DeFillippo*⁵⁶¹; *Illinois v. Krull*⁵⁶²).

ii) Actuación policial al amparo de un precedente jurisprudencial vinculante que, con posterioridad, es anulado (*Davis v. U.S.*⁵⁶³).

iii) Cuando la actuación policial ilícita tiene su origen en errores judiciales. Supuesto que es el que con más frecuencia se ha aplicado.

El leading case viene representado por la decisión dictada en el caso *U.S. v. Leon*⁵⁶⁴, en un supuesto en que la policía llevó a cabo un registro domiciliario basado en un mandamiento judicial que creía válido pero que posteriormente un Tribunal superior concluyó que había violado la IV Enmienda pues había sido emitido sin concurrir causa probable. A pesar de ello la Corte Suprema permitió la presentación de las pruebas obtenidas con ocasión del registro –ocupación de drogas– al estimar que la policía había actuado de buena fe, en la creencia objetivamente razonable de que su actuación estaba amparada por un mandamiento judicial legal, por lo que no podía predicarse una finalidad disuasoria de su exclusión. Se afirma en dicha decisión que la exclusionary rule, como remedio judicial, no está para sancionar errores de los jueces, sino sólo para prevenir actuaciones policiales futuras de carácter inconstitucional.

La Corte trató de fijar un estándar objetivo para la aplicación de dicha excepción, que contrarrestase una interpretación excesivamente subjetivista de la misma, exigiendo que la fiscalía acreditase de forma suficiente que cualquier policía capacitado y con experiencia hubiera actuado de la misma forma en similares circunstancias. A tal efecto, señala que la confianza del agente policial en la determinación de la causa probable y sobre la suficiencia técnica de la orden judicial que se emita debe ser objetivamente razonable. Por ello la Corte insistió en asegurar unos altos niveles de capacitación y profesionalización de la policía. A pesar de ello, no han faltado voces que denuncian que con dicha excepción se corre el riesgo de recompensar la ignorancia de la ley por la policía⁵⁶⁵.

También se aplicó dicha excepción en el caso *Massachusetts v. Sheppard*⁵⁶⁶, en un supuesto de investigación por asesinato en donde la orden de arresto y registro domiciliario que se expidió fue nula como consecuencia de un error judicial de anotación, pues el juez no incorporó a la orden de registro la lista de evidencias que debían ser incautadas (ropas de la víctima e instrumento contundente con el que fue golpeada) que si constaban en la solicitud policial, y erróneamente se mencionó que la misma era para incautar drogas.

.....
⁵⁶¹443 U.S. 31 (1979).

⁵⁶²480 U.S. 340 (1987).

⁵⁶³564 U.S. (2011).

⁵⁶⁴468 U.S. 897 (1984).

⁵⁶⁵En esta línea se pronunció el juez BRENNAN en su voto discrepante; añadiendo, también, como otro argumento en contra de la excepción, que su reconocimiento elimina el incentivo para los jueces de llevar a cabo un control cuidadoso de las solicitudes policiales, pues sus errores no tendrán ninguna consecuencia.

⁵⁶⁶468 U.S. 981 (1984).

Cabe mencionar el caso *Arizona v. Evans*⁵⁶⁷, en donde un agente policial, tras constatar vía informática que había una orden de detención contra el sospechoso por un delito menor, procedió a su detención y durante su cacheo encontró marihuana. Con posterioridad se descubrió que la orden de detención había sido anulada judicialmente pero nunca se había modificado el expediente judicial automatizado. La Corte Suprema permitió, no obstante, que se presentaran las pruebas en contra del acusado al estimar que, en este caso, la actuación policial se llevó a cabo de buena fe, con fundamento en una información basada en un error del propio personal judicial (clerk errors of court employees), al no haber actualizado el expediente judicial automatizado.

Sin embargo, la excepción de buena fe no opera cuando la policía oculta deliberadamente información o distorsiona o maquilla la información de que disponía al solicitar del juez la preceptiva orden de allanamiento o de registro (*Franks v. Delaware*⁵⁶⁸). Aunque, como pone de manifiesto la doctrina estadounidense, la policía rara vez admite que han violado las normas intencionalmente y pocas veces los jueces rechazan el testimonio de un policía cuando éste declara haber obrado de forma imprudente⁵⁶⁹.

iv) En el ámbito de las conocidas como reglas Miranda se ha inaplicado la exclusionary rule cuando las pruebas se obtuvieron con ocasión de una violación no deliberada o imprudente de dicha reglas. Tal fue el caso analizado en *U.S. v. Patane*⁵⁷⁰, en donde la policía inició la lectura de los derechos pero el detenido manifestó que ya los conocía y los agentes pararon la lectura, y al preguntarle por el lugar donde poseía ilegalmente una pistola indicó que la tenía en la habitación de su domicilio, lugar donde fue finalmente localizada. La Corte diferenció entre las declaraciones inculpativas “coaccionadas” o “forzadas” y aquellas obtenidas con infracción de las reglas Miranda. En relación con estas últimas declaró que el principio de la prohibición de la autoincriminación no se ve comprometido por la admisión como prueba del resultado obtenido mediante una confesión realizada de forma voluntaria aunque no se cumplieran las advertencias Miranda. Como consecuencia de ello descartó la exclusión de la evidencia física obtenida (el arma) con el argumento de que la confesión había sido realizada de forma voluntaria, aunque la información de derechos hubiera sido incompleta. Incluso se llega a afirmar, por el juez THOMAS –quien expresó el parecer del Tribunal-, que en los casos de falta de información de los derechos no hay razón alguna para aplicar la doctrina de los “frutos del árbol envenenado”, a diferencia de los casos relativos a la IV Enmienda.

En este ámbito concreto, se ha extendido su no aplicación a los casos en que en el momento de la detención se aprecia una situación de riesgo inminente para la seguridad pública, mediante la creación de la denominada excepción de “public safety”. Dicha excepción se aplicó en el caso *New York v. Quarles*⁵⁷¹.

.....
⁵⁶⁷ 514 U.S. 1 (1995).

⁵⁶⁸ 438 U.S. 154 (1978).

⁵⁶⁹ THAMAN, S. C., ob. cit., pág. 73.

⁵⁷⁰ 542 U.S. 630 (2004).

⁵⁷¹ 467 U.S. 649 (1984).

En el caso analizado, un agente de policía después de recibir por parte de la víctima la descripción del sospechoso –de una violación con utilización de arma de fuego–, se introdujo en el supermercado donde al parecer se había ocultado, según indicación de la propia víctima. Al observar la presencia de Quarles, cuyas características físicas coincidían con las facilitadas por la víctima, le ordenó que se detuviera; durante el cacheo advirtió que el sospechoso portaba una cartuchera vacía, siendo preguntado, sin previa advertencia de las reglas Miranda, por el lugar donde había escondido el arma, reconociendo Quarles que la había escondido entre unas cajas (“the gun is over there”), lugar donde fue localizada, momento en que los policías le detuvieron formalmente y le informaron de sus derechos (Miranda Rights). El detenido renunció a sus derechos y a las preguntas de la policía reconoció que el arma era suya. La Corte Suprema admitió la validez de la manifestación del sospechoso así como la localización del arma como evidencia –que habían sido suprimidas por los Tribunales de instancia– por razones de “seguridad pública”, que justificaban que en el primer momento el agente no le advirtiera de las reglas Miranda antes de preguntarle sobre el lugar donde había ocultado el arma. En dicha decisión la Corte afirmó que las reglas Miranda son advertencias profilácticas, pero no constituyen derechos protegidos por la Constitución, reafirmando lo ya dicho en *Michigan v. Tucker*⁵⁷².

La propia Corte Suprema Federal ha reconocido otras excepciones a la prohibición de utilización de las declaraciones policiales obtenidas con infracción de las reglas Miranda. Así se admite su utilización por la Fiscalía, a pesar del incumplimiento de las advertencias Miranda, con la finalidad de cuestionar la credibilidad de las declaraciones que realiza el acusado en el juicio oral (*Harris v. New York*⁵⁷³).

v) Extensión de la excepción a supuestos de negligencias o errores policiales.

La decisión dictada en el caso *Herring v. U.S.*⁵⁷⁴ –estimado por cinco jueces frente a cuatro– ha supuesto una verdadero giro en la doctrina de la Corte Suprema, al reconocer, por primera vez, la aplicación de la excepción a un supuesto en que la actuación ilícita tuvo su origen en un error de la propia policía. Se reconoció la excepción de la buena fe en un supuesto en que el error –consistente en no mantener actualizada la base de datos de arrestos– había sido cometido por empleados de la policía (police employees), de tal modo que la orden de arresto del acusado había sido rescindida cinco meses antes⁵⁷⁵. A pesar de que la Corte apreció la existencia de vulneración de la IV Enmienda, se admitieron las pruebas que habían sido obtenidas tras el arresto del acusado, quien llevaba en su poder metanfetamina y una pistola. El argumento utilizado fue que el error policial había sido el resultado de una “atenuada negligencia aislada de la detención”⁵⁷⁶.

.....
⁵⁷²417 U.S. 433 (1974).

⁵⁷³401 U.S. 222 (1971). Sin embargo, la propia Corte excluyó expresamente la utilización de dichas declaraciones incriminatorias cuando se hubieran obtenido bajo coacción y no solo incumpliendo las advertencias Miranda.

⁵⁷⁴555 U.S. 135 (2009).

⁵⁷⁵Con arreglo a los hechos de la sentencia, un agente policial solicitó a la oficina del sheriff de un condado vecino que consultara la base informática policial de órdenes de arresto, por si existía alguna en vigor en contra del sospechoso. Al ser la respuesta afirmativa, el agente policial procedió al arresto y durante el registro del sospechoso se le ocuparon drogas y un arma. A los pocos minutos se constató que los datos de la base informática policial eran erróneos pues la orden de arresto había sido anulada cinco meses antes.

⁵⁷⁶ “[...] the error was the result of isolated negligence attenuated from the arrest”.

En todo caso, en un intento de introducir un criterio limitador a esta nueva doctrina, la Corte Federal Suprema afirmó que la exclusionary rule se aplicará exclusivamente cuando la actuación policial ilícita se lleve a cabo de forma deliberada (deliberate), temeraria (reckless) o mediante una conducta gravemente negligente (grossly negligent) o como consecuencia de una negligencia sistémica o periódica (recurring or systemic negligence). En otras palabras, el reconocimiento de la excepción de la buena fe se limita a supuestos de errores policiales siempre y cuando se trate de un episodio aislado de negligencia leve (minor police recordkeeping errors) y no de errores sistémicos o de supuestos de negligencia grave.

Como puede constatarse con dicha decisión la perspectiva de análisis varía sustancialmente. Con arreglo a esta nueva doctrina ya no es necesario acreditar de forma suficiente la concurrencia de “buena fe” en la actuación policial para no aplicar la regla de exclusión. Con la doctrina Herring basta descartar que la actuación policial, violatoria de la IV Enmienda, tuviera su origen en una actuación negligente grave o temeraria o fue consecuencia de una negligencia sistémica. En definitiva, la aplicación de la regla de exclusión se hace depender del “grado de negligencia” de la actuación policial. Si dicha negligencia puede calificarse de aislada y leve la regla de exclusión no será objeto de aplicación.

Con dicha decisión se amplía la aplicación de la excepción a supuestos de errores policiales siempre y cuando se trate de un episodio aislado de negligencia y no un error sistemático o una negligencia grave (minor police recordkeeping errors). A pesar de esta limitación, dicha decisión ha suscitado duras críticas por parte de un sector de la doctrina estadounidense, al ampliar desmesuradamente la excepción de “buena fe” a supuestos que hasta ahora no entraban dentro de su ámbito de aplicación⁵⁷⁷. En realidad, como ha destacado LAFAVE, la Corte creó una nueva excepción que denomina “the negligence exception” (excepción de negligencia)⁵⁷⁸, modificando sustancialmente los presupuestos sobre los que se asentaba la doctrina Leon. Se denuncia, también, que la distinción entre negligencia leve y grave o temeraria se presenta con unos contornos altamente difusos, poco claros o ambiguos.

III. Eficacia refleja: the fruit of the poisonous tree doctrine

III.1. Origen y aplicación: *Silversthorne Lumber Co., Inc. v. U.S.*

Con arreglo a la doctrina de los frutos del árbol envenenado la exclusión se extiende no solo a las pruebas directamente obtenidas con la actuación inconstitucional, sino también a las obtenidas indirectamente⁵⁷⁹. En otras palabras, la conocida, también, como eficacia expansiva, refleja o indirecta de la prueba ilícita consiste en que la exclusión alcanza no solo a aquellas pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales (pruebas primarias) sino, también, a las pruebas que, aún practicadas con respeto a tales derechos, tuvieron su origen en informaciones o datos obtenidos con la práctica de las primeras. Pruebas a las que se denomina como derivadas o reflejas.

.....
⁵⁷⁷LAFAVE, W. R., “*The smell of Herring: a critique of the Supreme Court’s latest assault on the exclusionary rule*”, *The Journal of Criminal Law & Criminology*, Vol. 99, Nº 3, pág. 757 y ss. Vid., también, BRADLEY, C. M., “*Is the exclusionary rule dead?*”, *The Journal of Criminal Law & Criminology*, Vol. 102, Nº 1, pág. 1 y ss.

⁵⁷⁸LAFAVE, W. R., “*The smell of Herring...*” ob. cit., pág. 768.

⁵⁷⁹*The exclusionary prohibition extends as well to the indirect as the direct products of unconstitutional conduct.*

Lo característico de las pruebas derivadas es su carácter lícito, pero su práctica tuvo su causa en la información obtenida con una previa prueba ilícita. La ilicitud originaria contaminaría, también, a la prueba derivada o refleja aunque la misma se hubiera practicado sin afectación de derechos fundamentales⁵⁸⁰.

Su origen se sitúa en la decisión dictada en el caso *Silverthorne Lumber Co., Inc. v. U.S.*⁵⁸¹, en un supuesto de entrada y registro sin autorización judicial en las oficinas de la Compañía y la incautación de documentos, papeles y cartas utilizadas para fundamentar la acusación. De forma resumida los hechos fueron los siguientes: con ocasión de una entrada y registro sin autorización judicial en las oficinas de la Compañía se procedió a la incautación de papeles, documentos y cartas de contenido incriminatorio. No obstante, el acusado presentó una solicitud de devolución basándose en el precedente del caso *Weeks*. El Tribunal acordó la devolución de los originales a sus propietarios, pero previamente el fiscal procedió a fotocopiarlos y fotografiarlos. Con posterioridad el fiscal introdujo dichas copias al proceso al objeto de requerir a los acusados para la exhibición de los documentos originales. Orden que se negaron a cumplir pese a ser apercibidos de desacato. La Corte Suprema estableció que no puede intimarse a una persona para la entrega de documentación cuyo conocimiento se había alcanzado a través de un registro inconstitucional.

La regla de exclusión prohíbe que la información obtenida de forma ilícita pueda ser utilizada de cualquier forma. Sin embargo, en dicha decisión se reconoció ya –aunque no se aplicó– la excepción de la fuente independiente (*independent source doctrine*), de tal modo que cuando el conocimiento de los hechos se obtuvo por una fuente de prueba independiente podían ser acreditados como cualquier otro.

Aunque la primera vez que se utilizó el término *fruit of the poisonous tree* para referirse a dicha eficacia expansiva fue por el juez FRANKFURTER en el caso *Nardone v. U.S.*⁵⁸², en un supuesto de escuchas telefónicas realizadas sin mandamiento judicial⁵⁸³.

La eficacia refleja se predica tanto de evidencias (*derivative evidence*) físicas o materiales (como pueden ser las huellas digitales), como de confesiones o declaraciones realizadas por el acusado durante una detención o un registro ilegal, o de declaraciones de los policías que escucharon las grabaciones ilícitamente interceptadas.

.....
582 308 US 338 (1939).

583 Aunque la decisión ya hacía referencia a la existencia de un “nexo causal atenuado” como excepción a la aplicación de la teoría de los frutos del árbol envenenado.

Se ha aplicado en supuestos de grabaciones de conversaciones telefónicas o mediante instrumentos electrónicos (*Silverman v. U.S.*⁵⁸⁴; *Katz v. U.S.*⁵⁸⁵; *Alderman v. U.S.*⁵⁸⁶; *U.S. v. Giordano*⁵⁸⁷; y en arrestos inconstitucionales, por no concurrir causa probable o autorización judicial (*Dunaway v. New York*⁵⁸⁸; *Hayes v. Florida*⁵⁸⁹).

III.2. Excepciones

A pesar del reconocimiento de efectos indirectos o reflejos a la exclusionary rule la propia Corte Suprema Federal estadounidense reconoció, desde el principio, excepciones a dicha doctrina. Excepciones que se han ido desarrollando durante varias décadas y que, en realidad, han acabado por convertir a la teoría de los frutos del árbol envenenado en una verdadera excepción.

Las principales excepciones elaboradas por la jurisprudencia estadounidense han sido las siguientes: i) la excepción de la fuente independiente (independent source doctrine), ii) la excepción del nexo causal atenuado (attenuated connection doctrine) y iii) la excepción del descubrimiento inevitable (inevitable discovery).

III.2.1. Excepción de la fuente independiente (independent source doctrine): *U.S. v. Crews*.

Como ya apunté, en la decisión dictada en el caso *Silverthorne Lumber Co., Inc. v. U.S.*⁵⁹⁰, se hizo alusión a dicha excepción. En dicha decisión la Corte Suprema afirmó: “The essence of a provision forbidding the acquisition of evidence in a certain way is that not merely evidence so acquired shall not be used before the Court, but that it shall not be used at all. Of course this does not mean that the facts thus obtained become sacred and inaccessible. If knowledge of them is gained from an independent source, they may be proved like any others”. Admite, por tanto, que los hechos sobre los que versa la prueba ilícita primaria no necesariamente permanecen inaccesibles para el proceso pues pueden ser acreditados a través de una prueba independiente.

En casos posteriores dicha excepción fue objeto de desarrollo. Entre ellos cabe mencionar la decisión dictada en *U.S. v. Crews*⁵⁹¹. Los hechos analizados fueron los siguientes: inmediatamente después de ser asaltado y robado a punta de pistola, la víctima avisó a la policía y les facilitó una descripción completa de su agresor. Varios días después, el demandado, que coincidía con la descripción facilitada del sospechoso, fue visto por la policía alrededor de la escena del crimen.

.....
⁵⁸⁴ 365 U.S. 505 (1961).

⁵⁸⁵ 389 U.S. 347 (1967).

⁵⁸⁶ 394 U.S. 165 (1974).

⁵⁸⁷ 416 U.S. 505 (1974).

⁵⁸⁸ 442 U.S. 200 (1979).

⁵⁸⁹ 470 U.S. 811 (1985), aplicó dicha doctrina en un supuesto de arresto ilegal, al haber sido practicado sin causa probable y sin autorización judicial, y posterior obtención de las huellas dactilares del sospechoso, que una vez cotejadas coincidieron con las obtenidas en la escena del crimen.

⁵⁹⁰ 251 U.S. 385 (1920).

⁵⁹¹ 445 U.S. 463 (1980).

Después de un intento de fotografiarle, que no tuvo éxito, el demandado fue detenido, aparentemente por una sospecha de “novillos en la escuela”, y conducido a la sede de la policía, donde lo interrogaron brevemente, fotografiado, y luego liberado. La víctima identificó dicha fotografía del sospechoso como la de su agresor. El demandado fue entonces nuevamente detenido e identificado por la víctima en una rueda de reconocimiento, por lo que fue acusado por robo a mano armada y otros delitos. El demandado planteó una moción previa al juicio para suprimir todos los testimonios de identificación. El tribunal de primera instancia determinó que la detención inicial del acusado había constituido un arresto sin causa probable y, en consecuencia dictaminó que las identificaciones fotográficas y en rueda no podían ser presentadas en el juicio como prueba, pero sostuvo que la capacidad de la víctima para identificar al demandado ante el Tribunal tenía carácter independiente, al no estar contaminada por las identificaciones previas, y, por lo tanto, que dicho testimonio era admisible. En el juicio, la víctima una vez más identificó al demandado como su agresor, y el demandado fue condenado por robo a mano armada. La Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia revocó dicha condena, sosteniendo que la identificación en el juicio debió haber sido excluida como un producto de la violación de los derechos de la IV Enmienda. La Corte Suprema Federal se planteó, como cuestión a dilucidar, si el reconocimiento del acusado en el juicio oral por parte de la víctima debió ser suprimido o no como fruto del inicial arresto ilegal del acusado. La Corte estimó que la identificación en el juicio no tenía por qué ser suprimida como el fruto de la detención ilícita del demandado, sino que, por el contrario, era admisible porque el conocimiento de la policía acerca de la identidad del demandado y los recuerdos de la víctima eran independientes de él, y anteriores a la detención ilegal, por lo que fueron “sin mancha” (esto es, no contaminada) de la violación de la Constitución. La presencia de la víctima en la sala del tribunal en el juicio no fue producto de una conducta policial ilícita. Su identidad era conocida mucho antes de que hubiera una conducta oficial ilícita, y su presencia en el tribunal no era por lo tanto atribuible a una violación de la IV Enmienda. Tampoco la detención ilegal contaminó la capacidad de la víctima para dar testimonio acerca de la identificación del acusado. En el juicio, se limitó a recuperar su representación mnemónica del atacante formada en el momento del crimen, frente a la figura del demandado en el juicio, y de forma positiva lo identificó como el ladrón. La Corte concluyó que la ilegalidad de la detención no podía privar al Gobierno de la oportunidad de probar su culpabilidad a través de la presentación de pruebas totalmente no contaminadas (untainted) por la ilícita conducta policial.

También en el caso *Segura v. U.S.*⁵⁹², en un supuesto relacionado con la investigación de un delito de tráfico de drogas, en donde la policía entró inicialmente en un domicilio sin mandamiento judicial, procediendo a la detención de los ocupantes y permaneciendo en el lugar durante varias horas hasta que se obtuvo el preceptivo mandamiento. Dicha autorización judicial se obtuvo gracias a los datos indiciarios existentes antes del registro ilegal, por lo que solo se excluyó como fuente de prueba aquellos elementos que se había encontrado con la entrada inicial, a la vez que se admitió las evidencias descubiertas con posterioridad tras ejecutarse el mandamiento de entrada válido⁵⁹³.

.....
⁵⁹²468 U.S. 796 (1984).

⁵⁹³En dicha decisión la Corte afirmó: “Here, there was an independent source for the challenged evidence; the evidence was discovered during a search of petitioners’ apartment pursuant to a valid warrant. The information on which the warrant was secured came from sources wholly unconnected with the initial entry, and was known to the agents well before that entry. Hence, whether the initial entry was illegal or not is irrelevant to the admissibility of the evidence, and exclusion of the evidence is not

En el ámbito de las reglas Miranda se ha admitido que aun cuando la declaración policial se obtenga con infracción de las mismas, la policía puede utilizar cualquier pista conseguida durante el interrogatorio para desarrollar su investigación. Las pruebas así obtenidas no serán excluidas por aplicación de la doctrina de los frutos del árbol envenenado⁵⁹⁴. Como se advierte, el reconocimiento de esta excepción puede generar un efecto incitador (incentivador) en la policía de incumplimiento de las reglas Miranda, con el fin de obtener evidencias incriminatorias que podrán ser admitidas en el proceso en contra del imputado⁵⁹⁵.

El examen de la jurisprudencia estadounidense pone de manifiesto la tendencia a ampliar de forma desmesurada el concepto de fuente independiente a supuestos en los que concurre una conexión causal entre la prueba ilícita inicial y la prueba lícita derivada. Con esta interpretación se limita notablemente el ámbito de aplicación de la doctrina de los frutos del árbol envenenado.

II.2.2. Excepción del nexo causal atenuado (attenuated connection doctrine o purged taint): Wong Sun v. U.S.

La Corte Suprema Federal estadounidense admitió, en el mencionado caso *Nardone v. U.S.*⁵⁹⁶, la excepción del nexo causal atenuado (attenuated connection doctrine o purged taint). En dicha decisión se afirmaba que:

“[...] evidence is not to be excluded if the connection between the illegal police conduct and the discovery and seizure of the evidence is "so attenuated as to dissipate the taint”.

Las evidencias no serán excluidas cuando la conexión entre la actuación policial inconstitucional y el descubrimiento o aseguramiento de la prueba sea tan atenuada como para disipar la mancha. La doctrina de los frutos del árbol envenenado no será, por tanto, objeto de aplicación cuando la relación o conexión entre la actuación policial ilícita y la obtención de la evidencia se ha atenuado de tal forma que la mancha (de inconstitucionalidad) haya terminado por disiparse. Esta excepción es, en realidad, una variante de la excepción de la fuente independiente expuesta con anterioridad.

warranted as derivative or as "fruit of the poisonous tree. None of the information on which the warrant was secured was derived from or related in any way to the initial entry into petitioners' apartment; the information came from sources wholly unconnected with the entry, and was known to the agents well before the initial entry. No information obtained during the initial entry or occupation of the apartment was needed or used by the agents to secure the warrant. It is therefore beyond dispute that the information possessed by the agents before they entered the apartment constituted an independent source for the discovery and seizure of the evidence now challenged. This evidence was discovered the day following the entry, during the search conducted under a valid warrant; it was the product of that search, wholly unrelated to the prior entry. The valid warrant search was a "means sufficiently distinguishable" to purge the evidence of any "taint" arising from the entry". Vid., también, *Murray v. U.S.*, 487 U.S. 533 (1988).

⁵⁹⁴ *Michigan v. Tucker*, 417 U.S. 433 (1974), al que antes se ha hecho referencia.

⁵⁹⁵ Efecto denunciado por THAMAN, S. C., ob. cit., pág. 86, quien nos dice que “los departamentos de policía inician con frecuencia los interrogatorios a los detenidos ignorando las advertencias establecidas en la decisión Miranda, para obtener pistas para una investigación más efectiva, o pruebas para contradecir al procesado si piensa declarar en el juicio oral”.

⁵⁹⁶ 308 U.S. 338 (1939).

El leading case viene representado por la decisión dictada en el caso *Wong Sun v. U.S.*⁵⁹⁷. La Corte Suprema Federal excluyó todas las evidencias y manifestaciones de los imputados al haber sido obtenidas con ocasión de registros domiciliarios y arrestos practicados sin causa probable y sin autorización judicial, vulnerándose de esta forma la IV Enmienda. No obstante, admitió la validez de la declaración policial de uno de los coimputados, quien tras ser puesto en libertad tras el inicial arresto ilícito, compareció voluntariamente al cabo de varios días en las dependencias policiales y llevó cabo una declaración inculpativa, previa información de los derechos reconocidos en la V Enmienda, aunque la misma no llegó a ser firmada, lo que tendría trascendencia únicamente, según la propia Corte, en cuanto a su credibilidad o valor, no en cuanto a su admisibilidad. Aunque la Corte reconoció que de no existir los previos arrestos y registros ilícitos la posterior confesión probablemente no se hubiera producido, destacó, como factor relevante, la voluntariedad de dicha confesión y que se llevó a cabo previa advertencia de sus derechos al imputado (Miranda rules), lo que a juicio de la Corte introducía un acto independiente sanador que rompía la cadena causal con la vulneración inicial. La Corte concluyó reconociendo el carácter atenuado de la relación o conexión entre el arresto inicial y la posterior declaración, y afirmó: *“the connection between the arrest and the statement had become so attenuated as to dissipate the taint”*.

Según la doctrina elaborada por la Corte Suprema, son varios los criterios que pueden utilizarse para determinar la atenuación de la relación entre las pruebas. Entre tales criterios destaca: a) el tiempo transcurrido entre la prueba ilícita inicial y la prueba lícita derivada, de tal modo que permita calificar la conexión de remota, b) la gravedad o intensidad de la violación originaria y c) el elemento de la voluntariedad de las confesiones practicadas con todas las garantías. Otro factor que permite identificar la atenuación es la no utilización de *“argumentaciones sofisticadas”* para justificar la ruptura de la conexión.

La excepción del nexo causal atenuado se ha aplicado en otras decisiones de la misma Corte Suprema. Así, en el citado caso *Michigan v. Tucker*⁵⁹⁸ se admitió la validez del testimonio facilitado por un testigo cuya identidad había sido revelada por el propio imputado durante su declaración a pesar de un cumplimiento defectuoso de las reglas Miranda derivadas de la V Enmienda.

También, en el caso *U.S. v. Ceccolini*⁵⁹⁹, se admitió como prueba de cargo la declaración de un testigo cuya identidad había sido descubierta durante un registro inconstitucional, con vulneración de la IV Enmienda, en relación con una información de la cual se había tenido conocimiento con la práctica de este último.

En sede de la doctrina Miranda se ha aplicado en varios supuestos. Así, en el caso *Oregon v. Elstad*⁶⁰⁰, se examinó un supuesto en que dos agentes de policía se personaron en el domicilio del joven sospechoso –de un delito de robo cometido en el domicilio de unos vecinos–; mientras uno de ellos se entrevistaba con su madre, el otro se quedó en el salón de la casa en compañía del joven. El policía le comentó que lamentaba la situación en que se encontraba, ante lo cual el joven reconoció haber estado en la escena del crimen.

.....
⁵⁹⁷ 371 US 471 (1963).

⁵⁹⁸ 417 US 433 (1974).

⁵⁹⁹ 435 US 268 (1978).

⁶⁰⁰ 470 US 298 (1985).

Esta primera declaración verbal se realizó sin previa advertencia policial de sus derechos conforme a las reglas Miranda. Con posterioridad, una vez en las dependencias policiales, e informado de sus derechos, llevó a cabo una confesión escrita completa. La Corte Suprema estimó que esta segunda declaración escrita era admisible, pues había sido realizada voluntariamente por el detenido y previa información de derechos. Resaltó, también, que la falta inicial de advertencia de los derechos obedeció a un “descuido” o a un error de buena fe, que pudo haberse debido a la confusión o las dudas existentes sobre si se trataba de un “interrogatorio en situación de privación de libertad”. Dicha decisión se basó en la distinción entre aquellos supuestos en donde el registro o el arresto inicial son contrarios a la IV Enmienda y aquellos en que no hay vulneración de la IV Enmienda y sí solo de la V Enmienda (derecho a guardar silencio). En el primer caso debe aplicarse la doctrina de los frutos del árbol envenenado; en el segundo caso, la exclusión de las confesiones voluntarias realizadas sin advertencia de las reglas Miranda –y sin el empleo de ningún tipo de coacción, presión o fuerza- no necesariamente debe extenderse a una segunda confesión realizada con respeto de dichas reglas. En este segundo supuesto no se aplicaría la doctrina de los frutos del árbol envenenado, al existir una “atenuación” entre la inicial confesión y la realizada con posterioridad una vez advertido de forma completa de las reglas Miranda.

El reconocimiento de la no aplicación de la doctrina de los frutos del árbol envenenado en los casos de confesiones obtenidas sin fuerza o coacción pero incumpliendo las reglas Miranda se ha hecho sobre la base de sacrificar su carácter como regla constitucional y reconocerle la naturaleza de simples medidas profilácticas y no como verdaderos derechos protegidos por la Constitución, por lo que su incumplimiento no determina una violación constitucional⁶⁰¹.

En el caso *Brown v. Illinois*⁶⁰² no se hizo aplicación de dicha excepción en un supuesto en que el sospechoso había sido arrestado en el interior de su domicilio de forma ilegal al no concurrir causa probable ni orden judicial (warrant). Durante el arresto declaró ante la policía en dos ocasiones –la primera 90 minutos después del arresto, la segunda varias horas después-, previa advertencia de sus derechos con arreglo a las reglas Miranda, reconociendo haber participado en el asesinato que se estaba investigando. La Corte Suprema destacó que, en el presente caso, la información de derechos (singularmente, del derecho al silencio) no tuvo la virtualidad para romper el nexo causal con el inicial arresto contrario a la IV Enmienda, por lo que las declaraciones autoincriminatorias, aunque hubieran sido prestadas voluntariamente, no podían ser valoradas por el Tribunal. La Corte Suprema descartó, en estas circunstancias, la aplicación de la doctrina del nexo causal atenuado basada en el precedente dictado en el caso *Wong Sun*, y reconoció la aplicación de la doctrina de los frutos del árbol envenenado (fruit of the poisonous tree) al reconocer conexión entre el arresto inicial (ilegal) y las confesiones posteriores llevadas a cabo mientras el imputado se encontraba aún detenido.

.....
⁶⁰¹ No obstante, en el caso *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428 (2000), en donde se analizó si el Congreso podía anular las reglas Miranda, la Corte Suprema, en su opinión mayoritaria, matizó su carácter de simples medidas profilácticas y volvió a recuperar la noción de Miranda como regla o decisión constitucional. El Presidente REHNQUIST afirmó que “In sum, we conclude that Miranda announced a constitutional rule that Congress may not supersede legislatively”. La decisión contó con un voto discrepante del Juez SCALIA muy crítico con la opinión expresada por la mayoría.

⁶⁰² 422 US 590 (1975).

Un caso singular fue objeto de examen en *Missouri v. Seibert*⁶⁰³. La detenida, como sospechosa de un asesinato, fue interrogada en las dependencias policiales sin ser advertida de las reglas Miranda (un-Mirandized interrogation), efectuando una declaración incriminatoria. Transcurridos unos 20 minutos volvió a ser interrogada, esta vez previa advertencia de las reglas Miranda. En este segundo interrogatorio la detenida, tras renunciar a sus derechos, reiteró su confesión anterior. La Corte Suprema declaró la inadmisibilidad de ambas declaraciones. En la opinión de la mayoría se constató que dicha técnica de interrogatorio sucesivo en dos fases (two stage interview) o secuencial obedecía a una estrategia policial previamente diseñada (two-step strategy), encaminada a debilitar las advertencias Miranda privándolas de efectividad. Incluso el propio agente policial reconoció que había sido entrenado para utilizar dicha táctica y obtener así una confesión inicial. Se destacaron, también, las diferencias existencias con el caso *Oregon v. Elstad*. Así, ambos interrogatorios fueron realizados en la comisaría; el primer interrogatorio fue sistemático y exhaustivo; la segunda fase del interrogatorio, previa advertencia de la reglas Miranda, tuvo lugar apenas 20 minutos después de la primera, en el mismo lugar donde se desarrolló el primer interrogatorio; la policía no advirtió a la detenida que su declaración anterior no podría ser utilizada. En definitiva, el segundo interrogatorio fue una continuación del primero, por lo que las confesiones realizadas en ambos debían ser excluidas.

II.2.3. Excepción del descubrimiento inevitable (inevitable discovery o hypothetical independent source doctrine): *Nix v. Williams*.

La excepción del descubrimiento inevitable (inevitable discovery) es también creación de la Corte Suprema Federal estadounidense. La misma fue objeto de aplicación en el caso *Nix v. Williams*⁶⁰⁴. La Corte Suprema reconoció que las declaraciones policiales del sospechoso, indicando donde había ocultado el cuerpo de la víctima -una niña de 10 años-, fueron realizadas con infracción de la VI Enmienda (derecho a la asistencia letrada). No obstante, estimó que la localización del cuerpo de la víctima, en el lugar donde el sospechoso condujo a la policía, y las posteriores pruebas periciales practicadas sobre el mismo, no podían ser excluidas pues el cuerpo hubiera sido inevitablemente descubierto por los más de 200 voluntarios que estaban rastreando la zona donde finalmente fue localizado, según un plan de rastreo diseñado previamente por las autoridades encargadas de la investigación, aunque el detenido no hubiera conducido a la policía hasta dicho lugar.

Dicha excepción ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina estadounidense. Así, se afirma que el efecto de aceleramiento de los resultados de la investigación en que se basa dicha excepción, parte de una hipótesis que, en definitiva, no se corresponde con los hechos que sucedieron en la realidad.

Ha dado lugar a resultados distintos en su aplicación por las Cortes de Apelaciones, fruto de interpretaciones erróneas o aplicaciones inconsistentes. En todo caso se requiere que el Gobierno, a través de la fiscalía, acredite de forma fehaciente que la prueba obtenida como resultado de una violación constitucional hubiera sido descubierta por medios legítimos e independientes de la actuación ilícita original⁶⁰⁵.

603 542 U.S. 600 (2004).

604 467 US 431 (1984).

605 SALAS CALERO, L., "Aspectos materiales y procesales del principio acusatorio: problemas probatorios, prueba ilícita y procesos penales socialmente relevantes. La exclusión de pruebas ilícitamente obtenidas en el Derecho Procesal de los Estados Unidos", Revista Poder Judicial, núm. 66, pág. 386 y ss.

Esto es, como factor de restricción en la aplicación de dicha excepción, se exige la demostración fehaciente, por parte de las acusaciones, de la inevitabilidad del descubrimiento.

IV. Desmantelamiento de la exclusionary rule: *Hudson v. Michigan*.

La decisión dictada en el caso *Hudson v. Michigan*⁶⁰⁶ ha supuesto una verdadera reformulación del fundamento de la exclusionary rule, en este progresivo intento de descartar su naturaleza como regla constitucional. La Corte examinó un supuesto en donde los policías actuantes, de acuerdo con una orden judicial de allanamiento –obtenida para la búsqueda de estupefacientes y armas de fuego– se trasladaron al domicilio del sospechoso, Booker T. Hudson, y tras tocar a la puerta apenas esperaron unos segundos antes entrar en la vivienda. En su interior localizaron grandes cantidades de estupefacientes (cocaína) y un arma de fuego. Conforme a una regla constitucional creada por la propia Corte Suprema, y derivada de la IV Enmienda, la policía tiene el deber de tocar a la puerta de un domicilio donde va a realizar un allanamiento dándose a conocer y esperar un “*tiempo razonable*” –entre 15 a 20 segundos⁶⁰⁷– antes de forzar la puerta si no se les franquea la entrada por los moradores (conocida como *knocking and announce rule*)⁶⁰⁸, sin que en el presente caso la policía hubiera respetado esta regla. Sin embargo, en este caso la Corte Suprema admitió el uso de las pruebas obtenidas sin cumplir dicha regla dado que, afirmó, el costo social que derivaba de su exclusión era muy superior al efecto disuasorio que pudiera derivarse de la misma. En su decisión la Corte afirmó que: “*We cannot assume that exclusion in this context is necessary deterrence simply because we found that it was necessary deterrence in different contexts and long ago. That would be forcing the public today to pay for the sins and inadequacies of a legal regime that existed almost half a century ago*”⁶⁰⁹.

Según la opinión de la mayoría, la atenuación puede ocurrir, por supuesto, cuando la relación es remota. Pero también cuando, aun existiendo una conexión causal directa, el interés protegido por la garantía constitucional que ha sido violado, podría no servir para excluir la prueba obtenida. Los intereses que protege la mencionada regla⁶¹⁰, concluye la sentencia, no pueden impedir que el gobierno vea y obtenga las pruebas descritas en la orden judicial.

606 547 U.S. 586 (2006).

607 Caso *United States v. Banks*, 540 U.S. 31 (2003).

608 La regla de “*llamar y anunciarse*” fue creada como garantía de protección de la privacy: caso *Wilson v. Arkansas*, 514 U.S. 927 (1995). Con la misma se trata de evitar entradas y registros policiales sorpresivos, sin previa advertencia ni identificación. Aunque se reconocieron excepciones a dicha regla –las denominadas “*no-knock warrant*”–, por ejemplo, cuando concurriera una amenaza de violencia física para los policías o existieran motivos para creer razonablemente que las pruebas podían ser destruidas si se diera el aviso anticipado: vid. caso *Richards v. Wisconsin*, 520 U.S. 385 (1997), en donde la Corte Suprema censuró la decisión del Tribunal Supremo de Wisconsin según la cual los casos relacionados con el tráfico de drogas están exentos de la aplicación de la regla de “*llamar y anunciarse*”. Censura que se basó en el exceso de generalización que suponía admitir una excepción de este tipo sin atender a las concretas circunstancias concurrentes.

609 No podemos asumir que en este contexto la exclusión sea necesaria para simplemente generar efectos disuasorios, porque encontrásemos que hace mucho tiempo y en otro contexto dicha disuasión fuera necesaria. Se estaría forzando hoy día al público a pagar por los pecados y las deficiencias de un régimen legal que existía hace casi medio siglo atrás.

610 Como tales se mencionan, la propia protección de la vida humana y la integridad física, para evitar reacciones violentas de autodefensa con ocasión de una entrada sin previo aviso. También, la protección de la propiedad, con el fin de evitar su destrucción como consecuencia de una entrada forzosa. Y, por último, la intimidad y la dignidad, a saber, la oportunidad de vestirse antes de abrir la puerta.

La sentencia abogó, en este caso, por la mayor eficacia de otras medidas alternativas como las acciones civiles por daños o las medidas disciplinarias contra los agentes policiales⁶¹¹.

Como puede fácilmente constatarse el cambio de paradigma es radical. Ya no se trata de denegar la aplicación de la exclusionary rule cuando no tenga finalidad disuasoria, sino que aun admitiendo que en el caso analizado se cumpla con dicha finalidad, ello no es requisito suficiente para aplicar la regla de exclusión, pues el órgano judicial deberá ponderar el coste social que genera su aplicación⁶¹². Su fundamento se sitúa en un ámbito marcadamente infraconstitucional, sometido, por tanto, a una ponderación judicial de costes y beneficios (cost-benefit balancing).

El examen de la regla de exclusión desde la metodología de análisis de costes y beneficios (sociales) provoca en la práctica un notable debilitamiento de la propia regla de exclusión, en la medida en que la misma dejará de ser aplicada cuando los costes sociales que ello genera sean superiores a los beneficios derivados del efecto disuasorio que se pretende alcanzar⁶¹³. Debilitamiento que corre paralelo a los intentos de eliminar dicha regla de exclusión o limitar drásticamente su ámbito de aplicación, en un contexto de cuestionamiento permanente de la misma, decantándose por otros remedios alternativos con un menor coste social (como, por ejemplo, la acción civil por daños y perjuicios). La decisión dictada en el caso Hudson v. Michigan ha acabado dando la razón a quienes venían oponiéndose a la aplicación de la exclusionary rule al denunciar el elevado coste social que generaba, para lo cual proponían la adopción de medidas alternativas sosteniendo que su impacto, en términos de costes sociales, era menor, sin impedir la consecución de la finalidad disuasoria (deterrent effect).

El progresivo desmantelamiento de la exclusionary rule no es ajeno a la actual política caracterizada por un notable refuerzo de los poderes y las facultades de las agencias policiales, especialmente en el ámbito de la denominada lucha contra el terrorismo y la criminalidad organizada⁶¹⁴. El efecto de estas políticas es devastador para la propia supervivencia de la exclusionary rule. Este parece ser el sombrío panorama futuro que espera a la regla de exclusión estadounidense, encaminada, por tanto, a una progresiva desaparición y a su sustitución, en su caso, por otro tipo de medidas civiles y/o disciplinarias.

.....
⁶¹¹ Un detallado examen de dicha decisión puede verse en GÓMEZ-JARA, C., "Nuevas tendencias en materia de prueba ilícita. El caso Hudson vs. Michigan y el ocaso de la Exclusionary Rule en EEUU", en Revista de Derecho y Proceso Penal, núm. 20, Edit. Aranzadi, 2008, págs. 23 y ss.

⁶¹² En la reciente sentencia dictada en el caso Davis v. U.S., (546 U.S. 2011), se llega a afirmar, con cita del caso Hudson v. Michigan, que la eficacia disuasoria es una condición necesaria para la exclusión, no obstante, no es una condición suficiente. El examen debe tener también en cuenta the substantial social costs generados por la aplicación de la regla de exclusión. Más adelante destaca que "For exclusion to be appropriate, the deterrence benefits of suppression must outweigh its heavy costs".

⁶¹³ Significativas son las palabras empleadas en la mencionada sentencia Hudson v. Michigan por el Juez SCALIA, quien en su opinión afirmaba que: "... the social costs of applying the exclusionary rule to knock-and-announce violations are considerable; the incentive to such violations is minimal to begin with, and the extant deterrences against them are substantial—incomparably greater than the factors deterring warrantless entries when Mapp was decided. Resort to the massive remedy of suppressing evidence of guilt is unjustified".

⁶¹⁴ Como afirma GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., ob. cit., pág. 36, "la Corte Suprema estadounidense no está por la labor de dificultar la labor policial de obtención de pruebas de que determinados individuos "peligrosos" están operando en su territorio. Y para ello nada mejor que limitar extraordinariamente el ámbito de aplicación de la Exclusionary Rule".

No es exagerado afirmar que con los casos Hudson y Herring se ha certificado la defunción de la exclusionary rule tal como fue concebida en su origen en los casos *Weeks y Mapp*.

Bibliografía

- 📖 DÍAZ CABIALE, J. A. y MARTÍN MORALES, R., “La teoría de la conexión de antijuridicidad”, Revista Jueces para la Democracia. Información y Debate, núm. 43, 2002.
- 📖 DÍAZ CABIALE, J. A., y MARTÍN MORALES, R., La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida, Edit. Civitas, Madrid, 2001.
- 📖 FIDALGO GALLARDO, C., “La regla de exclusión de pruebas inconstitucionalmente obtenidas en los Estados Unidos de América”, Tribunales de Justicia, 5, mayo 2003.
- 📖 FRIENDLY, F. W., y ELLIOT, M. J. H., Frenos y contrapesos del poder. El ejemplo de los 200 años de la Constitución americana, Ediciones Tesys y Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1987.
- 📖 HAIRABEDIÁN, M., Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal, Edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002.
- 📖 ISRAEL, J. H.; KAMISAR, Y.; LAFAVE, W. R., y KING, N. J., Proceso penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- 📖 MIJANGOS GONZÁLEZ, J., “La doctrina de la exclusionary rule en la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América”, Revista del Instituto de la Judicatura Federal, n° 31, 2011, México.
- 📖 MIJANGOS GONZÁLEZ, J., “La historia detrás del mito: a 45 años de Miranda v. Arizona”, Revista del Instituto de la Judicatura Federal, n° 33, 2012, México.
- 📖 PIZZI, W. T., Juicios y mentiras. Crónica de la crisis del sistema procesal penal estadounidense, Edit. Tecnos, Madrid, 1999.
- 📖 SALAS CALERO, L., “Aspectos materiales y procesales del principio acusatorio: problemas probatorios, prueba ilícita y procesos penales socialmente relevantes. La exclusión de pruebas ilícitamente obtenidas en el Derecho Procesal de los Estados Unidos”, Revista Poder Judicial, núm. 66.
- 📖 SALAS CALERO, L., “Problemas modernos y complejos de la prueba en el proceso penal: últimas tendencias en Estados Unidos sobre las reglas de exclusión probatorias”, en AA.VV., Prueba y proceso penal (Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado), Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 2008.
- 📖 THAMAN, S. C., “Verdad o legalidad: los límites del blanqueo de pruebas ilegalmente recogidas en un Estado de Derecho”, Derecho Penal y Criminología, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Vol. 30, n° 89, 2009, Universidad Externado de Colombia

«—————»
SECCIÓN III

ANÁLISIS DEL DERECHO
PENITENCIARIO

«—————»

● BREVES NOTAS SOBRE LA TEORÍA DE LA PENA Y SU EJECUCIÓN⁶¹⁵

José Antonio Vega Bravo

Me gustaría comenzar las ponencias sobre el Derecho Penitenciario con una anécdota y una reflexión personal derivada de esa anécdota.

En mi país, en la provincia de dónde vengo, Salamanca, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, además del juzgado de menores, se encuentran en el mismo edificio que la Audiencia Provincial, en el Palacio de Justicia antiguo. En el edificio nuevo están los juzgados de instrucción, de lo Penal, de 1ª instancia, de lo social y de lo contencioso.

Esa circunstancia, la de compartir el mismo edificio, además del hecho de que el Juez de Vigilancia Penitenciaria es compañero de la misma promoción y amigo, hace que numerosas veces nos encontremos y hablemos sobre el trabajo que nos ocupa, el derecho penitenciario. En una de esas conversaciones, que versaba sobre un permiso penitenciario que él había concedido a un preso peligroso y que nosotros habíamos revocado, el compañero hizo el comentario de que, en todo caso, lo ocurrido normal, pues “se trataba de diferentes momentos”.

El pocos años antes había estado en la Audiencia Provincial de Zamora, perteneciente a la misma zona de vigilancia penitenciaria- y antes, en un juzgado de primera instancia e instrucción-, de suerte que se le había dado la circunstancia de que en algunos casos había intervenido como magistrado de la Sala de la Audiencia Provincial de Zamora que se puso la sentencia penal, cuya ejecución se encargaba ahora, años después, de vigilar, y, por eso insistía en que, no consistía en pensar quién acertaba y quién se equivocaba, porque “se trataba de momentos distintos”.

Eso me hizo reflexionar, y, comprendí que, efectivamente, la conclusión del compañero era la correcta. Porque aunque el hecho que se enjuició sea el mismo, y el autor sea la misma persona que cumple su condena, ahora con el nombre jurídico de reo, en todo caso nos encontramos en momentos distintos de la misma realidad, cuyo tratamiento jurídico debe ser por ello también diferente.

No se trata, por tanto, de que lo correcto es lo que se hace en la fase de instrucción o en la fase de juicio oral y sentencia. Ni de que lo acertado es la duración que se ha dado a la pena en la sentencia, o de que la verdad sea lo que se hace y sucede en la ejecución penitenciaria.

En este sentido, muchas veces la gente de la calle nos comenta por qué o para qué ponemos esas penas tan largas si luego no se cumplen en las cárceles. Pues, en efecto, de lo que se trata es de que nuestro legislador ha querido que esa realidad, la comisión de un delito, sea tratada en momentos diferentes, con fines e instrumentos totalmente distintos, aunque, por supuesto, plenamente interrelacionados. Hasta tal que incluso en algunas ocasiones, como en el caso que os he comentado del mi compañero, el órgano judicial estaba servido por la misma persona, aunque la naturaleza de su función fuese completamente distinta.

.....
⁶¹⁵Ponencia realizada en el Módulo II: Teoría de la Pena y su Ejecución, del Programa de Especialización en Ejecución Penal y Sistema Penitenciario, implementado por el Consejo Nacional de la Judicatura a través de su Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo”, realizado durante los días 31 de agosto, 01 y 02 de Septiembre del 2016, en San Salvador, dirigido a funcionarios judiciales con competencia en Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena y actores vinculados al sistema penitenciario.

Siempre que nos planteemos una reflexión sobre Derecho Penitenciario, debemos, por tanto, partir siempre de que nos encontramos dentro del amplio marco del proceso penal. Concretamente, en la última etapa del proceso penal, en la llamada etapa o fase de ejecución de la pena. Y, más específicamente aún, en la fase de ejecución de la pena cuando ésta es privativa de libertad, la cual se lleva a cabo en las cárceles o instituciones penitenciarias, de ahí su denominación de derecho penitenciario.

Por consiguiente, como sucede en realidad con todas las demás partes del ordenamiento jurídico, tampoco el derecho penitenciario puede contemplarse de manera aislada, sin ninguna relación con el resto de dicho ordenamiento jurídico, y, concretamente, sin relación con el resto del derecho procesal penal, sino que es obligado tener en cuenta que nos encontramos ante una parte más de ese proceso penal, concretamente la dedicada a la ejecución de la pena privativa de libertad que se ha impuesto en la sentencia que puso fin a la parte o fase decisoria del proceso penal.

Lo dicho nos obliga a no olvidar que, por un lado, el Derecho Penitenciario no es igual que el resto de las partes del Derecho Procesal Penal, instructora y decisoria, mediante las cuales se lleva a cabo la investigación del hecho y su posterior enjuiciamiento, para en aplicación del “ius puniendi”, imponer al delincuente la pena justa en derecho por el delito cometido. Y el derecho penitenciario no es igual que el resto de las demás partes del proceso penal, porque, en efecto, tiene sus propios principios y su propia autonomía.

No ha querido ya el legislador, como en otras épocas históricas, que después de impuesta en sentencia la pena adecuada, se encierre al delincuente, ahora denominado reo, en un cubículo y, sin más, se tire la llave, sino que lo que pretende nuestro ordenamiento jurídico es que se lleva a cabo un tratamiento personal de reo en orden a que cumpla el castigo que se merezca y que a la vez con ese castigo se obtenga su recuperación para la sociedad, lo que llamamos reinserción social.

En la primera fase del proceso penal, llamada de instrucción o investigación, nos preocupa averiguar la verdad sobre los hechos ocurridos, inculpatórios y/o exculpatórios y la identidad de las personas responsables, con el fin de preparar el juicio oral. El cual constituye la fase siguiente del proceso penal, en la que la finalidad es probar hasta la certeza jurídica, la verdad de los hechos objeto de acusación para, de conseguirse esa prueba y certeza jurídica, imponer al delincuente mediante sentencia la pena justa por el delito cometido.

Ésa pena se intenta o persigue que sea lo más individualizada posible, de acuerdo con las circunstancias del hecho y las circunstancias del culpable. Los principios en torno a los cuales se articulan ambas fases del proceso son principios como el principio inquisitivo y de investigación de oficio, el principio de escritura y el de secreto, en la fase de instrucción; y en la fase del juicio oral los principios de acusación, publicidad, no dilación, derecho de defensa, y presunción de inocencia y contradicción.

Obtenida así la pena privativa de libertad correspondiente, el Derecho Penitenciario se encargará, sobre la base de sus propios principios, de que esa pena cumpla los fines para los que está establecida: por un lado el castigo de los hechos punibles, y, por otro lado, la reinserción y reeducación del culpable.

Para ello contará como principio básico con un tratamiento personalizado del reo y se dirigirá a la individualización del cumplimiento de la pena, que no constituye simplemente un castigo, sino también un medio e instrumento de reeducación.

Por tanto, el esquema del que hemos de partir y la meta a donde hemos de llegar podrían ser los siguientes:

- La ley penal previa establece la pena en abstracto para cada delito, pero con un mandato expreso de individualización por razón de las circunstancias del hecho y del culpable;
- El proceso penal se dirige a la imposición de la pena individualizada correspondiente al concreto delincuente por el específico hecho delictivo que ha cometido;
- Y el Derecho Penitenciario busca el cumplimiento personalizado e individualizado de la pena impuesta a ese concreto delincuente, sobre la base del específico delito que ha cometido.

De modo que, podemos concluir estas reflexiones previas y generales diciendo que el principio general del derecho primero y previo es el de no hacer daño o “non laedere”. De dicho principio surge como su consecuencia el principio básico de que el que la hace, la paga. Principio en torno al cual se levanta y gira todo el edificio del derecho sancionador, desde el primer momento, la legislación previa de los delitos, pasando por el momento intermedio del proceso penal, para llegar al momento último y definitivo, a la par que por ello más importante, el Derecho Penitenciario.

Dicho principio es obligado interpretarlo conforme a todo lo dicho en el sentido de que el que hace daño a otro está obligado a responder por ese daño frente a los que le han padecido, tanto la víctima, como la sociedad, en la justa medida del daño causado. Y ello no sólo como justo remedio reparador, sino también porque a la vez esa actitud reparadora se ha revelado como un adecuado instrumento, no nos podemos olvidar aquí del efecto criminógeno o generador de nuevos delitos, que todo delito lleva consigo. El castigo y reparación del daño causado, digo, se ha revelado como un instrumento adecuado para la reeducación del causante del daño a los efectos de evitar la comisión de futuros perjuicios.

De suerte que, como a la postre evitar la comisión de futuros daños no es sino el fin más importante de todo el derecho sancionador, la reeducación y reinserción de los causantes de los daños pasa a convertirse también en la meta más importante, a la par que el instrumento más eficaz con el que cuenta dicho derecho sancionador para cumplir su fin.

Finalidad última del derecho sancionador que, por lo demás, tampoco es una creación exclusiva de la civilización occidental, sino que constituye un principio universal y una meta común de la humanidad. Viene a colación a este respecto la anécdota que me contó un compañero y amigo, de cuya mano he venido a El Salvador, y que le sucedió a él hace más de dos décadas, cuando ejercía sus funciones de colaboración con la ONU y visitaba un país de Centroamérica.

Me contó que le propusieron visitar una tribu que se encontraba en la selva. Como no había carreteras fueron en helicóptero. Al llegar se reunieron con el Consejo de ancianos y le contaron que en una ocasión un miembro de la tribu cuando volvía de la selva se encontró con que su mujer le había engañado con otro hombre, de modo que en un arrebato de ira mató a ese hombre. El Consejo le juzgó y le impuso como pena que se encargara de la manutención de la viuda y de sus hijos durante toda su vida. He de puntualizar aquí que, según me dijo el compañero, la pena de privación de la libertad en la cultura de ese pueblo indio equivalía de hecho a la pena de muerte, porque más allá de un corto periodo de días el indio privado de su libertad sentía que nunca más volvería a ser libre. Asimismo, al carecer de un sistema de hacienda pública y de seguridad social la pena de muerte para el culpable era también de hecho un castigo para las víctimas. De ahí que, se optase por una solución sancionadora plenamente reparadora.

De modo que, desde muy antiguo la función reparadora de Derecho Penal ha sido la más importante. Y dicha función no puede verse sustituida por la instituciones públicas, pues entonces, si el delincuente no asume su obligación de reparar el daño causado, como a veces pasa en occidente, eliminamos los beneficios de esa función, evitar la comisión de nuevos delitos.

Y desde luego, no puede decirse que el mencionado sea un fin baladí, pues como todos ustedes saben el crecimiento poblacional del sistema penitenciario en todos los países es un hecho constatable, lo cual trae como consecuencia ineludible la sobrepoblación, pues la administración penitenciaria es la cenicienta de la administración pública en casi todos los países.

En concreto, en El Salvador las cárceles desde hace más de una década tienen sobrepoblación. Desde inicios de la década pasada, su densidad poblacional rondaba los 120 internos por cada 100 plazas. El Comité Europeo para los Problemas Criminales establece que, cuando la densidad carcelaria supera el 100 % de la capacidad instalada, es considerada como sobrepoblación penitenciaria, mientras que cuando supera el 120 % se denomina sobrepoblación crítica o hacinamiento.

Con una capacidad instalada para albergar a 8490 personas privadas de libertad, el número de privados de libertad supera en más de tres veces el número de plazas disponibles, lo que representa una densidad penitenciaria del 367 %, en 2015.

Aquellos eran nuestros fines, y estos datos dibujan la realidad de la que partimos. Debemos ser, pues, conscientes de que nuestra tarea como aplicadores del derecho penitenciario es ciertamente muy difícil ante tan elevada población reclusa y tan escasos medios para su tratamiento penitenciario; pero por eso mismo, a la vez es una tarea sumamente necesaria e imprescindible si queremos avanzar en la restauración del orden público y la paz social. Los números referentes a la población carcelaria y al porcentaje de reinserción sin duda desalientan, pero no hay otro sistema mejor al que podamos acudir.

En una ocasión, hace ya más años de los que me gustaría reconocer, iba un buen día hablando con un compañero y amigo, que ahora está en el Tribunal Supremo, y en aquel entonces era juez de lo penal, cuando de pronto se le acercó una señora que dijo ser la madre de un delincuente conocido, habitual y drogadicto, al que el compañero había permitido cumplir la pena fuera de la cárcel, mediante su ingreso en un centro de desintoxicación. He de aclarar que para ello dicho compañero tuvo que echarle muchas agallas y mucha "imaginación", porque en aquella época nuestro Código Penal no permitía el cumplimiento alternativo de la pena fuera del establecimiento penitenciario, de modo que el Fiscal Jefe se oponía por sistema en sus informes a la concesión de tal beneficio, pese a lo cual el compañero citado guardó el expediente del reo citado y otros similares a la espera de que algún conocido del Fiscal Jefe necesitase dicho beneficio. Ocasión que no tardó en llegar, y que el compañero aprovechó para solicitar el informe positivo del Fiscal Jefe de ese y del resto de los casos que tenía "en espera", de suerte que el Fiscal no tuvo otro remedio que informar positivamente a todos. Se le acercó, como digo, la madre de dicho delincuente habitual y le dio emocionada las gracias porque al haberle permitido el cumplimiento alternativo de la pena en un centro de desintoxicación había conseguido su rehabilitación. Una vez que la madre se fue, el compañero, que estaba sensiblemente emocionado, con tristeza, pero también con orgullo, me dijo que eso, una rehabilitación, solo sucedía una vez cada 1000 casos, pero él se consideraba plenamente satisfecho.

Es esta la reflexión personal derivada de esa anécdota que he querido compartir con ustedes, este día.

● PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LA POTESTAD DISCIPLINARIA PENITENCIARIA DESDE LA LEGALIDAD Y LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA Y SU REPERCUSIÓN SOBRE EL SISTEMA PENITENCIARIO

Julio Fernández García

Sumario

1. Introducción. 2. Concepto y fines del Régimen Disciplinario. 3. Principios inspiradores de la potestad disciplinaria. 3.1. Principio de legalidad. 3.2. Principio de culpabilidad. 3.3. Principio de necesidad y subsidiariedad. 3.4. Principio de oportunidad. 3.5. Principio de non bis in idem. 3.6. Principio de irretroactividad. 3.7. Principios Constitucionales. 3.7.1. Tutela judicial efectiva. 3.7.2. Derecho a la defensa. 3.7.3. Derecho a la presunción de inocencia. 3.7.4. Derecho al asesoramiento. 3.7.5. Derecho a la información. 4. Los medios coercitivos o instrumentos de coerción física. 4.1. Definición y supuestos concretos de aplicación. 4.2. Presupuestos. 4.3. Garantías. 4.4. Procedimiento. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

1. Introducción

Afirma GARRIDO GUZMÁN⁶¹⁶ que está plenamente demostrado que todas las agrupaciones humanas necesitan un orden y una disciplina que hagan posible una convivencia ordenada. El régimen disciplinario penitenciario constituye un sector de especial importancia dentro del ordenamiento penitenciario, porque, además, si el mantenimiento de la disciplina es fundamental en los establecimientos penitenciarios para el desarrollo de las demás actividades, no resulta menos cierto que ello se consiga salvaguardando en todo momento, los derechos humanos de los reclusos. Por lo que, aunque la disciplina sea importante, nunca será un fin en sí misma, sino un medio para conseguir el buen orden regimental que permita que los internos puedan ejercer el libre desarrollo de su personalidad en idénticas condiciones que el ciudadano libre, con el fin de conseguir los ideales resocializadores. Así lo establece la Regla 36 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (nueva versión de 2015, denominadas Reglas Mandela); según la misma *“la disciplina y el orden se mantendrán sin imponer más restricciones de las necesarias para garantizar la custodia segura y la buena organización de la vida en común”*. De la misma manera, en la Regla 49 de las Reglas Penitenciarias Europeas (2006) se afirma lo siguiente: *“se mantendrá el orden en la prisión teniendo en cuenta los requisitos de seguridad y de disciplina, pero al mismo tiempo asegurando a los detenidos unas condiciones de vida que respeten la dignidad humana y ofreciéndoles un programa completo de actividades”*.

De acuerdo con estas previsiones, el régimen disciplinario que diseñan las actuales legislaciones penitenciarias incardinadas en la concepción de un Derecho Penal Moderno, debe respetar que la prevención, en sus dos vertientes, general de amenaza y especial de resocialización, sea la finalidad que debe afrontar la pena en un Estado Social y Democrático de Derecho⁶¹⁷. Por su parte, tanto las Constituciones Políticas como las leyes penitenciarias de los países más avanzados prevén que las penas privativas de libertad deben estar orientadas hacia la reeducación y reinserción social⁶¹⁸.

⁶¹⁶ GARRIDO GUZMÁN, L. *Manual de Ciencia Penitenciaria*, Edersa, Madrid, 1984.

⁶¹⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Coordinador). Autores BERDUGO, PÉREZ CEPEDA Y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ. *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Tomo I. Introducción al Derecho Penal, 2ª edición*, ed. Iustel, Madrid, 2015, p. 57. Se deben rechazar las teorías absolutas de la retribución, el castigo y el ánimo vindicativo de las penas, así como la prevención general positiva defendida por JAKOBS, teoría que pretende que con la imposición de la pena se pretende una actitud externa de respeto hacia el Derecho y una adhesión interna del ciudadano a los valores que se establecen en la norma, de fidelidad al Derecho, en definitiva. Dentro de un modelo de pensamiento jurídico-penal garantista esta concepción debe ser rechazada dese la óptica constitucional, en cuanto lleva a una confusión entre Derecho y Moral y, por tanto, atenta contra el libre desarrollo de la personalidad reconocido por la mayoría de las Constituciones Políticas de los países democráticos.

⁶¹⁸ En la legislación española lo prevé el artículo 25.2 de la CE y el 1 de la LOGP.

Sólo cuando existe una adecuada tipificación en la ley de las conductas que se consideran infracciones disciplinarias y de las sanciones a imponer por la comisión de las respectivas infracciones, además de un procedimiento disciplinario que respete la presunción de inocencia, la audiencia del imputado, información sobre la presunta infracción cometida, su defensa y asesoramiento, la contradicción, la práctica de pruebas, la separación entre instrucción y conocimiento y fallo y la posibilidad de que una autoridad judicial (Juez de Vigilancia Penitenciaria), además de las revisiones ad quem de estas decisiones, previamente a la ejecutoriedad de las respectivas sanciones, estaríamos hablando de un régimen disciplinario que se ajusta a las previsiones de las Normas Internacionales sobre la materia (Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos o Reglas Penitenciarias Europeas), de las Constituciones Políticas y de las leyes penitenciarias de los diferentes países⁶¹⁹.

2.- Concepto y fines del Régimen Disciplinario

El régimen disciplinario podemos definirlo como aquel conjunto de normas que regulan las infracciones que los internos pueden cometer derivadas del acatamiento de las normas de régimen interior y de las sanciones que pueden imponerse por la comisión de esas infracciones disciplinarias, con la finalidad de garantizar la seguridad y la consecución de una ordenada. No obstante, como afirma GARCÍA ALBERO⁶²⁰, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sentencia de 28 de junio de 1984, sienta doctrina por la que considera que existe un régimen disciplinario especial en materia penitenciaria. Según esa doctrina, se justifica la necesidad de un régimen no sujeto a la totalidad de las garantías del artículo 6 del Convenio de Roma⁶²¹, entre las que se encuentra la imposición de la sanción por el juez natural predeterminado por la ley. Existen razones de seguridad y de interés del orden, la necesidad de una pronta represión de la mala conducta de los detenidos y la responsabilidad que las autoridades administrativas deben tener sobre la disciplina dentro de los establecimientos de detención, lo que justifica la composición meramente administrativa de los órganos que intervienen en la disciplina penitenciaria. Esta postura no está exenta de críticas, debido, fundamentalmente, a que los órganos administrativos carecen de la independencia e imparcialidad con las que cuentan los órganos judiciales.

⁶¹⁹ REGLAS MÍNIMAS PARA EL TRATAMIENTO DE LOS RECLUSOS (REGLAS MANDELA 17 DICIEMBRE 2015). La Regla 39 establece lo siguiente: "1. Los reclusos sólo podrán ser sancionados conforme a la ley o el reglamento mencionados en la regla 37 y a los principios de equidad y de respeto de las garantías procesales. Ningún recluso será sancionado dos veces por la misma falta. 2. La administración del establecimiento penitenciario velará por que la sanción disciplinaria sea proporcional a la infracción para la que se haya establecido, y llevará un registro adecuado de todas las sanciones disciplinarias impuestas. 3. Antes de imponer sanciones disciplinarias, la administración del establecimiento penitenciario considerará en qué medida la enfermedad mental o discapacidad del desarrollo del recluso pueden haber contribuido a su conducta y a la comisión de la falta o hecho que haya motivado la sanción. La administración no sancionará ninguna conducta que se considere resultado directo de la enfermedad mental o discapacidad intelectual del recluso. Por su parte, la Regla 41.2 establece que "los reclusos serán informados, sin dilación y en un idioma que comprendan, de la naturaleza de los cargos que se les imputen, y dispondrán del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa". Y la Regla 41.3, que "los reclusos estarán autorizados a defenderse solos o con asistencia jurídica, cuando el interés de la justicia así lo exija, en particular en casos que entrañen faltas disciplinarias graves. Si no comprenden o no hablan el idioma utilizado en la audiencia disciplinaria, contarán con la asistencia gratuita de un intérprete". REGLAS PENITENCIARIAS EUROPEAS (COMITÉ MINISTROS CONSEJO DE EUROPA, 2006). La Regla 59 establece que "todo detenido acusado de una infracción disciplinaria: a) será informado rápidamente, en una lengua que entienda y de forma detallada, de la naturaleza de las acusaciones presentadas contra él; b) dispondrá de un plazo y de medios suficientes para preparar la defensa; c) estará autorizado a defenderse sólo o con asistencia judicial, cuando el interés de la justicia así lo exija; d) estará autorizado a solicitar la comparecencia de testigos y a interrogarlos o a hacer que los interroguen; y e) contará con la ayuda gratuita de un intérprete si no entienden o hablan el idioma que se utilice en la vista.

⁶²⁰ TAMARIT SUMALLA, SAPENA GRAU Y GARCÍA ALBERO. *Curso de Derecho Penitenciario: adaptado al nuevo Reglamento Penitenciario de 1996*, Cedecs, Barcelona, 1996.

⁶²¹ Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Roma, 4 de noviembre de 1950. El artículo 6 establece lo siguiente: "1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes del proceso así lo exijan o en la medida en que

Al ejercer la potestad disciplinaria la propia administración, actúa como juez y parte y esto resulta controvertido, aunque la solución del Ordenamiento Jurídico de la mayoría de los sistemas penitenciarios, se base en la discutida teoría de la Relación de Especial Sujeción Penitenciaria. Por otra parte, la posibilidad de que la propia administración imponga sanciones como el aislamiento en celda, si admitimos, como así es, que la sanción de aislamiento es una privación de libertad dentro de la privación de libertad, puede resultar incluso contraria a los principios constitucionales que consagran que la administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad⁶²².

En la legislación española, el artículo 41 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP) expresa que: “El régimen disciplinario de los establecimientos se dirigirá a garantizar la seguridad y conseguir una convivencia ordenada” y en el 231 del Reglamento Penitenciario (RP), sobre el fundamento y ámbito de aplicación se dice que: “el régimen disciplinario de los reclusos estará dirigido a garantizar la seguridad y el buen orden regimental y a conseguir una convivencia ordenada, de manera que se estimule el sentido de la responsabilidad y la capacidad de autocontrol, como presupuestos necesarios para la realización de los fines de la actividad penitenciaria”. En este sentido, en el RP de 1996 se experimenta una evolución importante de la que define TELLEZ⁶²³, clásica concepción “autoritaria” de la disciplina a una “reformadora”, donde por primera vez se incluye, junto a los tradicionales fines del régimen disciplinario, el estimular el sentido de la responsabilidad y la capacidad de autocontrol de los internos. Este enfoque se ajusta más a una moderna concepción del régimen disciplinario en un Estado Social y Democrático de Derecho.

3. Principios inspiradores de la potestad disciplinaria

Dentro de esa función del régimen disciplinario penitenciario en el Estado Social y Democrático de Derecho, se puede afirmar que los principios del Derecho Penal son aplicables al Derecho Administrativo Sancionador, como ha señalado el Tribunal Constitucional Español y el Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones, aunque con algunos matices que se expondrán a lo largo del tema. De acuerdo con esto se han ido acuñando los siguientes principios: legalidad (Sentencia del Tribunal Constitucional, STC 42/1987 de 7 abril), culpabilidad (STC 76/1990 de 26 de abril), proporcionalidad (STC 62/1982 de 15 de octubre), non bis in idem (STC 2/1981 de 30 de enero y STC 77/1983 de 3 de octubre), tipicidad (STC 101/1988 de 8 de junio). Estos principios, además, aparecen consagrados en la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, que serán de aplicación en el régimen disciplinario penitenciario según establece el artículo 232 del RP de 1996.

3.1. Principio de legalidad

El principio de legalidad es un principio clave que proviene del derecho penal con el clásico aforismo de FEUERBACH “nullum crimen nulla poena sine lege” y que consiste en una absoluta Reserva de ley para la definición de las conductas constitutivas de delito y las correspondientes penas a imponer a los respectivos delitos.

sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia. 2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada. 3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él, b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si caree de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan; d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra; e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.

⁶²² Así lo establece la CE en su artículo 25.3 se establece que “la Administración civil no podrá imponer sanciones que directa o subsidiariamente, impliquen la privación de libertad.

⁶²³ TELLEZ AGUILERA, A. *Seguridad y disciplina penitenciaria. Un estudio jurídico*, Edisofer, Madrid, 1998.

En nuestro derecho positivo, el punto de partida de este principio lo tenemos en el artículo 25.1 de la Constitución al establecer que: “nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”. Además, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 133/1987 de 21 de julio, 127/1990 de 5 de julio y 117/1993 de 29 de marzo), en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, ha enumerado las tres exigencias que se derivan del principio de legalidad: la existencia de una ley escrita anterior al hecho sancionado (*lex previa*) y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*), prohibiendo que la punibilidad esté basada en normas distintas o de rango inferior a la ley. Junto a esta dimensión material del principio, existe la vertiente formal por el cual sólo la ley formal puede decidir los comportamientos y castigará con las correspondientes sanciones.

Pues bien, dentro del específico campo del derecho disciplinario penitenciario, las Reglas Mínimas son más permisivas y menos exigentes con el principio de estricta legalidad en la descripción de conductas que supongan infracciones y las sanciones a imponer por la comisión de las mismas, permitiendo que no sea solo la ley formal aprobada por el poder legislativo la que posibilite esto, sino que se puede describir en una norma de rango inferior a la ley, como son los reglamentos administrativos⁶²⁴. Por su parte, la LOGP establece en el artículo 42 que: “1. *Los internos no serán corregidos disciplinariamente sino en los casos establecidos en el Reglamento y con las sanciones expresamente previstas en esta Ley*⁶²⁵. . Las infracciones disciplinarias se clasificarán en faltas muy graves, graves y leves”. Según esto, la tipificación de las conductas constitutivas de infracción disciplinaria, no se determina en la Ley sino en el Reglamento. Esto, de conformidad con lo establecido en el artículo 25.1 de la Constitución, supone un claro atentado al principio de legalidad en la concreción de las infracciones disciplinarias que se establecen en el Reglamento por delegación de la LOGP.

.....
⁶²⁴ REGLAS MÍNIMAS PARA EL TRATAMIENTO DE LOS RECLUSOS (REGLAS MANDELA 2015). Regla 37. “*La ley pertinente, o el reglamento de la autoridad administrativa competente, determinarán en cada caso: a) las conductas que constituyen una falta disciplinaria; b) el carácter y la duración de las sanciones disciplinarias aplicables; c) la autoridad competente para imponer las sanciones; y d) toda forma de separación forzosa del resto de la población reclusa (como el aislamiento, la incomunicación, la segregación y los módulos de vigilancia especial o de semiaislamiento), ya sirva como sanción disciplinaria o para mantener el orden y la seguridad, incluida la aprobación de normas y procedimientos relativos al uso, la revisión, la imposición o el levantamiento de cualquier régimen de separación forzosa*”.

⁶²⁵ En España, el artículo 42.2 de la LOGP establece que no podrán imponerse otras sanciones que:

- Aislamiento en celda, que no podrá exceder de catorce días.
- Aislamiento de hasta siete fines de semana.
- Privación de permisos de salida por un tiempo que no podrá ser superior a dos meses.
- Limitación de las comunicaciones orales al mínimo del tiempo previsto reglamentariamente, durante un mes como máximo.
- Privación de paseos y actos recreativos comunes, en cuanto sea compatible con la salud física y mental, hasta un mes como máximo.
- Amonestación

El aislamiento en celda se ejecutará en una celda de las mismas condiciones que la que habita el interno. Durante los días de sanción disfrutará de dos horas de salida al patio, en solitario. La privación de paseos y actos recreativos, sólo priva de los mismos, es decir, que no priva de las actividades que el interno realice en función de la participación en actividades de tratamiento: educativas, culturales, laborales, ocupacionales y formativas. Durante ese periodo (exclusivo de paseos y ocio) el interno permanecerá en la celda (normalmente se cumple por las tardes). El resto de tiempo hace vida normal junto al resto de los privados de libertad y en los programas y actividades en que intervenga.

Pero, además, esta deslegalización es aún de mayor calado debido a que en la Disposición Derogatoria tercera del RP de 1996, se mantienen vigentes, entre otros, los artículos 108, 109 y 110 del RP de 1981 donde se regula la tipificación de las faltas muy graves, graves y leves⁶²⁶. Una tipificación de conductas que, en cualquier caso, ha quedado desfasada con el transcurso del tiempo. Existen algunas conductas tipificadas como infracciones que corresponden más bien al concepto de una sociedad paternalista propia de sistemas políticos autoritarios. Un claro ejemplo de esto es la tipificada como falta muy grave, en el artículo 108.i del RP de 1981, es decir, “*atentar contra la decencia pública con actos de grave escándalo y trascendencia*”.

.....
⁶²⁶ En España, las faltas que prevé la legislación son las siguientes:

Son faltas muy graves, según el artículo 108 del RP de 1981:

- Participar en motines, plantes o desórdenes colectivos, o instigar a los mismos si éstos se hubieran producido.
- Agredir, amenazar o coaccionar a cualesquiera personas dentro del Establecimiento o a las autoridades o funcionarios judiciales o de instituciones penitenciarias, tanto dentro como fuera del establecimiento si el interno hubiera salido con causa justificada durante su internamiento y aquellos se hallaren en el ejercicio de sus cargos o con ocasión de ellos.
- Agredir o hacer objeto de coacción grave a otros internos.
- La resistencia activa y grave al cumplimiento de las órdenes recibidas de autoridad o funcionario en ejercicio legítimo de sus atribuciones.
- Intentar, facilitar o consumir la evasión.
- Inutilizar deliberadamente las dependencias, materiales o efectos del establecimiento o las pertenencias de otras personas, causando daños de elevada cuantía.
- La sustracción de materiales o efectos del establecimiento o de las pertenencias de otras personas.
- La divulgación de noticias o datos falsos, con la intención de menoscabar la seguridad del establecimiento.
- Atentar contra la decencia pública con actos de grave escándalo y trascendencia.

Son faltas graves, según el artículo 109:

- Calumniar, injuriar, insultar y faltar gravemente al respeto y consideración debidos a las autoridades, funcionarios y personas del apartado b) del artículo anterior, en las circunstancias y lugares que en el mismo se expresan.
- Desobedecer las órdenes recibidas de autoridades o funcionarios en el ejercicio legítimo de sus atribuciones o resistirse pasivamente a cumplirlas
- Instigar a otros reclusos a motines, plantes o desórdenes colectivos, sin conseguir ser secundados por éstos.
- Insultar a otros reclusos o maltratarles de obra.
- Inutilizar deliberadamente las dependencias, materiales o efectos del establecimiento o las pertenencias de otras personas causando daños de escasa cuantía, así como causar en los mismos bienes, daños graves por negligencia temeraria.
- Introducir, hacer salir o poseer en el establecimiento objetos que se hallaren prohibidos por las normas de régimen interior.
- Organizar o participar en juegos de suerte, envite o azar, que no se hallaren permitidos en el establecimiento.
- La divulgación de noticias o datos falsos, con la intención de menoscabar la buena marcha regimental del establecimiento.
- La embriaguez producida por el abuso de bebidas alcohólicas autorizadas que cause grave perturbación en el establecimiento o por aquellas que se hayan conseguido o elaborado de forma clandestina, así como el uso de drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas o estupefacientes, salvo prescripción facultativa.

Son faltas leves, según el artículo 110:

- Faltar levemente a la consideración debida a las autoridades, funcionarios y personas del apartado b) del artículo 108, en las circunstancias y lugares que en el mismo se expresan.
- La desobediencia de las órdenes recibidas de los funcionarios de instituciones penitenciarias en ejercicio legítimo de sus atribuciones que no causen alteración de la vida regimental y de la ordenada convivencia.
- Formular reclamaciones sin hacer uso de los cauces establecidos reglamentariamente.
- Hacer uso abusivo y perjudicial de objetos no prohibidos por las normas de régimen interior.
- Causar daños graves en las dependencias, materiales o efectos del establecimiento o en las pertenencias de otras personas por falta de diligencia o cuidado.
- Cualquier otra acción u omisión que implique incumplimiento de los deberes y obligaciones del interno, produzca alteración en la vida regimental y en la ordenada convivencia y no esté comprendida en los supuestos de los artículos 108 y 109, ni en los apartados anteriores de este artículo.

Estos conceptos han desaparecido de nuestro moderno Derecho Penal y no procede, por tanto, seguir manteniéndolas en el derecho penitenciario. En la tipificación de estas conductas se percibe la unión entre derecho y moral y precisamente, como afirma FERRAJOLI⁶²⁷, la separación del derecho respecto a la moral, es formulada por el pensamiento ilustrado y recibida después por el positivismo jurídico como fundamento del principio de legalidad en el moderno Estado de Derecho. También se abusa de conceptos jurídicos indeterminados, en los que el intérprete a la hora de aplicarlos, tiene que hacer un extraordinario esfuerzo para su encaje al caso concreto (coacción grave, resistencia activa y grave, uso abusivo y perjudicial, etc.). Esto viola claramente la determinación, certeza y taxatividad, incardinados en el principio de legalidad. Recordemos, como afirman BERDUGO Y PÉREZ CEPEDA⁶²⁸, que la vaguedad de las definiciones penales, además de privar de contenido material al principio de legalidad, disminuye o elimina la seguridad jurídica exigida por el artículo 9.3 de la Constitución Española (CE). Por otro lado, si hacemos un análisis de las conductas constitutivas de infracciones disciplinarias penitenciarias, observamos la quiebra de otro elemento sustancial de los principios básicos del Derecho Penal, como es la prohibición de la analogía in malam partem y es que, concretamente la última conducta tipificada como falta leve, del artículo 110 del RP de 1981, se dice textualmente: “Son faltas leves, f) cualquier otra acción u omisión que implique incumplimiento de deberes y obligaciones del interno, produzca alteración en la vida regimental y en la ordenada convivencia y no esté comprendida en los supuestos de los artículos 108 y 109, ni en los apartados anteriores de este artículo”. Otro ejemplo de aplicación analógica en la tipificación de infracciones es la que regula el catálogo de objetos prohibidos aprobado por el Centro Directivo, y que la posesión de los mismos por los internos se considera falta grave (109-f). Pues bien, en la definición de los objetos o artículos prohibidos, hay un listado de 20 tipos de objetos prohibidos (armas de fuego, armas blancas, cadenas de hierro, drogas tóxicas, etc) y en ese listado, en el número 19 se especifica lo siguiente: “cualquier otro artículo que pudiera suponer un riesgo para los internos, personal penitenciario del propio centro o cuya manipulación pudiera suponer riesgo de deterioro. Salvo aquellos que estén prescritos en los distintos programas de intervención y tratamiento que se realicen en los centros”. Precisamente de la prohibición de la analogía como principio de la potestad disciplinaria, se encarga el artículo 232.3 del RP de 1996, por lo que existe una evidente contradicción.

No obstante, la determinación reglamentaria de las conductas constitutivas de infracción disciplinaria se ha justificado por el Tribunal Constitucional (STC 2/1987 de 21 de enero de los presos de Basauri)⁶²⁹ atendiendo a la denominada teoría de la relación de especial sujeción, que vincula al interno con la Administración penitenciaria. La mencionada teoría, no es sino una acentuada situación de dependencia y subordinación, que implica una considerable restricción de los derechos del afectado y que se explica y dota de contenido de cara a la obtención de unos determinados fines por parte de la Administración. Con esto se debilita notablemente el principio de legalidad.

.....
⁶²⁷ FERRAJOLI, L. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta, Madrid, 2000.

⁶²⁸ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Coordinador). Autores BERDUGO, PÉREZ CEPEDA Y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo I. Introducción al Derecho Penal*. 2ª edición, op cit.

⁶²⁹ STC 2/1987, de 21 de enero: “En estos casos la reserva de ley cumple principalmente una función de garantizar la seguridad jurídica, de modo que los internos pueden disponer de información suficiente sobre las normas jurídicas aplicables a un determinado caso, y la norma debe formularse con la suficiente precisión como para que el interno pueda prever razonablemente

Sin embargo, con la promulgación de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, sólo se exceptiona del principio de legalidad “el ejercicio por las Administraciones Públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio y de quienes estén vinculados a ellas por una relación contractual”, por lo que el resto de las relaciones de especial sujeción están sometidas al principio de legalidad. Según esto, en materia disciplinaria penitenciaria no sólo las sanciones deben estar recogidas en la Ley, sino también las infracciones disciplinarias. Por lo que el mantenimiento de la situación actual (las sanciones reguladas en la Ley y las infracciones en el Reglamento) es, a todas luces, contrario al principio de legalidad y no sólo, como afirma BUENO ARÚS⁶³⁰, que se contemplaran en la Ley las faltas muy graves y estableciera los principios básicos de tipificación de las infracciones graves y leves. Por consiguiente, apoyamos también la teoría de la inclusión de las infracciones en la Ley, en base a lo establecido en el artículo 25.2 de la Constitución, en su segundo párrafo, al establecer que la limitación de derechos del interno sólo puede darse expresamente por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria. Pues bien, un presupuesto fáctico (infracción disciplinaria) puede determinar, como consecuencia, la imposición de una sanción (aislamiento en celda, por ejemplo) que supone una restricción del denominado status libertatis, ya que en el aislamiento en celda, el interno va a permanecer en la misma 22 horas al día y esto claramente es una limitación mayor de su status libertatis, y determinado, en virtud de una disposición (infracción) que no está recogida por la Ley, sino por una norma jurídica de inferior rango (Reglamento).

3.2. Principio de culpabilidad

De acuerdo con el principio de culpabilidad o de responsabilidad subjetiva, en virtud del principio derivado del Derecho penal, queda excluida la posibilidad de imponer sanciones disciplinarias cuando no haya sido acreditada la existencia de dolo o culpa del sujeto. Aparece, en el RP de 1996, en su artículo 234 por primera vez, aunque no recoge expresamente el principio de culpabilidad, sino como criterio de graduación de la determinación de las sanciones, en el que se dice que: “En cada caso concreto, la determinación de la sanción y de su duración se llevará a efecto atendiendo a la naturaleza de la infracción, a la gravedad de los daños y perjuicios ocasionados, al grado de ejecución de los hechos, a la culpabilidad de los responsables y al grado de su participación en aquellos, así como a las demás circunstancias concurrentes”. En cambio, los Jueces de Vigilancia han proscrito la imputación objetiva de hechos constitutivos de infracción a internos a los que no se le pueda atribuir la acción u omisión a título de dolo o culpa, estimando los recursos de sanciones impuestas por infracciones como la imputación de objetos prohibidos a todos los que ocupan una determinada celda, o los destrozos de instalaciones de una celda, sin que pueda acreditarse autor (Autos Juzgado Vigilancia Penitenciaria de Málaga de 23 de julio, 4 y 14 de noviembre 1991, 10 y 13 de junio de 1994, de Soria, de 11 de enero de 1992 o de Zaragoza, de 11 de

las consecuencias de su conducta. El interno se integra en una institución preexistente y que proyecta su autoridad sobre quienes, al margen de su condición común de ciudadanos, adquieren el status específico de individuos sujetos a un poder público que no es el que, con carácter general, existe sobre el común de los ciudadanos. En virtud de esta sujeción especial, y en virtud de la efectividad que entraña ese sometimiento singular al poder público, el ius puniendi no es el genérico del Estado, y en tal medida la propia reserva de ley pierde parte de su fundamentación material, dado el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria, expresiva de la capacidad de autodeterminación correspondiente, para determinar en concreto las previsiones legislativas abstractas sobre las conductas identificables como antijurídicas en el seno de la institución”.

⁶³⁰ BUENO ARÚS, F., Estudios Penales y Penitenciarios. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1981.

noviembre de 1992)⁶³¹. En otros casos, el Juzgado de Vigilancia, deja sin efecto la sanción impuesta por la Comisión Disciplinaria por falta de prueba del “conocimiento de la prohibición” (Autos Juzgado de Vigilancia de Ceuta de 19 de enero de 2006 o de Castellón, de 20 de octubre de 2009)⁶³². En otros supuestos, el Juzgado de Vigilancia también deja sin efecto la sanción impuesta por exclusión de la culpabilidad debida al estado mental del acusado, declarándolo inimputable (Autos del Juzgado de Vigilancia de Zaragoza, de 3 de febrero de 2010 o de Granada, de 25 de noviembre de 2013)⁶³³

3.3. Principio de necesidad y subsidiariedad

De acuerdo con este principio, al igual que en el supuesto de los medios coercitivos, una característica del régimen disciplinario es que su aplicación ha de ser estrictamente necesaria, tiene que ser la última ratio y subsidiaria de otros mecanismos menos gravosos para los derechos de los internos.

631 JURISPRUDENCIA PENITENCIARIA 1984-1995. Edición comentada por TELLEZ AGUILERA, A., Ministerio de Justicia, Madrid, 1996. En el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Málaga, de 10-06-94 se dice lo siguiente: “la infracción que se le imputa al interno consiste en que sobre las dieciséis horas del día 06-02-94 en cacheo de la celda ocupada por el mismo, se observaron agujeros en el muro de la ducha y otro encima de la última estantería en el rincón derecho, estando dicha celda en el departamento FIES, donde diariamente se realizan requisas, por razones de seguridad, golpeando los barrotes de la ventana y paredes, así como las baldosas del suelo, con hierros contundentes, pudiendo causarse con tales golpes los referidos agujeros, al menos hipotéticamente; y que al cambiar la guardia de funcionarios en el siguiente control de la celda, se observe un agujero y achacarlo al interno, que al ingresarlo en el departamento es desposeído de cualquier objeto con suficiente contundencia como para dañar una pared de hormigón, de lo que resulta no estar debidamente acreditado que el interno recurrente haya sido el que efectuó tales agujeros con daño de la celda, procediendo, por tanto, a absolver al mismo de la falta que se le imputa y sobreseer el expediente”. En el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Zaragoza, de 11-11-92, se establece que: la simple inscripción de un nombre en una papelina que, por otra parte, tampoco se indica que contenía y, en consecuencia si se trataba de un objeto a los que se refiere el artículo 109 apartado f, del Reglamento Penitenciario, no es prueba suficiente, primero de la tenencia y después de que se tratara de un objeto prohibido por lo que procede acoger y declarar la nulidad de la sanción.

632 JURISPRUDENCIA PENITENCIARIA 2000-2014. RÉGIMEN DISCIPLINARIO. Comentarios de LUENGO BORREGO, I., Jurista Central Penitenciaria de Observación. Ministerio del Interior, 2015. Auto del Juzgado de Vigilancia de Ceuta de 19 de enero de 2006. “En el caso que nos ocupa no aparece claramente que el interno tuviera conocimiento de la prohibición (en este caso de tener dinero de curso legal), máxime cuando el interno al parecer lo quería para la adquisición de un televisor, cosa que es factible desde el punto de vista del Reglamento. Si además de ello le añadimos que el dinero le fue intervenido inmediatamente, después de una comunicación, podríamos encontrarnos ante acto ambiguo todavía, puesto que, se desconocía cuál iba a ser la actitud del interno, opinando la mayoría de la doctrina, que en tales supuestos queda excluida la culpabilidad. Los mencionados extremos aparecen acreditados según parte del Jefe de Servicios; por ello y en base a lo razonado procede estimar el recurso y dejar sin efecto a sanción impuesta”.

633 JURISPRUDENCIA PENITENCIARIA 2000-2014. RÉGIMEN DISCIPLINARIO. Comentarios de LUENGO BORREGO, I., op cit. “Cabe señalar que en los establecimientos penitenciarios hay un porcentaje de internos diagnosticados de enfermedades mentales y que no están en centros psiquiátricos apropiados bien porque éstos no existen o porque los dos únicos establecimientos penitenciarios de este tipo desbordan su capacidad. Es por ello que, si estos internos están en prisión porque no hay unidades psiquiátricas para su adecuado tratamiento, lo que no puede hacerse es someterlos al mismo régimen disciplinario que a los internos mentalmente sanos, tal y como dice expresamente el artículo 188.4 del Reglamento Penitenciario. Es por ello que la sanción que se estudia conculca el principio de culpabilidad y procede su revocación. En consecuencia, procede la revocación de la sanción impuesta. Vistos los preceptos legales citados y los demás de aplicación, estimo el recurso de alzada interpuesto por el interno referido contra el acuerdo de fecha señalada de la Comisión Disciplinaria del centro penitenciario de referencia y, en consecuencia, revoco dicho acuerdo sancionador, el cual queda sin efecto”. Auto del Juzgado de Vigilancia de Granada, de 25 de noviembre de 2013. “Atendiendo a la culpabilidad del sujeto, imperativo que se desprende del artículo 234 del Reglamento Penitenciario, procede declarar exento al expedientado de toda responsabilidad ya que, probado que ha sido, por el informe médico obrante en las actuaciones, que tales hechos se produjeron bajo el padecimiento de un brote psicótico agudo, como pone de relieve entre otras muchas la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 23 de diciembre de 2003, la psicosis de tipo esquizoide que sufre el expedientado le impedía, en términos de culpabilidad, representarse el resultado de su acción y comprender su ilicitud. El delirio provocado por la psicosis, hace a una persona absolutamente inmotivable para ajustar su conducta a parámetros de normalidad. La acción cometida bajo esos presupuestos ta deficitarios de imputabilidad no puede serle reprochada en términos punitivos, sin riesgo a desconocer de plano los principios fundamentales de un sistema penal (en todo caso disciplinario) basado en la idea de culpabilidad individualizada como presupuesto y medida de imposición de la pena (sanción)”.

Las sanciones disciplinarias impuestas como consecuencia de la comisión de infracciones disciplinarias, como se ha dicho, suponen una limitación del status libertatis, y como tal, es a lo último que se ha de acudir para resolver el respectivo conflicto generado. A este respecto ASENCIO CANTISÁN⁶³⁴ dice que es obligación de la Administración penitenciaria buscar otros medios alternativos para corregir los actos contrarios al régimen, y que sólo una vez descartados estos, se utilizará el régimen disciplinario. El Auto del Juzgado de Vigilancia de la Coruña, de 28 de abril de 2011 deja sin efecto la sanción impuesta a un interno por el principio de intervención mínima⁶³⁵

3.4. Principio de oportunidad

Afirma MAPELLI⁶³⁶ que sólo cuando la sanción disciplinaria resultare imprescindible para el mantenimiento de la conciencia colectiva del orden, debería ejecutarse la sanción impuesta. En el artículo 42.6 de la LOGP establece el principio por el cual: “las sanciones podrán ser reducidas por decisión del órgano colegiado correspondiente o a propuesta del Equipo Técnico y, cuando se advierta que hubo error en la aplicación de un correctivo, se procederá a una nueva calificación, o, en su caso, a levantar inmediatamente el castigo”. Indudablemente que, el propio órgano correspondiente (Comisión Disciplinaria) puede corregir sus propios errores, pero también el principio de oportunidad se recoge en el RP (artículos 255 y 256), así, -aparte de motivos de salud, tanto física como psíquica del interno, previo informe médico, para quién se suspende la ejecución de la sanción impuesta-, existen otros motivos por los que puede suspenderse, reducirse o revocarse la efectividad de la sanción, en atención a los fines de reeducación y reinserción social. Cuando se advierta error en la aplicación de una sanción que no haya sido recurrida ante el Juez de Vigilancia, la Comisión Disciplinaria efectuará una nueva calificación de la infracción, siempre que no implique una sanción superior a la impuesta, procediendo a su reducción o sustitución o, en caso de que no proceda sanción alguna, la revocará levantando inmediatamente el castigo y cancelará automáticamente su anotación. En cambio, esa revocación o reducción de sanciones no se podrá efectuar sin autorización del Juez de Vigilancia cuando éste haya intervenido en su imposición, directamente o por vía de recurso. También se da la aplicación de este principio tras procesos de mediación (Autos de Juzgados de Vigilancia de Madrid I, de 3 de agosto de 2007, de 13 de junio de 2008 y de 9 de marzo de 2011). En los tres Autos los respectivos internos sancionados por la Comisión Disciplinaria por haber agredido a otros internos. Tras un proceso de mediación el Juzgado de Vigilancia revocó las respectivas sanciones⁶³⁷.

634 ASENCIO CANTISÁN. *“El procedimiento sancionador en la reforma del Reglamento Penitenciario de 26 de marzo de 1984”*, AAVV. III Jornadas penitenciarias andaluzas, Sevilla 1987.

635 JURISPRUDENCIA PENITENCIARIA 2000-2014. RÉGIMEN DISCIPLINARIO. Comentarios de LUENGO BORREGO, I. Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de la Coruña, de 28 de abril de 2011. “Procede estimar el recurso interpuesto en cuanto a la sanción impuesta por la comisión de la falta disciplinaria grave del artículo 109 del Reglamento Penitenciario (insultar a otros reclusos o maltratarles de obra) que le ha sido impuesta. En el parte del funcionario se consigna que los internos discutieron a grandes voces con acusaciones mutuas de haberse robado. En definitiva los hechos son atípicos pues entenderlo de otro modo y castigar como falta grave una simple discusión aunque sea en alta voz, es realizar una interpretación sumamente extensiva de los tipos sancionadores que se compecece mal con el principio de intervención mínima que también es aplicable en este ámbito de actuación del derecho administrativo”.

636 MAPELLI CAFFARENA *“Las relaciones especiales de sujeción y el sistema penitenciario”*, AAVV., Estudios de Criminología I, Universidad Castilla la Mancha, 1993

637 JURISPRUDENCIA PENITENCIARIA 2000-2014. RÉGIMEN DISCIPLINARIO. Comentarios de LUENGO BORREGO, I. Por todos, Auto del Juzgado de Vigilancia de Madrid 1, de 9 de marzo de 2011. *“En el presente caso, concurre una circunstancia que no puede pasar desapercibida a la hora de resolver el recurso presentado por el interno. Dicho interno, junto con otros que intervinieron*

3.5. Principio de “non bis in idem”

Afirma TELLEZ⁶³⁸ que el principio non bis in idem consiste en impedir, por una parte que una persona sea sancionada dos veces por el mismo hecho con sanciones de igual o distinto orden (penal y administrativo), cuando entre ambas exista identidad de sujeto, de hecho y de fundamento que la STC 2/1981 de 30 de enero se encarga de reforzar y, por otra parte, prohibir que un mismo hecho pueda ser objeto de dos procesos distintos, tanto en jurisdicciones distintas como en una misma jurisdicción, como consecuencia de los efectos de la litispendencia y de la cosa juzgada. Sin embargo, la Constitución se ha abstenido de recoger el principio del non bis in idem, tendiendo que ser el Tribunal Constitucional el que lo ha regulado, lo que ha sido criticado por cierto sector doctrinal al entender que el Tribunal Constitucional se ha arrogado la facultad del legislador constituyente.

A partir de aquí, el Tribunal Supremo siguió la misma línea (entre otras Sentencias del Tribunal Supremo, SSTS 8 de junio de 1982, sala 4ª, 6 de junio de 1988, 18 de abril 1988, sala 5ª) e incluso una línea legislativa en la que expresamente se recogía el principio del non bis in idem (Ley 29/1985 de Aguas, 25/1988 de Carreteras, 28/1988 de Costas), cuya regulación más importante es en la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, que en su artículo 133 se dice que: “no podrán sancionarse hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento” y el artículo 137.2 dispone que: “los hechos declarados probados por resoluciones penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que substancien”. Con todo ello se quiere decir que se imposibilita a los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código Penal o leyes penales especiales, mientras el orden penal no se haya pronunciado sobre ellos. Garantía que, en otro orden de cosas, no excluye una actuación posterior de la Administración cuando exista un específico y diverso fundamento para sancionar, aunque con ello se trata de asegurar que el fundamento para sancionar sea el de los hechos declarados probados por la autoridad judicial.

Ahora bien, en el supuesto que nos ocupa, la aplicación del principio del non bis in idem en materia disciplinaria penitenciaria, el propio Tribunal Constitucional ha hecho una serie de matices que es importante resaltar. Y es que el máximo intérprete de la Constitución ha sido siempre reticente en aplicar el principio de non bis in idem en el seno de las relaciones especiales de sujeción, no sólo en la sentencia comentada, STC 2/1981 de 30 de enero, sino también en otras posteriores (77/1983 de 3 de octubre, 94/1986 de 8 de julio, 76/1990 de 26 de abril, 118/1990 de 18 de junio). En la misma línea el Tribunal Supremo entendía que el fundamento jurídico de los órdenes penal y administrativo era distintos en estas relaciones y por tanto era permisible su compatibilidad.

en los hechos acaecidos el 5 de enero de 2010 han participado en un proceso de mediación, llevado a cabo por la Asociación de Mediación para la pacificación de conflictos. En esa mediación los internos mencionados han firmado un acta de reconciliación en la que expresamente ha manifestado el referido interno que asume su parte de responsabilidad en la agresión que realizó a otro interno. Asimismo el interno ha expresado que ha sido capaz de reflexionar sobre lo sucedido y que ha pedido disculpas al interno que agredió. Los internos implicados en los hechos se han comprometido a gestionar de manera pacífica los conflictos que puedan surgir entre ellos. Ante tal situación, es preciso reconocer el esfuerzo realizado por los internos y otorgar a esa actitud conciliadora un efecto jurídico, dentro de los fines reeducativos y de reinserción social que tienen las penas privativas de libertad. Por ello haciendo uso de las facultades que otorga el artículo 256 del Reglamento Penitenciario, procede revocar la sanción de 10 días de aislamiento en celda que se impuso a los internos por haberse sometido a un proceso de mediación, felizmente concluido”.

⁶³⁸ TELLEZ AGUILERA, A. *Seguridad y disciplina penitenciaria. Un estudio jurídico*, op cit.

En tales casos estaría justificado el ejercicio conjunto de la potestad sancionadora de la Administración y el “ius puniendi” de la Jurisdicción, como establece la STC de 8 de julio de 1986. En la misma línea, la Consulta 3/1986 de 1 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado sobre reconocimiento de los derechos y garantías procesales de todo detenido a los reclusos en Centros Penitenciarios autores de faltas disciplinarias que puedan constituir infracciones delictivas, establece la misma tesis que la STC 3/1986 de 8 de julio. No obstante, el propio Tribunal Constitucional en más recientes sentencias, como la STC 234/1991 de 10 de diciembre, admitiendo que “la existencia de la relación de especial sujeción tampoco basta por sí misma, sin embargo, para justificar la dualidad de sanciones. De una parte, en efecto, las llamadas relaciones de sujeción especial no son entre nosotros un ámbito en que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales o en que la Administración pueda dictar normas sin habilitación legal previa. Estas relaciones no se dan al margen del Derecho, sino dentro de él”.

A pesar de las anteriores consideraciones, la regulación por la que ha optado nuestra normativa penitenciaria no ha estado exenta de críticas, ya que en definitiva, viene a consagrar la doctrina impuesta por el Tribunal Constitucional anterior a 1991 y en definitiva viene a establecer que la Administración penitenciaria pueda imponer sanciones disciplinarias con independencia de que se incoe el oportuno procedimiento penal y, en su caso, recaiga la correspondiente pena. La intención no es otra que la de salvaguardar en todo caso la pluralidad de fundamentos que habilitaría la duplicidad de sanciones. El artículo 232.4 del RP de 1996 establece que: “Aquellos hechos que pudiesen ser constitutivos de delito podrán ser también sancionados disciplinariamente cuando el fundamento de la sanción sea la seguridad y el buen orden regimental. En estos casos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 284 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, los hechos serán puestos en conocimiento del Ministerio Fiscal y de la Autoridad judicial competente, previa realización, en su caso, de las diligencias de prevención que se consideren necesarias”. Según esto en la relación de especial sujeción penitenciaria, queda excluida la garantía constitucional del non bis in idem. A este respecto, la mayoría de la doctrina estima, que la exclusión del principio del non bis in idem en el seno de la relación de especial sujeción penitenciaria, debería, en su caso, haberse habilitado por Ley y no en una norma jurídica de inferior rango como es el Reglamento Penitenciario, todo ello al amparo de que la limitación de derechos se habilite por Ley penitenciaria, como señala el artículo 25.2 de la CE.

Haciendo un análisis del artículo 232.4 del RP, parece que el legislador ha querido excluir el principio del non bis in idem, en materia disciplinaria penitenciaria sólo en situaciones excepcionales, es decir, compatibilizar sanciones penales y administrativas cuando el fundamento de la sanción sea la seguridad y el buen orden regimental. Lo cierto es que si este fue el espíritu del legislador, lo que en la práctica ha conseguido es precisamente lo contrario, que se introduzca el bis in idem con carácter general. Los conceptos de seguridad y buen orden regimental son conceptos jurídicos indeterminados que siempre podrán argumentarse ante la comisión por parte de un interno de unos hechos que puedan constituir infracción disciplinaria por un lado e infracción penal por otro. Voy a ilustrarlo con dos ejemplos que, aunque totalmente diferentes, puede estimarse que se ha alterado la seguridad o el orden regimental: dos internos que se pelean y se producen lesiones, por un lado existe la presunta comisión de infracción disciplinaria (falta muy grave), y por otro lado existe la presunta comisión de un delito de lesiones. Aquí, el intérprete, en la práctica, considera que ha habido alteración de la seguridad y el orden regimental, por lo que, a tenor del precepto, se podrá sancionar disciplinariamente.

Pero existen otros supuestos como el no regreso al Centro de un interno que ha disfrutado permiso penitenciario, (Falta muy grave y delito de quebrantamiento de condena), en los que esa alteración de la seguridad y el orden regimental parece mucho más dudoso, lo que ocurre es que, al ser conceptos jurídicos indeterminados, se puede argumentar también que ha habido una alteración de la seguridad y el buen orden regimental⁶³⁹. En definitiva, la introducción del artículo 232.4 en el RP ha supuesto en la práctica que en el ámbito penitenciario quede excluido el importante principio del non bis in idem, y todo ello, en base a la muy criticable relación de especial sujeción penitenciaria. Por otro lado, la regulación no deja de ser sorprendente, pues si un determinado hecho cometido por un interno no produce alteración de la seguridad u orden regimental, ¿qué sentido tiene corregir este acto con una sanción si la finalidad del régimen disciplinario es, según el artículo 41.1 de la LOGP garantizar la seguridad y conseguir una convivencia ordenada? O lo que es lo mismo, si de la actuación de un interno no se altera ni la seguridad ni el buen orden regimental, no puede calificarse como infracción disciplinaria. Por lo que, si esto es así, llegaríamos a la conclusión de que toda conducta que cometa un interno y que pueda calificarse como infracción disciplinaria, bien alteraría la seguridad o el buen orden regimental y en definitiva, según esto, en todos los casos en que la conducta del interno pueda ser constitutiva de infracción disciplinaria e infracción penal, quedaría excluido el principio constitucional del non bis in idem, por lo que estamos de acuerdo con la apreciación de RÍOS MARTÍN⁶⁴⁰ al considerar que esta exclusión puede ser contraria a los postulados de un Estado Social y Democrático de Derecho.

3.6. Principio de irretroactividad

El principio general de la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras, tiene su máximo exponente en el artículo 9.3 de la CE, donde se garantiza “la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”. También, en el artículo 25.1 del texto constitucional puede apreciarse, al establecer que: “nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”.

⁶³⁹ JURISPRUDENCIA PENITENCIARIA 2000-2014. RÉGIMEN DISCIPLINARIO. Comentarios de LUENGO BORREGO, I. En este sentido en Auto de la Audiencia Provincial de Granada, de 20 de enero de 2003 considera que en el supuesto analizado no habría falta muy grave de quebrantamiento tras un permiso y establece lo siguiente: *“En el presente caso se sancionó disciplinariamente al interno por el hecho de no volver al centro tras disfrutar de un permiso el día 2 de julio de 2001, siendo posteriormente detenido por fuerzas de seguridad del Estado el día 29 de septiembre de 2001, se estimó que tales hechos eran constitutivos de una falta muy grave prevista en el artículo 108-e del Reglamento Penitenciario de 198, vigente por disposición expresa del artículo 233 del Reglamento Penitenciario de 1996 que es el que se encuentra en vigor, sanción que se establece por intentar, facilitar o consumir la evasión. Al propio tiempo se incoaron diligencias previas por el mismo hecho, siguiendo a continuación el trámite del procedimiento abreviado y por un delito de quebrantamiento de condena, sin que conste si se celebró o no el juicio correspondiente. Está claro que entre la Administración Penitenciaria y los internos hay una relación jurídica especial de la que dimanar, al igual que en cualquier otra relación jurídica, derechos y obligaciones para el interno, y que una de estas obligaciones, mejor aún deberes, está el de regresar al centro tras un permiso de salida el día fijado; también es evidente que durante el permiso el interno cumple condena aun cuando no haya en ese momento una privación de libertad efectiva, por lo que la mentada relación jurídica se mantiene. Lo que ya no está tan claro es que el no regreso al centro suponga poner en peligro la seguridad del mismo, pues no se atenta ni contra los funcionarios, ni los demás internos, y tampoco contra los bienes del establecimiento, por lo que faltaría al primer requisito exigido, suficiente de por sí para no darse el supuesto que autorizaría la doble sanción; en cuanto al orden regimental podría considerarse vulnerado si se parte de que el interno no cumplió con ese deber antes mencionado. (en los fundamentos jurídicos de este Auto se dice con anterioridad que es preciso que la razón de ser de la sanción disciplinaria descansa en ese doble requisito, la seguridad y el buen orden regimental, pues la conjunción copulativa y así lo denota, siendo pues insuficiente que se dé uno solo de los requisitos). Al no constar la celebración del juicio en el orden penal por iguales hechos y, por ende, el signo de la sentencia, procede dejar sin efecto la sanción disciplinaria impuesta, siempre que se dicte sentencia firme condenatoria, pues solo en este caso habría doble sanción; lo anterior lleva a estimar los recursos que se examinan”.*

⁶⁴⁰ RÍOS MARTÍN, J. *Manual de Ejecución Penitenciaria. Defenderse de la cárcel*, 7ª edición, Colex, Madrid, 2014.

En cambio, históricamente se ha mantenido que cuando la disposición sancionadora es favorable, sí se admite la retroactividad de la misma. Aparece recogido, además del citado artículo 9.3 de la Constitución, en el 2.2 del Código penal, para los delitos y las faltas, estableciéndose que: “no obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena”. Este principio de retroactividad de las disposiciones sancionadoras más favorables, tiene su concreción en el ámbito penitenciario derivado de lo establecido en el artículo 128.2 de la Ley 30/1992 y en la disposición transitoria 5ª.2 del RP de 1996, en la que se establece que “en los supuestos de procedimientos disciplinarios penitenciarios iniciados antes de entrar en vigor el vigente RP de 1996 en los que no se haya dictado resolución de imposición de sanción en el momento de su entrada en vigor, el órgano competente para imponerla podrá aplicar las normas contenidas en el capítulo II del Título X del mismo en cuanto resulten más favorables al infractor”.

3.7. Principios Constitucionales

Los principios constitucionales tienen su aplicación práctica también en el ámbito disciplinario penitenciario aunque con algunos matices, en parte, derivados de esa relación de especial sujeción que de por sí, supone una limitación al status libertatis del propio interno, aunque en STC 97/1995 de 20 de junio se establece que “es claro que la situación de sujeción especial del interno en un establecimiento penitenciario no puede implicar la eliminación de sus derechos fundamentales”.

3.7.1. Tutela judicial efectiva

En el artículo 24.1 de la CE se expresa que “todas las personas tienen 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”. Creemos que este principio no se garantiza totalmente en el ámbito del régimen disciplinario, entre otras cosas porque, cuando se imponen determinadas sanciones (aislamiento en celda) por la comisión de determinadas infracciones, no parece observarse esa tutela judicial directa, todo ello si consideramos, como es el caso, que las sanciones de aislamiento son una privación de libertad dentro de la privación de libertad, y por consiguiente, de acuerdo al artículo 25.3 de la CE, no deberían imponerse por una Autoridad administrativa, sino judicial. El libre acceso de los internos al Juez de Vigilancia (como en todos los supuestos) en materia de régimen disciplinario, aunque puede considerarse una garantía dentro de la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 24.2 de la CE, tiene algunas consideraciones negativas como el supuesto previsto en el artículo 44.3 de la LOGP y 252.2 del RP. En el artículo 44.3 se establece que “la interposición de recursos contra resoluciones sancionadoras suspenderá la efectividad de la sanción, salvo cuando por tratarse de un acto de indisciplina grave la corrección no pueda demorarse”. En el artículo 252.2 se especifican cuáles son esos actos de indisciplina grave, que son los seis primeros apartados de las faltas muy graves del artículo 108 del RP de 1981. Existe el principio procesal por el que una sanción no puede ser ejecutada hasta que no sea firme, es una garantía importante dentro del principio de legalidad. En estos supuestos de indisciplina grave, no se respeta ese principio de legalidad procesal.

Además, como en otras tantas ocasiones, esa limitación de derechos fundamentales se regula en el RP y no en la LOGP. El principio de tutela judicial efectiva, sufre aquí un revés importante. No obstante, de la Jurisprudencia del TC español se deduce que cuando en el procedimiento no se han tenido en cuenta las peticiones del imputado para que se incorporen documentos relevantes en la investigación o se deniega la práctica de ciertas pruebas propuestas, se declara por parte del TC la nulidad de las actuaciones por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (entre otras STC 67/00, de 13 de marzo, 155/07, de 2 de junio; 77/08, de 7 de julio o la 156/09, de 29 de junio)⁶⁴¹. El TC tiene sentada jurisprudencia en el sentido que si se ha puesto en conocimiento del interno todo el material probatorio no habría menoscabo de la tutela judicial efectiva. Ahora bien, si no es así, debe declararse la nulidad de las actuaciones. En este sentido el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Las Palmas⁶⁴², de 22 de febrero de 2002

3.7.2. Derecho a la defensa

Este derecho lleva consigo la posibilidad de audiencia y alegaciones en varios momentos del procedimiento disciplinario, además de la posibilidad de proponer la práctica de las pruebas que el interno estime necesarias para el esclarecimiento de los hechos enjuiciados. La práctica de pruebas ha de ser pertinente, pero la desestimación de la misma debe motivarse al interno, en virtud a la STC 97/1995, de 20 de junio⁶⁴³.

641 JURISPRUDENCIA PENITENCIARIA 2000-2014. RÉGIMEN DISCIPLINARIO. Comentarios de LUENGO BORREGO, I. STC 156/09, de 29 de junio. Los hechos que fueron motivo de expediente disciplinario al interno respectivo fue la negativa por parte de este de salir al patio durante las horas asignadas al efecto. Durante la tramitación del expediente el interno solicitó que se incorporase al mismo la orden de dirección del centro reguladora de la vida en la celda de aislamiento, documentación de estudios académicos que realizaba, así como determinadas resoluciones recaídas en anteriores expedientes sancionadores. El Instructor denegó la incorporación de la documentación que había solicitado el interno. El interno fue sancionado. En los fundamentos Jurídicos de la Sentencia, el TC establece que *"en relación con el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa en el ámbito de los expedientes sancionadores penitenciarios, hemos afirmado que es inexcusable que frente a un determinado pliego de cargos el interno pueda articular su defensa negando los hechos que han de servir de basa a la sanción, o dándoles una distinta versión, y, por consiguiente, la denegación de la prueba que se solicitaba sólo puede hacerse de manera fundamentada, esto es, explicando razonadamente el porqué del rechazo y que el derecho a la prueba resultará vulnerado siempre que la prueba sea propuesta en tiempo y forma, sean pertinentes y relevantes los medios probatorios, y decisivos para la defensa del recluso. En el presente caso, durante la tramitación de los expedientes sancionadores el interno solicitó que se incorporase la Orden de Dirección del centro reguladora del régimen de vida en celda de aislamiento, la documentación justificativa de ciertos estudios académicos y determinadas resoluciones recaídas en anteriores expedientes disciplinarios. Continúa argumentando el TC que la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva es tanto más relevante cuanto que algunos de los motivos del recurso de alzada tenían por objeto la supuesta vulneración de derechos fundamentales del interno: en particular, el derecho a la defensa, al que hemos vinculado la posibilidad de asesorarse durante la tramitación del expediente sancionador (así, STC 55/2006, de 27 de febrero); igualmente del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (cuya aplicación ex artículo 24.2 de la CE a los procedimientos sancionadores en el ámbito penitenciario hemos reiterado, entre otras, en las SSTC 27/2001, de 29 de enero y 128/2003, de 30 de junio; y, también, del derecho de igualdad. Por consiguiente, el amparo consistirá en el reconocimiento al recurrente de su derecho a la tutela judicial efectiva y la anulación de los autos impugnados"*.

642 JURISPRUDENCIA PENITENCIARIA 2000-2014. RÉGIMEN DISCIPLINARIO. Comentarios de LUENGO BORREGO, I. Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Las Palmas, de 22 de febrero de 2002. *"Respecto a la no comunicación, junto al pliego de cargos, del contenido de las denuncias formuladas contra él debe señalarse que, desde la perspectiva constitucional, lo que es exigible en todo caso es el conocimiento de los hechos imputados, para poder defenderse sobre los mismos, y tal exigencia puede ser cumplida suficientemente, si tales hechos se reflejan en el pliego de cargos los que se imputan, por lo que el conocimiento de tales denuncias no constituye una exigencia constitucional, salvo que las mismas se pretendan utilizar como material probatorio de cargo, en cuyo caso estarán sometidas al régimen de acceso a los medios de prueba que puedan corresponder al imputado. Por tanto, se ha producido una infracción procedimental de gran entidad vulneradora del derecho de defensa del interno, que determina que deba declararse la nulidad de todos los trámites del expediente disciplinario desde el momento inmediatamente anterior a la puesta de manifiesto del expediente"*.

643 JURISPRUDENCIA PENITENCIARIA 1984-1995. Edición comentada por TELLEZ AGUILERA, A., op cit.

No sólo la falta de respuesta o denegación de pruebas en el procedimiento disciplinario debilita el derecho a la defensa del imputado, sino también cuando hay falta de respuesta por parte del Juzgado de Vigilancia, si se dirige a éste la petición del imputado, como queda claramente especificado en la STC 81/2000, de 27 de marzo⁶⁴⁴.

3.7.3. Derecho a la presunción de inocencia

Este principio informa todo el derecho sancionador. Nadie puede ser sancionado si no se ha probado su culpabilidad. La inocencia se presume, la culpabilidad hay que probarla. No obstante, como el régimen disciplinario participa de los principios que se establecen en la Ley 30 /1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y al ser un procedimiento híbrido con normas penales y administrativas, la presunción de inocencia está recogido también en el artículo 137.1 de la citada Ley 30 /1992, aunque hay una matización importante. En el tercer apartado de este artículo se establece que: “Los hechos constatados por funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad, y que se formalicen en documento público observando los requisitos legales oportunos, tendrán valor probatorio sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses puedan señalar o aportar los propios interesados”. En el Procedimiento disciplinario penitenciario, aunque se garantiza la presunción de inocencia, su observancia es menos importante que en los procedimientos propiamente penales. La mayoría de los Procedimientos se incoan mediante parte de Funcionarios informado por el Jefe de servicios y aunque el interno tenga derecho a la presunción de inocencia, y haya que probar los hechos, en la práctica penitenciaria el valor probatorio, salvo prueba en contrario, tiene su soporte en el informe del Funcionario. La doctrina del Tribunal Constitucional expresa reiteradamente que las garantías procesales establecidas en el artículo 24.2 de la CE, son aplicables, además de en el procedimiento penal, en los procedimientos administrativos sancionadores, aunque con las matizaciones que resultan de su propia naturaleza (STC, 18 octubre 1993)⁶⁴⁵. En otros supuestos, el TC ha concedido en amparo por violación del secreto de las comunicaciones del imputado a la hora de iniciar, tramitar y resolver un procedimiento disciplinario dirigido contra él, vulnerando en este caso no sólo el derecho al secreto de las comunicaciones del recurrente, sino también a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (STC 230/2012, de 10 de diciembre)⁶⁴⁶

644 JURISPRUDENCIA PENITENCIARIA 2000-2014. RÉGIMEN DISCIPLINARIO. Comentarios de LUENGO BORREGO, I., “El demandante de amparo interpuso recurso de alzada contra anterior acuerdo del Juzgado de Vigilancia, insistiendo en que fueras practicadas las pruebas pedidas y denegadas por el centro penitenciario. El Juzgado de Vigilancia desestimó el recurso mediante Auto en el que ningún pronunciamiento efectuó sobre las pruebas propuestas por el recurrente en amparo”. El TC continúa diciendo en sus Fundamentos de Derecho que, “en definitiva, la falta de respuesta del Juzgado de Vigilancia a la proposición de pruebas efectuada por el recurrente ha vulnerado su derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, por lo que procede estimar la presente demanda de amparo”.

645 JURISPRUDENCIA PENITENCIARIA. 1984-1995. Edición comentada por TELLEZ AGUILERA, A., op cit.

646 JURISPRUDENCIA PENITENCIARIA. 2000-2014. RÉGIMEN DISCIPLINARIO. Comentarios de LUENGO BORREGO, I. En la referida sentencia se inició el procedimiento disciplinario por orden de dirección al comprobar que en una instancia que el imputado dirigió al Juez de Vigilancia Penitenciaria, había unas expresiones que podían ser motivo de infracción disciplinaria. En los Fundamentos de Derecho el TC establece lo siguiente: “En atención a ello, hemos de declarar que con tal actuación la Administración penitenciaria vulneró no sólo el derecho al secreto de las comunicaciones del recurrente, sino también su derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (artículo 24.2 de la CE), en la medida en que la prueba que sirvió de base al acuerdo sancionador fue la obtenida violando el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 de la CE). La constatación de las anteriores vulneraciones por parte de la Administración penitenciaria conduce al otorgamiento del amparo, declarando la nulidad tanto del acuerdo sancionador de la Comisión Disciplinaria del centro penitenciario como de los Autos del Juzgado de Vigilancia que lo confirman, en la medida en que las vulneraciones de derechos fundamentales no fueron reparadas en los mencionados Autos”.

3.7.4. Derecho al asesoramiento

Recogido expresamente en el artículo 242.i del RP, en el que expresamente se dice que: “el interno puede asesorarse por letrado, funcionario, o por cualquier persona que designe durante la tramitación del expediente y para la redacción del pliego de descargos”. La posibilidad de asesoramiento incluye, como es lógico, la posibilidad del asesoramiento con asistencia de abogado del interno. Esta misma tesis la defiende el Tribunal Constitucional en varias sentencias (2/1987 de 21 de enero, 74/1985 de 18 de junio, 1 de diciembre de 1987, 17 de mayo de 1993, 12 de junio de 1993, 26 de noviembre de 1996, entre otras). Conforme a esta doctrina del Tribunal Constitucional, deberá ser permitida la asistencia de letrado, bien sea para redactar la contestación al pliego de cargos, bien para preparar la comparecencia del interno ante el órgano sancionador. Aunque existen unas matizaciones, y es que este asesoramiento no incluye la presencia física del letrado ante el órgano sancionador⁶⁴⁷

Tampoco alcanza el derecho a la asistencia de abogado, del artículo 24.2, al derecho a la asistencia jurídica gratuita en caso de necesidad, es decir, al abogado de oficio. El abogado que asesore al interno tendrá que ser costeado por el mismo⁶⁴⁸.

3.7.5. Derecho a la información

Uno de los derechos que le asisten al interno es el de ser informado de la acusación formulada contra él, de tal forma que le permita conocer los hechos imputados con suficiente claridad para poder construir una buena defensa. En el artículo 44.2 de la LOGP se establece que “ningún interno será sancionado sin ser previamente informado de la infracción que se atribuya y sin que se haya permitido presentar su defensa, verbal o escrita. El Tribunal Constitucional reconoce que “ninguna defensa puede ser eficaz, si el imputado no conoce con anterioridad los hechos en que se fundamenta la acusación, a fin de oponer frente a ellos las oportunas excepciones y defensas”. Estos hechos, según el artículo 242.2 del RP, se harán constar en el Pliego de Cargos que se notifica al interno⁶⁴⁹.

El derecho a la información también viene expresamente reconocido con carácter general en el artículo 35 de la Ley 30/1992, en el que se dice que “los ciudadanos tienen derecho a conocer, en cualquier momento, el estado de tramitación de los procedimientos en los que tenga condición de interesados, y obtener copias de documentos contenidos en ellos”.

647 JURISPRUDENCIA PENITENCIARIA. 1984-1995. Edición Comentada por TELLEZ AGUILERA, A., Así, la STC 74/85 de 18 de junio establece que: “la limitación del asesoramiento o asistencia de abogado, implícita en la negación de su presencia, no puede considerarse contraria en este caso al artículo 24.2 de la Constitución Española, cuyo reconocimiento del derecho a la asistencia letrada, la eficacia de asistencia técnica no queda sustancialmente disminuida por la falta de presencia física del letrado, ya que su asesoramiento está previsto que se produzca en el momento oportuno, puede versar tanto sobre el pliego de cargos como sobre la prueba, y puede dar lugar a una contestación de descargo técnicamente preparada, sobre todo en el caso de la contestación por escrito, de modo directo por el abogado del interno”.

648 JURISPRUDENCIA PENITENCIARIA. 1997. Edición Comentada por TELLEZ AGUILERA, A., Ministerio del Interior, Madrid, 1997. Entre otras, en la STC de 9 de julio de 1996, en su Fundamento Jurídico 6º, se establece que: “no implica el reconocimiento de derecho a la asistencia jurídica gratuita, lo que no contradice el artículo 24.2 de la Constitución Española pues como resulta del artículo 6.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, tal derecho a la gratuidad a la asistencia letrada sólo existe en los procesos judiciales y, además, no en todos, sino sólo cuando los intereses de la justicia lo requieran”.

649 JURISPRUDENCIA PENITENCIARIA. 1984-1995. Edición comentada por TELLEZ AGUILERA, A. Entre otras, la STC de 18 de octubre de 1993 dice que: “La puesta en conocimiento de la imputación en el procedimiento administrativo sancionador se realiza normalmente a través de la notificación del pliego de cargos, mediante el cual el expedientado tiene conocimiento de los hechos imputados y de la calificación jurídica que merecen para la Administración, pudiendo disponer su estrategia defensiva a partir del pliego de descargos. Desde la perspectiva constitucional resulta imprescindible que en el pliego de cargos se reflejen de forma suficientemente precisa los hechos objeto de la imputación”.

4. Los Medios Coercitivos o Instrumentos de Coerción Física

4.1. Definición y supuestos concretos de aplicación

Los medios coercitivos o instrumentos de coerción física (como son denominadas en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, Reglas Mandela) son, en definitiva, medidas de fuerza que se permiten en supuestos excepcionales con el fin de que se restablezca la normalidad y se utilizan para impedir o reprimir conductas que por su gravedad no se pueden impedir o reprimir de otra manera. La utilización de estos medios supone la mayor intromisión en los derechos de los internos. Uno de los principios generales más importantes de la legislación penitenciaria española es la prohibición de malos tratos de palabra u obra a los internos, (artículo 6 de la LOGP).

La naturaleza jurídica de estos medios es fundamentalmente preventiva, no represiva y no deben considerarse sanciones disciplinarias, ya que éstas se imponen por la comisión de infracciones disciplinarias y después de haberse tramitado el correspondiente procedimiento disciplinario.

En el artículo 45 de la LOGP se establecen, tanto la finalidad de estas medidas, los límites y los supuestos que legitiman la aplicación de esos medios coercitivos. Así, se establece que. "1. Sólo podrán utilizarse, con autorización del Director, aquellos medios coercitivos que se establezcan reglamentariamente en los casos siguientes:

- a) Para impedir actos de evasión o de violencia de los internos.
- b) Para evitar daños de los internos a sí mismos, o a otras personas o cosas.
- c) Para vencer la resistencia activa o pasiva de los internos a las órdenes del personal penitenciario en el ejercicio de su cargo.

2. Cuando, ante la urgencia de la situación, se tuviere que hacer uso de tales medios, se comunicará inmediatamente al Director, el cual lo pondrá en conocimiento del Juez de Vigilancia. 3. El uso de las medidas coercitivas estará dirigido exclusivamente al restablecimiento de la normalidad y sólo subsistirá el tiempo estrictamente necesario".

En la misma línea se pronuncian las Reglas 47, 48 y 49 de las nuevas Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela)⁶⁵⁰.

.....
⁶⁵⁰ Regla 47. "1. Se prohibirá el empleo de cadenas, grilletes y otros instrumentos de coerción física que por su naturaleza sean degradantes o causen dolor. 2. Otros instrumentos de coerción física solo podrán ser utilizados cuando la ley los autorice y en los siguientes casos: a) como medida de precaución contra la evasión durante un traslado, siempre que sean retirados en el momento en que el recluso comparezca ante una autoridad judicial o administrativa; b) por orden del director del establecimiento penitenciario, si han fracasado los demás métodos de control, a fin de impedir que el recluso se lesione a sí mismo o lesione a terceros, o que produzca daños materiales, en cuyos casos el director deberá alertar inmediatamente al médico u otros profesionales de la salud competentes e informar a la autoridad administrativa superior". Regla 48. "Cuando la utilización de instrumentos de coerción física esté autorizada de conformidad con el párrafo 2 de la regla 47 habrán de aplicarse los siguientes principios: a) emplear instrumentos de coerción física únicamente cuando ninguna otra forma menor de control resulte eficaz frente a los riesgos que entrañaría la libre movilidad; b) optar por el menos invasivo de los métodos de coerción física que sean necesarios para controlar la movilidad del recluso y que puedan aplicarse razonablemente, en función del nivel y la naturaleza de los riesgos en cuestión; c) aplicar instrumentos de coerción física únicamente durante el tiempo necesario, y retirarlos lo antes posible una vez que desaparezcan los riesgos planteados por la libre movilidad. 2. No se utilizarán instrumentos de coerción física en el caso de las mujeres que estén por dar a luz, ni durante el parto ni en el periodo inmediatamente posterior". Regla 49. "La administración penitenciaria tratará de utilizar técnicas de control para evitar la necesidad de imponer instrumentos de coerción física o reducir el carácter invasivo de esos instrumentos, y ofrecerá capacitación en esas técnicas".

Por su parte, los medios coercitivos aparecen regulados en el RP, en su artículo 72, y que son: el aislamiento provisional, la fuerza física personal, las defensas de goma, los aerosoles de acción adecuada y las esposas. No obstante, los medios deberían estar regulados en la LOGP y no sólo en el RP pues la utilización de los mismos supone una de las actuaciones más gravosas para los derechos del interno, y la limitación de los derechos fundamentales, según el artículo 25.2 de la CE, solo puede establecerse por Ley formal.

4.2. Presupuestos

El presupuesto de aplicación de los medios coercitivos viene fundamentado por la exigencia (necesaria) de la presencia de conductas expresa y taxativamente tipificadas en la LOGP, lo que quiere decir que fuera de estos supuestos fácticos no pueden utilizarse, pues se consideraría rigor innecesario, malos tratos o torturas por parte de quién los aplica. Pero, además, la utilización de los mismos se considerará la última ratio, es decir, será lo último a lo que hay que acudir para prevenir la conducta, garantizar la seguridad y la convivencia ordenada dentro de los recintos carcelarios.

No obstante, a pesar de la regulación de los supuestos fácticos en el artículo 45 de la LGP, hay una falta de concreción de los mismos, por lo que, en su aplicación, puede existir una discrecionalidad absoluta por parte del funcionario, de tal forma que ante dos situaciones similares, pueden darse comportamientos totalmente diferentes por parte de los funcionarios que actúan en cada caso. Los medios coercitivos no se pueden utilizar de manera automática y generalizada, pues cada situación fáctica es diferente y hay que ver si es necesaria o no su aplicación (Por todos Auto Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Oviedo 20-10-1993).

Tampoco parece adecuado aplicar estos medios ante la mera sospecha de una futura conducta antijurídica (penal o disciplinaria), si ésta no se apoya en una alteración de la normalidad (Auto Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Sevilla 6-6-1990)

4.3. Garantías

Existen una serie de garantías en la utilización de los medios coercitivos, de acuerdo a los siguientes principios:

a) Principio de intervención mínima. Ya se ha hablado de que los medios coercitivos se aplicarán sólo cuando otros medios menos gravosos no han conseguido la finalidad perseguida, por lo que, según esto, y como ya se ha dicho, constituyen la última ratio. En el artículo 72.1 del RP, se dice que: “sólo se aplicarán cuando no exista otra manera menos gravosa para conseguir la finalidad perseguida”.

b) Principio de proporcionalidad. La utilización de estos medios tiene que ser proporcionada a la finalidad perseguida. No está permitido el uso ilimitado de los medios coercitivos. En el artículo 72.1 del RP se dice que “su uso será proporcionado al fin pretendido”. Además de proporcionado será adecuado, por lo que se utilizará el medio proporcionalmente más adecuado para conseguir el fin pretendido. Para evitar que un interno se suicide, no parece adecuado aplicar los aerosoles o el aislamiento en celda, por ejemplo.

c) Principio de no aplicación en determinados casos. En el artículo 72.2 del RP, se establece que el uso de medios coercitivos, cualquiera que fuera su naturaleza a las internas gestantes y a las

mujeres hasta seis meses después de la terminación del embarazo, a las madres lactantes y a las que tuvieran hijos consigo. Tampoco se pueden aplicar a los internos enfermos convalecientes de enfermedad grave, salvo en los casos en los que de la actuación de aquellos pudiera derivarse un inminente peligro para su integridad o para la de otras personas.

4.4. Procedimiento

En este apartado tenemos que distinguir dos supuestos totalmente diferenciados:

a) En los supuestos normales: En esta situación, nos exige el artículo 45 de la LOGP que para poder utilizar los medios coercitivos tiene que haber autorización del Director. Como ya se decía anteriormente, este supuesto no parece adecuado a las exigencias de los presupuestos y garantías que deben presidir la utilización de los medios coercitivos.

b) En los supuestos de urgencia: Aquí, el artículo 45 de la LOGP dice que cuando ante la urgencia de la situación, se tuviere que hacer uso de tales medios, se comunicará inmediatamente al Director, el cual lo pondrá en conocimiento del Juez de Vigilancia.

En puridad de conceptos, los supuestos de urgencia son los que presuponen la utilización de los medios de coerción. El deber de ponerlo en conocimiento del Juez de Vigilancia Penitenciaria es inmediato, es decir, el Juez debe conocer rápidamente que se han aplicado los medios coercitivos. Así el artículo 72.3 del RP exige que “el Director comunicará inmediatamente al Juez de Vigilancia la adopción y cese de los medios coercitivos, con expresión detallada de los hechos que hubieran dado lugar a dicha utilización y de las circunstancias que pudiesen aconsejar su mantenimiento”. Una vez que el Juez de Vigilancia recibe la información, éste resolverá lo que en Derecho proceda respecto a la medida. Si la medida no ha sido acertada, el Juez ordenará que quede sin efecto si aún persiste la medida y si esta ha finalizado apercibirá al Director del Centro, sin perjuicio de las actuaciones que el Juez de Vigilancia estime oportunas por la actuación constitutiva de un rigor innecesario.

5. Conclusiones

Con el presente trabajo pretendemos que las distintas legislaciones penales y penitenciarias se ajusten a lo establecido en los estándares internacionales sobre el régimen disciplinario penitenciario (que regula una materia tan sensible para los derechos humanos como las conductas realizadas por los privados de libertad que se consideran infracciones disciplinarias, las sanciones que se imponen para la comisión de las mismas y el procedimiento que debe seguirse para la imposición de las mismas) y que el cumplimiento práctico sea fiel reflejo de lo preceptuado en las normas. Y para que se cumplan esas previsiones, la jurisprudencia de los tribunales competentes y las resoluciones de los jueces de ejecución y vigilancia penitenciaria (como máximos garantes del control jurisdiccional de la ejecución de las penas privativas de libertad y la salvaguarda de los derechos de los privados de libertad), constituyen el modelo más sólido a seguir por parte de la administración penitenciaria.

No cumplir con estas previsiones, además de convertir la ejecución penitenciaria en un depósito de seres humanos sometidos a tratos crueles, inhumanos y degradantes y a las cárceles en lugares inmundos que, como diría OSCAR WILDE⁶⁵¹, “se edifican con bloques de ira e infamia y con barreras de sevicia”, donde, como dijera CERVANTES de la cárcel de Sevilla, “toda incomodidad tiene su asiento”.

.....
⁶⁵¹ WILDE, O., Balada de la cárcel de Reading, Poema.

Sabemos que la mayoría de las legislaciones penitenciarias modernas se ajustan a las exigencias mínimas previstas en la normativa internacional; pero también, que no se cumplen en muchos países, donde las normas de disciplina se imponen, incluso, por privados de libertad que llevan el control de la prisión, como consecuencia de decisiones arbitrarias que ampara el propio sistema penitenciario y que, aunque la sociedad tenga conocimiento de ello, pasan desapercibidos por la propia finalidad que el poder político desea que tenga la cárcel: un lugar de castigo, donde sea prioritaria la finalidad vindicativa y no la de reeducación y reinserción social previstas en las Constituciones Políticas y en las distintas legislaciones penitenciarias.

Bibliografía

- 📖 ASECIO CANTISÁN. El procedimiento sancionador en la reforma del Reglamento Penitenciario de 26 de marzo de 1984, AAVV. III Jornadas penitenciarias andaluzas, Sevilla 1987.
- 📖 AREANAL. Estudios Penitenciarios, Volumen II. Obras completas, tomo VI, Madrid, 1895.
- 📖 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ (Coord). Manual de Derecho Penitenciario. Colex, Madrid, 2001.
- 📖 BARRIOS FLORES, Medios coercitivos en la práctica penitenciaria, Ponencia presentada al VII Encuentro Estatal de Derecho Penitenciario: Salud y Prisión, Córdoba, 2005.
- 📖 CADALSO. La disciplina en las prisiones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1909.
- 📖 CASTELLANO. La disciplina en las prisiones, REP, 156, marzo 1962.
- 📖 CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. Estudio sobre las resoluciones dictadas por los jueces de Vigilancia Penitenciaria, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998.
- 📖 CURA ARGÜESO. Como debe aplicarse la disciplina en las prisiones, REP, 153, 1961.
- 📖 FALXA JOANA. Le droit disciplinaire: une approche européenne. Analyse des systèmes anglais, gallois, espagnol et français à la lumière du droit européen des droits de l'homme. Tesis doctoral, Universidad de Pau (France) y Universidad de Salamanca (España). Enlace de publicación <http://www.sudoc.fr/184745500>. 2014.
- 📖 FERNÁNDEZ GARCÍA. Manual de Derecho Penitenciario CISE, Solo Soluciones, S.L., Salamanca, 2014.
- 📖 FERNÁNDEZ ARÉVALO y NISTAL BURÓN. Manual de Derecho Penitenciario. Aranzadi, Pamplona, 2012.
- FRANCO DE BLAS. Teoría y práctica de la disciplina en prisiones, REP, 158, 1962.
- 📖 GARCÍA DE ENTERRÍA. El problema jurídico de las sanciones administrativas, Revista española de derecho administrativo, 10, 1976.

- 📖 JUANATEY DORADO. Manual de Derecho Penitenciario. Iustel, Madrid, 2013.
- 📖 LEIROS FERNÁNDEZ. La disciplina y la libertad, REP, 143, 1959.
- 📖 LOPIS SÁNCHEZ. Teoría de la disciplina, REP, 142, 1959.
- 📖 NIETO, Derecho administrativo sancionador, Madrid, 1994.
- 📖 PARADA VAZQUEZ El poder sancionador de la administración y la crisis del sistema judicial penal, Revista de la Administración pública, 67, 1972.
- 📖 PÉREZ CEPEDA/ ZÚÑIGA RODRIGUEZ/ SANZ MULAS/ FERNÁNDEZ GARCÍA. Coord. BERGUGO GÓMEZ DE LA TORRE. Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo VI. Derecho Penitenciario. 2ª edición revisada por FERNÁNDEZ GARCÍA, Iustel, Madrid, 2016.
- 📖 RENART GARCÍA. El régimen disciplinario en el ordenamiento penitenciario español: luces y sombras. Publicaciones Universidad de Alicante, 2002.
- 📖 RODRIGUEZ SUAREZ. El orden de las prisiones como instrumento para una mejor reinserción social de los delincuentes, REP, 161, 1963.
- 📖 VELOTTI. La disciplina penitenziaria, Rassegna di studi penitenziari, 1975.
- 📖 ZAPATERO SAGRADO. Apuntes para un estudio sobre el estado disciplinario de las prisiones españolas de 1961 a 1976, Documentación Jurídica, 18, 1978.

● MEDIACIÓN Y EJECUCIÓN PENAL: ROMPIENDO PARADIGMAS

Alberto Manuel Poletti Adorno

Sumario

1. Mediación y Ejecución Penal. 2. Los Orígenes del Defensor del Pueblo. 3. Los Organismos creados por el Derecho Internacional. 4. La Delegación de funciones al Defensor Penitenciario. 5. Régimen y Oportunidades para el ejercicio de la mediación. 6. Las situaciones de detención insatisfactorias y el mediador. Conclusión: la necesidad de defensor/es de los reclusos

1. Mediación y Ejecución Penal

Una vez pronunciada la condena, la persona sometida a proceso pierde el estatus de “inocente” y se puede proceder, una vez que la sentencia quede firme, a la ejecución de la misma. Si durante el proceso penal podría haberse llegado a un acuerdo con el Ministerio Público en algunos casos para obtener una pena menor, ello ya no es posible luego de la sentencia firme. Podría discutirse no obstante, la posibilidad de otorgarse algún beneficio penitenciario (permiso de salida, semi-libertad, libertad condicional) en algunos casos, siendo no obstante también la negociación en este ámbito limitada principalmente a la colaboración que pudiera prestar el condenado con la investigación o su buena conducta.

Las prisiones y lugares de privación de libertad de personas en varios países son lugares donde diariamente se pueden cometer violaciones de los derechos humanos a tal punto que se pudo considerar si se encontrarían fuera del derecho. Los numerosos fallos de las cortes supremas de varios países y de tribunales internacionales⁶⁵² se han encargado de desacreditar estas hipótesis y por el contrario, los Estados se han preocupado en crear figuras para la protección de los reclusos. Una de ellas es justamente el defensor del pueblo exclusivo en este sector.

2. Los Orígenes del Defensor del Pueblo

La denominación de “Ombudsman”⁶⁵³ tuvo su origen en Suecia⁶⁵⁴, donde se la utilizó para designar⁴ al funcionario encargado de examinar las quejas de los ciudadanos contra las administraciones públicas.

.....
⁶⁵²Desde 1962, la comisión europea de derechos del hombre afirma que “aún si una persona se encuentra detenida purgando una pena impuesta por una sentencia condenatoria que le ha sido impuesta en razón de la comisión de un crimen en desmedro de los derechos elementales de la persona humana, los derechos y garantías definidos por la Convención no desaparecen para el mismo (Com. EDH Koch c. Alemania, req. 1270/61, Año 5 p. 126). Merece igualmente citarse la decisión del tribunal constitucional alemán del 14 de marzo de 1972 sobre la intercepción de la correspondencia dirigida a personas privadas de su libertad dio lugar a la adopción de la Strafvollzugsgesetz. Los jueces señalaron que la norma contenida en el art. 1.3 de la Constitución alemana según la cual todos los derechos fundamentales son obligatorios para el legislador, el poder ejecutivo y los tribunales. La administración no puede restringir conforme a su voluntad los derechos fundamentales de las personas durante la ejecución de una pena sin que exista una ley sobre la materia. Finalmente se cita el fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos: *Wolfy v. Mc Donnel*, 1974, 418 US 539 que sostuvo que no existe una “cortina de hierro” entre la Constitución de ese país y las prisiones.

⁶⁵³La palabra “Ombudsman” no figura en el *Diccionario de la Real Academia Española, Vigésimo Segunda Edición*. Significa “representante” (*umbodhsmdhr*) o “comisionado confiable” o “agente que cuida los intereses de un grupo o de un negocio” o “alguien que habla en nombre de otros”.

⁶⁵⁴Fue creado por Carlos XII de Suecia en 1713 y significa “representante” o “procurador”, se especula que fue como consecuencia de haber pasado varios años en Turquía desde 1709 ya que ese país contaba con una institución similar. Debe destacarse que no comporta género femenino por lo que resulta incorrecto hablar de “Ombudswoman”. Sin embargo, los antecedentes más lejanos de esta figura se encuentran hace dos mil años en China. del siglo III al año 200 D.C.), el Emperador destacó a un funcionario

Además de figurar en las constituciones de Portugal y España adoptadas al inicio de sus gobiernos democráticos, existen Defensores del Pueblo en 9 países latinoamericanos: Argentina, Bolivia, Colombia, Ecuador, El Salvador, México, Paraguay, Perú, Venezuela⁶⁵⁵.

En el ámbito penitenciario, no todos los países cuentan con defensores especializados. Bolivia y El Salvador prevén expresamente el ingreso a los locales de detención de funcionarios especializados. En Canadá, "l'Enquêteur correctionnel" o "Correccional Investigator" se encarga de investigar y velar que se realice una investigación de las quejas efectuadas por los reclusos. También examina las prácticas del servicio correccional de Canadá (órgano dependiente del Ministerio de Justicia) que sirvieron de fundamento a las quejas para detectar las posibles falencias y proponer soluciones⁶⁵⁶. En Europa, Inglaterra cuenta con Ombudsman especializado no solo en materia de prisión sino también en lo que respecta a la libertad condicional⁶⁵⁷ lo mismo que Irlanda del Norte⁶⁵⁸ y Francia⁶⁵⁹ pudiendo observarse igualmente que los otros países cuentan con un Defensor del Pueblo con amplias facultades. En los EE.UU. algunos estados también cuentan con un Ombudsman en materia correccional. En el Brasil existe un "Ouvidor" penitenciario. En Chile, la Gendarmería Nacional se ocupa del sistema penitenciario⁶⁶⁰.

Este funcionario como intermediario entre la administración y los ciudadanos podría intervenir para impulsar el mejoramiento de las condiciones de detención y evitar que el Estado sea culpado por incumplimiento de compromisos internacionales asumidos en materia de derechos humanos, impulsando las acciones ante las diferentes autoridades y buscando llamar la atención sobre situaciones urgentes. Es importante verificar los compromisos asumidos por varios países en el ámbito internacional, para luego centrarnos en el ámbito interno.

conocido como Yan para controlar sistemática y permanentemente la administración imperial y sus funcionarios. El Yan recibía las quejas del público que se denominaban "injusticias administrativas". Durante el Imperio Persa (entre el 560 y el 529 A.C.), el rey Ciro encargó al "Ojo del Rey" controlar la actividad de todos los funcionarios. Durante la República Romana surge una Institución en defensa de los derechos fundamentales conocida como Tribuna Plebis. Los magistrados plebeyos surgieron alrededor del año 500 A.C. En la época Bizantina (395 - 1453 D.C.), surge la figura del Defensor Civitatis o Defensor de la Ciudad, para proteger a los humildes de las arbitrariedades de los gobernantes. En Venecia en el siglo XV, el Consejo de los Diez controló los excesos burocráticos de la ciudad. Fuente: Página web de la Defensoría de Río Negro, República Argentina. http://www.defensoriarionegro.gov.ar/inicio/index.php?option=com_content&task=blogcategory&id=18&Itemid=31

⁶⁵⁵Base de Datos Políticos de las Américas. (1998) Defensor del pueblo. Designación y mandato. Análisis comparativo de constituciones de los regímenes presidenciales. [Internet]. Georgetown University y Organización de Estados Americanos. En: <http://pdba.georgetown.edu/Comp/Control/Defensor/designacion.html>. 12 de octubre 19114. Ver constituciones de Argentina (art. 86), Bolivia (art. 128), Colombia (art. 281), Ecuador (art. 96), El Salvador (art. 192), México (art. 102), Paraguay (art. 276), Perú (art. 171), Venezuela (art. 280)

⁶⁵⁶<http://www.oci-bec.gc.ca>

⁶⁵⁷<http://www.ppo.gov.uk>

⁶⁵⁸<http://www.niprisonerombudsman.gov.uk>

⁶⁵⁹<http://www.cgpl.fr>

⁶⁶⁰<http://www.gendarmeria.cl>

3. Los Organismos creados por el Derecho Internacional

En el marco del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se creó el Comité de Derechos Humanos, órgano que no solo recibe informes presentados por los países (art. 40) sino que también puede recibir denuncias sobre incumplimiento de los derechos reconocidos en el Tratado conforme al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptados en Nueva York el 19 de junio de 1966. También el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del 16 de diciembre de 1966 en el marco de las Naciones Unidas y un protocolo facultativo se creó el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR) debiendo cada país presentar al Comité informes periódicos sobre la manera en que se ejercitan esos derechos con relación a los habitantes del país, situación que incluye obviamente a las personas privadas de libertad. Se estableció que se deben presentar informes a los dos años de la aceptación del Pacto y luego cada cinco años. El Comité examina cada informe y expresa sus preocupaciones y recomendaciones al Estado Parte en forma de "*observaciones finales*".

Pero eso no es todo. La Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes" adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984" y el Protocolo Facultativo a la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura prevén igualmente un organismo nacional encargado de velar por el cumplimiento de los compromisos en la materia suscritos por los países. Así, han sido creados órganos en distintos países de prevención contra la tortura, donde existen personas independientes de la sociedad civil que alertan sobre las condiciones de detención a los gobiernos y efectúan recomendaciones⁶⁶¹.

Deben considerarse asimismo los mecanismos extra-convencionales de control creados que pueden recibir competencia en la materia y el Examen Periódico Universal (EPU) al que están sometidos todos los países.

A nivel americano, además de la Carta de San José de 1969, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura suscrita en Cartagena de Indias, Colombia el 9 de diciembre de 1985 y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas otorgan competencia a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para velar por el cumplimiento de las obligaciones que derivan de las mismas. De hecho, la Comisión cuenta con una relatoría especializada para asistir a las personas privadas de libertad y se han derivado ante la Corte Interamericana de Justicia numerosos casos que concluyeron con condenas para los países que han aceptado la competencia de dichos órganos.

En el ámbito del MERCOSUR los días 4 y 5 de junio de 2008 en Buenos Aires la XII Reunión de Altas Autoridades Competentes en Derechos Humanos y Cancillerías del MERCOSUR y Estados Asociados (RAADDHH) aprobó entre sus prioridades "promover los mecanismos regionales para la prevención, investigación y sanción de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes".

.....
⁶⁶¹Mecanismo nacional de prevención contra la tortura

Argentina: Ley 26.827/2012

<http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/205000-209999/207202/norma.htm>

Costa Rica: http://www.dhr.go.cr/prevencion_de_la_tortura/index.html

México: http://www.cndh.org.mx/Mecanismo_Nacional_Prevention_Tortura

Paraguay: <http://www.mnp.gov.py>

Uruguay: <http://inddhh.gub.uy/que-es-el-mecanismo-nacional-de-prevencion/>

La Corte interamericana de derechos humanos ha tenido la oportunidad en numerosas ocasiones de verificar la conformidad de las condiciones de reclusión de las personas privadas de libertad y en varios casos, ha constatado severas violaciones de los derechos fundamentales⁶⁶². La Corte de San José como su homólogo europeo en Estrasburgo han precisado en sus fallos que:

- el Estado se encuentra en una posición especial de garante frente a las personas privadas de libertad, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia⁶⁶³.
- los Estados no pueden alegar dificultades económicas para justificar condiciones de detención que sean tan pobres que no respeten la dignidad inherente del ser humano⁶⁶⁴.

Con tantos órganos encargados de controlar los establecimientos penitenciarios, las prisiones deberían ser lugares donde imperen el derecho y la legalidad. Sin embargo, estamos lejos de ello⁶⁶⁵.

4. La Delegación de funciones al Defensor Penitenciario

El defensor del pueblo es un “comisionado parlamentario” y como tal, se encarga de mantener informado a los órganos del Estado y particularmente al Poder Legislativo sobre la vigencia de los Derechos Humanos. En algunos países las visitas de los Parlamentarios a las prisiones tienen rango legal⁶⁶⁶ y son realizadas frecuentemente. En otros, los miembros del Congreso optan por delegar el control a comisiones de derechos humanos o al Ombudsman quienes deben presentar luego sus informes.

La delegación de esa facultad en un funcionario (Ouvidor o Defensor del Pueblo) tiene sustento constitucional. En algunas situaciones, puede cuestionarse una nueva “delegación” a un nuevo defensor cuando ello no está previsto en la Constitución.

.....

⁶⁶²CIDH Caso Instituto de Reeducación del Menor c. Paraguay 2 de setiembre de 2004; CIDH Caso Montero Araguren y otros (Retén de Catia) c. Venezuela del 5 de julio de 2006; CIDH Caso del Penal Miguel Ángel Castro c. Perú del 25 de noviembre de 2006. Además, existen numerosas decisiones sobre medidas cautelares: 14 de diciembre de 1992 Decisión del Presidente de la CIDH sobre cárceles peruanas, resolución del 7 de julio de 2004 sobre la cárcel de Urso Branco en el Brasil y resolución del 22 de noviembre de 2004 sobre las cárceles de la provincia de Mendoza, Argentina.

⁶⁶³Caso Montero c. Venezuela § 87, caso Miguel Castro § 273. En el mismo sentido: Caso García Asto y Ramírez Rojas c. Perú, sentencia del 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137 § 221; Caso Raxcacó Reyes c. Guatemala, sentencia del 15 de setiembre de 2005. Serie C No. 133, § 95 y caso Fermín Ramírez c. Guatemala, sentencia del 20 de junio de 2005. Serie C No. 126, § 118f

⁶⁶⁴Caso Montero c. Venezuela § 85. Siguiendo en este punto a su homólogo europeo: TEDH I. I. c. Bulgaria, 9 de junio de 2005, nº 44082/98, par. 77 y TEDH Poltoratskiv c. Ucrania, 29 de abril de 2003, nº 38812/97, par. 148

⁶⁶⁵TORRES, Mario Camilo y VÁZQUEZ, Josefina (Coordinadores), Inaceptables condiciones de vida de las personas privadas de libertad, Informe de Derechos Humanos en Paraguay, CODEHUPY, 2007, p. 140-151

⁶⁶⁶Art. 129 de la Ley del 15 de junio de 2000 en Francia y art. 720-1-A del código procesal penal

Creemos que no se trata de una delegación de competencias, sino al establecimiento de mecanismos reales para que puedan evaluarse con más cantidad de personas muchos de los lugares de reclusión y no solo unos cuantos.

A este respecto, no cabe duda que los Poderes del Estado tienen autonomía para organizar la forma en que ejercen sus competencias y que es necesario, sobre todo en países con gran superficie y población, realizar delegación de competencias. Entonces los defensores delegados, deben tener capacidad para requerir informes y emitir censura pública por actos contrarios a los derechos humanos en las prisiones, sin perjuicio que los órganos políticos adopten luego las medidas necesarias para corregir los problemas existentes.

La necesidad de actuar en este ámbito reviste particular importancia debido a que las prisiones en casi todos los países del mundo se encuentran por debajo de lo “aceptable”. Sobre población, falta de programas de reeducación, carencias en los locales utilizados y en algunos casos corrupción y falta de personal adecuado han contribuido a que las mismas sean escuelas del crimen antes que lugares de rehabilitación.

Un juez de ejecución penal recibe en algunos países entre sus competencias el rol de “defensor de los condenados”⁶⁶⁷. Podría discutirse si puede o no cumplir ese rol sin que ello implique desmedro en su función de velar igualmente por el respeto de los derechos de la sociedad y la víctima.

Entendemos que la función judicial destinada a velar en los procesos por los derechos de los reclusos permite reflexionar sobre la necesidad de que otra persona cumpla funciones similares en cuanto a velar en forma permanente por las condiciones de detención, que difícilmente puedan ser cumplidas eficazmente por el juez, el Ministerio Público o cualquier otra persona dentro de la administración con la suficiente imparcialidad cuando son presentadas denuncias o quejas ora por el detenido, ora por organizaciones de defensa de los reclusos. La intervención de un tercero resulta entonces oportuna en la fase de ejecución penal.

5. Régimen y Oportunidades para el ejercicio de la mediación

Son varias las preguntas que pueden formularse sobre la competencia y las tareas que debe (ría)n desarrollar los defensores penitenciarios como mediadores. Muchas de ellas tienen que ver con su designación, el régimen de incompatibilidades y su relación con las partes. Otras se refieren a la eficacia de su intervención ante problemas estructurales.

Un Defensor Penitenciario si bien es un funcionario público, debe reunir las condiciones de independencia para el efectivo cumplimiento de su labor. Independientemente de su idoneidad, no sería conveniente que tenga vínculos estrechos con personas que se encuentran en la administración penitenciaria. Así también, una vinculación estrecha con algunos detenidos podría generar suspicacias dentro del sector estatal.

.....
⁶⁶⁷Art. 43 del código de ejecución penal de la República del Paraguay. Ver igualmente art. 388 del código modelo de proceso penal para Iberoamérica.

http://www.jusrionegro.gov.ar/inicio/eventos/seminariopenal/codigo_procesal_penal_IBEROAMERICANO.pdf

Es ideal que el Defensor se dedique entonces con exclusividad a sus funciones, no debiendo desempeñar otros cargos públicos con excepción de la docencia y eventualmente la investigación. Podría discutirse la posibilidad de seguir trabajando como abogado o en sectores vinculados a las ciencias sociales, ello dependerá de la legislación de cada país.

El rol del mediador como receptor de quejas de los detenidos e intermediador ante la administración penitenciaria y los poderes del Estado en búsqueda de soluciones a problemas estructurales requiere no solamente la formulación de críticas, sino también la realización de propuestas concretas y seguimiento de las mismas sobre todo ante autoridades políticas, principalmente ante aquellas que deciden sobre el otorgamiento de fondos para solucionar problemas de infraestructura y programas de rehabilitación.

¿Estaría el defensor penitenciario en mejores condiciones de intervenir que cualquier otro funcionario para el mejoramiento de las condiciones de reclusión de un país? Es difícil dar una respuesta objetiva y clara para todos los casos, ya que son muchos los elementos a considerarse. Sin lugar dudas, además de la personalidad de la persona elegida, debería tenerse en cuenta la legislación del país y las facultades de los órganos del Estado. Pero podría decirse que la especialización podría contribuir a un mejoramiento de los resultados ya que, si bien funcionarios de los Ministerios de Justicia o homólogos encargados de las prisiones deberían ocuparse del tema, la realidad es que debido a la sobrecarga de trabajo, a la burocracia o a otros motivos, los mismos no pueden dedicarse enteramente a adoptar medidas para mejorar las condiciones actuales de reclusión en los países que, en muchos casos, se encuentran lejos de ser ideales.

Existe un amplio espectro de posibilidades entre condiciones ideales y aquellas sancionadas como tratamiento inhumano o degradante. No se exige que los detenidos estén en mejores condiciones que la mayoría de la gente sino simplemente que sus condiciones no vengán a agravar su situación de reclusión.

Es esencial garantizar a los reclusos el derecho de petición y el derecho a entrevistarse con el mediador o mantener correspondencia. Recientemente en Brasil se discutió la Carta de Brasilia y la posibilidad de recibir denuncias anónimas sobre la situación de los presos⁶⁶⁸. Existe igualmente una propuesta de requerir a los gobiernos federales la creación de ouvidorias del sistema penitenciario.

A fin de constatar las situaciones de reclusión, es igualmente recomendable permitir el libre acceso del mediador al interior de las prisiones, sin que pueda alegarse cuestiones de orden interno o seguridad, debiendo brindarse al mismo todas las garantías y protecciones necesarias para el cumplimiento de su labor.

Está claro que ello permitirá observar por sí mismo las diferentes aristas y situaciones del problema, como también recoger las versiones de los detenidos y de la administración, antes de elaborar un informe que deberá ser presentado en numerosas ocasiones ante distintas autoridades, lo que nos lleva a cuestionarnos sobre el rol que debería cumplir el ouvidor en caso de comprobarse denuncias o falencias en condiciones de detención.

.....
⁶⁶⁸Jorge Wamburg – Portal EBC. Agência Brasil1. 4.06.2013. Ouvidores do sistema penitenciário confirmam decisão de receber e apurar denúncias anônimas

<http://www.ebc.com.br/noticias/brasil/2013/06/ouvidores-do-sistema-penitenciario-confirmam-decisao-de-receber-e-apurar>

6. Las situaciones de detención insatisfactorias y el mediador

Está claro que si se constata una situación de urgencia, el mediador no debe substituir al detenido y a su abogado en el ejercicio de sus derechos. Pero ello no obsta a que pueda tener intervención en un proceso judicial o administrativo como testigo o experto en la materia, de manera que puedan adoptarse los mecanismos para la protección del derecho.

Y uno de los temas más urgentes es sin duda la sobrepoblación. Sin duda, ante la agravación de las condiciones de detención, muchos detenidos podrán recurrir al defensor penitenciario buscando una solución. Si bien el mismo puede alertar a las autoridades, el problema en muchos casos adquirió ribetes estructurales que sólo pueden ser solucionados con modificaciones legislativas que faciliten las medidas alternativas a penas de reclusión de corta duración o también con la (re)adaptación de los locales de detención y el mejoramiento de los mismos, siendo necesario destinar recursos a tal fin.

La situación de las prisiones está lejos de ser una prioridad para muchos gobiernos y por ello, es una medida acertada contar con una autoridad que pueda hacer sonar una y otra vez la voz de alarma en situaciones de crisis, evitando de esta manera que se recurra a organismos internacionales y que éstos a su vez sancionen al Estado por incumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos.

El defensor del pueblo puede intervenir también como contralor en los casos en que la administración se comprometió a realizar mejoras. Así, si antes de llegar a la instancia judicial, la administración considera que el pedido del recluso es pertinente y se compromete a mejorar, por ejemplo, la provisión de alimentos o de elementos de higiene, el mediador se encontrará mejor ubicado que un juez o un agente del gobierno para determinar si efectivamente se cumplieron o no los compromisos asumidos.

La elaboración de informes periódicos y su posterior comparación, así como la lista de compromisos asumidos y cumplidos (o no) por las autoridades permitirán igualmente un mejoramiento de las condiciones penitenciarias y un control por parte del defensor.

¿Es conveniente que un funcionario denuncie a otro? Podría decirse que el defensor no forma parte de la estructura penitenciaria y que como mediador, debería tener la imparcialidad y limitarse a poner a conocimiento de las autoridades con jurisdicción un problema, no interviniendo directamente en su solución. Como parte interesada en el mejoramiento de las condiciones de reclusión, está claro que sus funciones incluyen adoptar todas las medidas que, a su criterio, sean necesarias para el mejor cumplimiento de sus funciones.

Conclusión: la necesidad de defensor/es de los reclusos

Las iniciativas tendientes a difundir el defensor penitenciario buscan garantizar la plena vigencia del principio acusatorio a la etapa del proceso penal luego del pronunciamiento de la condena. Se inicia entonces una división clara de los roles de requerimiento y de decisión, imparcialidad del juez, función ejecutiva de la pena a cargo del Fiscal y plena defensa del derecho de defensa del condenado⁶⁶⁹.

.....
⁶⁶⁹HARFUCH, Andrés y otros, La vigencia del principio acusatorio en la etapa de ejecución de la pena, Observaciones críticas al fallo Romero Cacharane de la CSJN en FELLINI, Zulita (dir), Derecho de ejecución penal, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 129

El condenado ya cuenta hoy en día con un defensor y además el juez de ejecución cumple en algunos países esa tarea. Se ha señalado que el rol del juez como “defensor” se refiere exclusivamente a las condiciones de ejecución⁶⁷⁰ y no a su labor de sentenciador en los incidentes que presentan las partes. Esta función no hace mella en los deberes de independencia e imparcialidad del juez.

El rol de jueces como “defensor de los condenados” cumplido por algunos magistrados judiciales puede ser modificado simplemente mediante la derogación de una ley. Por lo que otro “defensor” además del Abogado “defensor” frente a la administración penitenciaria no es una superposición de nombres ni de funciones. Por el contrario, el detenido necesita contar con personas antes quienes acudir para dar solución a los urgentes problemas que pueden surgir del encierro en condiciones infrahumanas.

El Defensor del pueblo penitenciario puede intervenir como “Amicus Curiae”⁶⁷¹ en los procesos que se vinculen a condiciones de detención en particular y al derecho penitenciario en general, de manera a velar por el cumplimiento del régimen penitenciario denunciando la inacción de la administración penitenciaria ante el Juez de Ejecución Penal. Se convertirá en el verdadero “defensor” del condenado y de sus condiciones de reclusión, tema del que nadie se ocupa por cuestiones económicas (los presos con dinero se encuentran en condiciones VIP) o simplemente por recargo de trabajo. Y es sabido que en materia de prisiones, el simple encierro no tiene el mágico efecto de transformar a los criminales en personas respetuosas de la ley. Se necesita insistir en el tratamiento penitenciario para al menos “intentar” una readaptación.

Hemos visto que cada institución cumple una función específica dentro de su ámbito de competencia. Aunque se pueda estar en contra de las condiciones de reclusión de las personas, no es menos cierto que la política criminal considera que la privación de libertad es aún el mecanismo adecuado para la sanción de conductas penales consideradas como relevantes. No puede entonces el legislador suprimir la pena de privación de libertad que en nuestros sistemas tiene rango constitucional pero si puede adoptar medidas para garantizar frente a los demás poderes del Estado que las condiciones sean adecuadas para lograr los fines de readaptación del condenado y protección de la sociedad. Una medida, puede, perfectamente, ser el defensor penitenciario como funcionario para controlar las condiciones de reclusión, llamando la atención de las autoridades en casos urgentes.

Bibliografía

- 📖 HARFUCH, Andrés y otros, La vigencia del principio acusatorio en la etapa de ejecución de la pena, Observaciones críticas al fallo Romero Cacharane de la CSJN en FELLINI, Zulita (dir), Derecho de ejecución penal, Hammurabi, Buenos Aires, 2006.
- 📖 POLETTI ADORNO, Alberto, El juez de ejecución penal, ese perfecto desconocido que ingresa a la familia, Revista Debates Jurídicos y Sociales, Universidad de Concepción, Chile, 2008.

.....
⁶⁷⁰POLETTI ADORNO, Alberto, El juez de ejecución penal, ese perfecto desconocido que ingresa a la familia, Revista Debates Jurídicos y Sociales, Universidad de Concepción, Chile, 2008, p. 120

⁶⁷¹Acordada n° 479 de Corte Suprema de Justicia, de 09 de Octubre de 2007 “Para la admisión de los Amicus Curiae, dentro de los procesos judiciales”

- 📖 TORRES, Mario Camilo y VÁZQUEZ, Josefina (Coordinadores), Inaceptables condiciones de vida de las personas privadas de libertad, Informe de Derechos Humanos en Paraguay, CODEHUPY, 2007.

Páginas web.

- 📖 http://www.defensoriarionegro.gov.ar/inicio/index.php?option=com_content&task=blogcategory&id=18&Itemid=31
- 📖 <http://pdba.georgetown.edu/Comp/Control/Defensor/designacion.html>.
- 📖 <http://www.oci-bec.gc.ca>
- 📖 <http://www.ppo.gov.uk>
- 📖 <http://www.niprisonerombudsman.gov.uk>
- 📖 <http://www.cglpl.fr>
- 📖 <http://www.gendarmeria.cl>
- 📖 <http://inddhh.gub.uy/que-es-el-mecanismo-nacional-de-prevencion/>

● RÉGIMEN DIFERENCIADO DE EJECUCIÓN PENAL SEGÚN EL TIPO DELICTIVO EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL.

Javier Nistal Burón

Sumario

I. Introducción. II. Excepcionalidades en la Ejecución penal, según la Tipología Delictiva. 1. En el caso del concurso real de delitos. 2. En el caso de delitos de terrorismo y/o cometidos en el seno de organizaciones criminales. 3. En el caso de delitos que lleven aparejada la pena de “prisión permanente revisable”. 4. En el caso de ciertos delitos que llevan aparejada una penalidad grave. 5. En el caso de delitos contra la libertad e indemnidad sexual. III. Conclusiones.

I. Introducción

Punto crucial en la lucha eficaz con todo tipo de delincuencia, es contar con un sistema punitivo coherente entre lo que es el ámbito de la imposición de la pena y el cumplimiento de la misma, porque no es posible separar la pena de la manera de cumplirla, ni en la forma ni en la duración. El Código penal establece un listado de delitos a los que sanciona con una pena privativa de libertad, señalando su duración; por otra parte la normativa penitenciaria atiende a establecer la forma en la que ha de hacerse efectiva la privación de libertad, producto de la condena judicial, conforme a un modelo que tiene como objetivo principal el de la incorporación del delincuente al orden social por medio de la aplicación del tratamiento penitenciario, inspirado en las técnicas propias de las ciencias de la conducta; en un escenario creado por la ideología de la resocialización, que fue el eje del movimiento de la reforma penitenciaria operada en España, mediante la ley orgánica general penitenciaria 1/1979 de 26 de septiembre (LOGP), lo que permitió introducir un sentido más humanitario en el cumplimiento de la pena, renunciando, en parte, a los contenidos retributivos de la misma, basado, hasta ese momento, en la idea exclusiva de la culpabilidad del autor y del castigo proporcionado a la misma.

El nuevo sistema de cumplimiento de la condena que instaura la ley penitenciaria se denominada de *individualización científica*⁶⁷², en los términos previstos en su artículo 72.1, se basa en la diferenciación de distintos grados de tratamiento -1º, 2º y 3º- a los que se accede mediante la correspondiente clasificación penitenciaria y, que se cumplen conforme a unos modelos diferentes de régimen de vida -cerrado, ordinario y abierto- en las distintas clases de Centros penitenciarios previstos en la normativa penitenciaria. Este modelo de cumplimiento de la condena deja, normalmente, en un segundo plano el tipo de delito cometido y la clase de pena impuesta y se fija, casi con exclusividad, en la persona del condenado, que tras la valoración de sus características personales y familiares; también las de su entorno social y del medio en que desenvuelve su vida, determinará las posibilidades reales, que desde el punto de vista social, tiene para normalizar su vida sin incidir en la actividad delictiva. En esta valoración penitenciaria global del recluso se tiene, también muy en cuenta, el tipo de delito cometido y la duración de la pena que ha de cumplir aquel, pero sin hacer excepciones en cuanto a la tipología delictiva.

.....
⁶⁷²Se denomina sistema individualizado, porque el cumplimiento de la condena se diseña de forma individual para cada interno a través de la clasificación penitenciaria y se califica de científico, porque está basado en las ciencias de la conducta y se aplica por especialistas en las mismas: psicólogos, educadores, criminólogos etc.

Sin embargo, el Código penal sí que establece diferencias según el tipo delictivo, lo que genera la existencia de importantes excepciones en el régimen de ejecución de las penas impuestas a los autores de determinados delitos, dando origen a los que podemos denominar formas especiales de ejecución penal, que vienen recogidas en los artículos 36, 78, 78 bis), 90, 91 y 92, todos ellos del citado Código penal. Todos estos preceptos configuran un régimen diferenciado en la ejecución penal para determinados delitos, que se viene a complementar con el protagonismo que la víctima ha asumido en la ejecución penal en la Ley 4/2015, de 27 de abril, que regula el Estatuto de la víctima del delito.

II. Excepcionalidades en la Ejecución Penal según la Tipología Delictiva

Las excepciones a la regla general que introduce el Código Penal en materia de ejecución penal según la tipología de los delitos cometidos por los autores de los mismos son varias, por razones didácticas hemos tratado de agruparlas en cinco bloques: en el caso del concurso real de delitos, en el caso de delitos de terrorismo y/o cometidos en el seno de organizaciones criminales, en el caso de delitos que lleven aparejada la pena de “prisión permanente revisable”, en el caso de ciertos delitos que llevan aparejada una penalidad grave (superior a cinco años) y, por último, en el caso de delitos contra la libertad e indemnidad sexual.

1. En el caso del concurso real de delitos

La orientación resocializadora atribuida a la pena privativa de libertad en el artículo 25.2 de la Constitución española (CE) requiere, entre otras actuaciones, establecer una limitación en la duración máxima de la pena impuesta, para evitar que una persona pueda pasar tantos años en prisión que al salir en libertad resulte difícilmente irrecuperable. Estas limitaciones están establecidas en nuestro Código Penal (CP), en su artículo 76, conforme al criterio general de que a un sólo hecho le corresponde la imposición de una sola pena y que en el supuesto de pluralidad de hechos, independientemente que cada uno merezca una pena individual, se establece una pena unitaria para todos ellos, con un determinado límite -reglas del concurso real de delitos- donde el legislador ha diseñado un sistema de limitaciones temporales, si hay conexidad⁶⁷³, para la imposición de las diversas penas que le puedan corresponder a un mismo culpable.

Esta limitación es doble, por una parte, el denominado límite relativo, que está constituido por el triplo de la pena más grave. Por otra parte, un límite absoluto, fundado en razones humanitarias y de proscripción de tratos o penas inhumanas o degradantes (art. 15 CE), que puede ser un límite absoluto ordinario de 20 años y/o unos límites extraordinarios de 25 años; cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión de hasta 20 años; de 30 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años y de 40 años para los casos de delitos más graves en dos supuestos, bien cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, dos de ellos estén castigados por la ley con pena de prisión superior a 20 años, bien cuando el sujeto haya sido

.....
⁶⁷³La jurisprudencia siempre ha interpretado esta conexidad con criterios de amplitud, flexibilidad y generosidad, bajo los argumentos que van desde la orientación de las penas privativas de libertad hacia la reeducación y reinserción social, según dispone el artículo 25 de la CE, hasta la prohibición de las torturas y las penas o tratos inhumanos o degradantes conforme a su artículo 15 CE., llegando últimamente, dicha jurisprudencia, a decantarse por el puro criterio cronológico, de modo que todos los hechos cometidos con posterioridad a una sentencia definitiva serían susceptibles de ser acumulados; a sensu contrario, los hechos posteriores cometidos tras una sentencia condenatoria definitiva no pueden ser, de modo alguno, objeto de acumulación a otros ya enjuiciados.

condenado por dos o más delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II del Código penal y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años.

En la siguiente Tabla podemos comprobar, gráficamente, cómo operan estas limitaciones penales establecido en el artículo 76 CP.

Límites	Ejemplos gráficos
El límite relativo: Triplo de la pena más grave.	6 delitos x 4 años = 24 años, le correspondería la limitación relativa del triplo de la pena más grave $3 \times 4 = 12$ años
El límite absoluto ordinario de 20 años.	3 delitos x 8 años = 24 años (Triplo de la más grave $3 \times 8 = 24$ años), le correspondería la limitación absoluta ordinaria de 20 años.
El límite absoluto extraordinario de 25 años.	4 delitos de homicidio y violación x 12 años = 48 años. (Triplo de la más grave $3 \times 12 = 32$), le correspondería la limitación absoluta extraordinaria de 25 años.
El límite absoluto extraordinario de 30 años.	4 delitos de homicidio x 10 años + 1 delito violación x 12 años + 1 asesinato x 25 años = 77 años, (Triplo de la más grave $25 \times 3 = 75$ años), le correspondería la limitación absoluta extraordinaria de 30 años.
El límite absoluto extraordinario de 40 años.	5 delitos de asesinato x 25 años = 125 años, (Triplo de la más grave $25 \times 3 = 75$), le correspondería la limitación absoluta extraordinaria de 40 años.
El límite absoluto extraordinario de 40 años (terrorismo y/o delincuencia organizada).	5 delitos de asesinato x 25 años = 125 años (Triplo de la más grave $25 \times 3 = 75$), le correspondería la limitación absoluta extraordinaria de 40 años.

Sobre estas reglas limitadoras de la duración de las penas privativas de libertad, el Juez o Tribunal sentenciador puede decidir, cuando el límite concursal resulte ser inferior a la mitad de la totalidad de las penas impuestas y según su libre criterio, a partir de la reforma operada en el artículo 78 CP, por la LO 1/2015, tanto si se trate del límite concursal ordinario como de los extraordinarios, que aquellos mecanismos jurídicos penitenciarios que suponen acortamiento del tiempo de estancia en la cárcel: permisos de salida, clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la suspensión de la condena y concesión de la libertad condicional, se calculen sobre el límite concursal -20, 25, 30 y/o 40 años- o sobre la totalidad de las penas impuestas en las sentencias⁶⁷⁴.

La diferencia es sustancial, pues mientras que en el primer caso -aplicación de los beneficios penitenciarios sobre el límite concursal- el penado puede beneficiarse de cierta reducción de su tiempo de estancia en prisión, en el segundo de los supuestos -aplicación de los beneficios penitenciarios sobre la totalidad de la condena- no obtendría ninguna reducción de la misma, pues cumpliría antes de forma definitiva la condena impuesta que los plazos exigibles para el acceso a los beneficios penitenciarios previstos en nuestro sistema de ejecución penal.

Un ejemplo gráfico vendría a evidenciar está la afirmación. Supongamos que se trata del caso que ya hemos utilizado como ejemplo para el límite concursal de 30 años: el de 4 delitos de homicidio x 10 años + 1 delito violación x 12 años + 1 asesinato x 25 años = 77 años, (Triplo de la más grave 25 x 3 = 75 años), le correspondería una limitación absoluta extraordinaria de 30 años, que es un límite concursal inferior a la mitad de las condenas impuestas (de 77 años la mitad son 38,5 años, cifra superior a 30 años).

Si estamos en el primer supuesto, donde el Juez o Tribunal sentenciador acuerda que los mecanismos jurídicos penitenciarios de acortamiento de la condena se aplican sobre el límite concursal -30 años- el penado podría beneficiarse de los efectos acortadores de la estancia en prisión en los plazos que podemos comprobar en la Tabla siguiente:

Beneficio penitenciario	Tiempo para acceder
En los permisos de salida (a la $\frac{1}{4}$ parte).	A los 7,5 años de cumplimiento.
En el tercer grado penitenciario (a la $\frac{1}{2}$).	A los 15 años de cumplimiento.
En la suspensión de la condena y concesión de la libertad condicional (a las $\frac{3}{4}$ partes).	A los 22,5 años de cumplimiento.
Libertad definitiva.	A los 30 años de cumplimiento.

.....
⁶⁷⁴Antes de la reforma operada por LO 1/2015, el Juez o Tribunal sentenciador, obligatoriamente, debía aplicar los beneficios penitenciarios sobre la totalidad de las penas cuando se tratara de los límites extraordinarios.

Si estamos en el segundo supuesto, donde el Juez o Tribunal sentenciador acuerda que los mecanismos jurídicos penitenciarios de acortamiento de la condena se aplican sobre la totalidad de la condena -77 años- el penado podría beneficiarse, solamente, de las salidas de permiso y no de las demás medidas reductoras de la pena, pues saldría antes en libertad definitiva, como lo podemos comprobar en la Tala siguiente:

Beneficio penitenciario	Tiempo para acceder
De los permisos de salida (a la ¼ parte)	A los 19,2 años de cumplimiento.
Del tercer grado (a la ½)	A los 38,5 años de cumplimiento.
De la suspensión de la condena y concesión de la libertad condicional (a las ¾ partes)	A los 57,7 años de cumplimiento.
Libertad definitiva	A los 30 años de cumplimiento.

No obstante, en este segundo supuesto -aplicación de los beneficios penitenciarios sobre la totalidad de la condena- la existencia de un previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, valorando en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador y con la audiencia del Ministerio Fiscal, de las Instituciones Penitenciarias y de las demás partes, permite al Juez de Vigilancia penitenciaria, durante el cumplimiento de la pena, aplicar los mecanismos jurídicos penitenciarios reductores de la condena sobre el límite concursal y no sobre la totalidad de la condena, acordado inicialmente por el Juez o Tribunal sentenciador (art. 78.2, párrafo primero CP).

Ahora bien, esta decisión judicial podrá, conforme establece el artículo 13.1 b) de la Ley 4/2015 de 27 de abril, ser impugnada por la víctima, aunque no se hubiera mostrado parte en la causa, si ésta lo fuera de algunos de los siguientes delitos: de homicidio, de aborto del artículo 144 CP, de lesiones, contra la libertad, de tortura y contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexual, de robo cometidos con violencia o intimidación, de terrorismo, de trata de seres humanos, o cometidos en el seno de un grupo u organización criminal⁶⁷⁵, lo cual no deja de ser también un régimen diferenciado en la ejecución penal introducido por esta ley 4/2015.

Con esta forma especial de ejecución penal para el caso del concurso real de delitos, el legislador pretende activar una respuesta penal más efectiva frente a los autores que han cometido una pluralidad de delitos, pues si inicialmente el Juez o Tribunal sentenciador acuerda la aplicación de los beneficios penitenciarios reductores de la condena sobre la totalidad de la misma, de no existir un previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador -requisitos del apartado primero del artículo 78.2 CP- el penado cumplirá, en la práctica, de manera íntegra y efectiva el límite máximo de condena (20, 25, 30 ó 40 años de prisión). Y como hemos dicho, aunque exista ese pronóstico favorable, si el Juez

.....
⁶⁷⁵Para ejercer esta posibilidad impugnatoria, las víctimas han de solicitar, conforme a la letra m) del artículo 5.1 del Estatuto de la Víctima, que les sean notificadas las resoluciones a las que se refiere el artículo 7.

de Vigilancia penitenciaria acuerda el régimen general de cumplimiento, la víctima puede impugnarlo (art. 13.1 b) Ley 4/2015).

2. En el caso de delitos de terrorismo y/o cometidos en el seno de organizaciones criminales

Es esta tipología delictiva la que, sin duda, tiene un régimen de mayor diferenciación con el régimen general de ejecución y donde más se acentúan las excepciones a dicho régimen general, lo cual por otra parte es lógico, pues esta actividad delictiva no deja de ser una forma de criminalidad caracterizada por su alta peligrosidad y por su nocividad social, que llega a suponer una amenaza para la seguridad y la libertad de los ciudadanos y los valores del propio Estado.

Las excepcionalidades que esta tipología delictiva presenta con el régimen general de ejecución penal son varias. Empezamos por la que se deriva de la aplicación de los beneficios penitenciarios sobre los límites concursales del artículo 76 CP, que siendo posible, tiene un régimen de ejecución diferenciado, puesto que los autores de estos delitos deberán cumplir en todo caso 4/5 partes de la condena para acceder al 3º grado penitenciario y las 7/8 partes para acceder a la suspensión de la condena y concesión de la libertad condicional, según lo dispuesto en el artículo 78.2, apartado segundo CP., como podemos comprobar en la siguiente Tabla, utilizando el mismo límite concursal de los 30 años, que hemos utilizado anteriormente.

Beneficio penitenciario	Tiempo para acceder
Permisos de salida (a la ¼ parte).	A los 7,5 años de cumplimiento (no hay diferencia).
Tercer grado (a las 4/5 partes).	A los 24 años de cumplimiento (15 años en delitos comunes).
Suspensión de la condena y concesión de la libertad condicional (a las 7/8 partes).	A los 26,2 años de cumplimiento (22,5 en delitos comunes).
Libertad definitiva.	A los 30 años de cumplimiento (no hay diferencia lógicamente).

Con esta forma especial de ejecución penal, el legislador pretende activar una respuesta penal más efectiva para los autores de estos delitos de terrorismo y/o delincuencia organizada, por las razones anteriormente apuntadas. Sin embargo, este régimen diferenciado de ejecución penal para estos delitos no termina en esa mayor carga retributiva que la pena tiene para terroristas y delincuencia organizada, sino que también se produce con la exigencia de ciertos requisitos adicionales para poder acceder a esos “beneficios penitenciarios” que suponen acortamiento de la estancia en prisión. Así, para acceder al 3º grado penitenciario, como régimen más flexible que permite hacer al penado una vida de semilibertad y/o para acceder a la suspensión de la condena y concesión de la libertad condicional, se les exige a los autores de estos delitos, tras la reforma introducida en la ley penitenciaria y en el Código penal por la LO 7/2003, mostrar signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas, y

además la colaboración activa con las autoridades para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, para atenuar los efectos de su delito, para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que hayan colaborado. Estas circunstancias se podrán acreditar mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia, así como una petición expresa de perdón a las víctimas del delito. Además se acreditarán por los informes técnicos que expresen que el penado está realmente desvinculado de la organización terrorista, del entorno y de las actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean⁶⁷⁶.

Aún existen otras excepcionalidades en el régimen de ejecución penal para los delitos de terrorismo y/o cometidos en el seno de organizaciones delictivas, una de ellas que está muy relacionada con el nuevo papel otorgado a la víctima en la ejecución penal por el Estatuto de la víctima de delito, introducido por la Ley 4/2014 de 27 de abril, es la posibilidad de impugnar directamente la decisión del Juez de vigilancia penitenciaria prevista en el artículo 78.2 apartado segundo CP, relativa a que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo para la libertad condicional se refieran al límite concursal y no a la suma de todas las penas impuestas, cuando la víctima lo fuere, precisamente, por estos delitos de terrorismo, o cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.

Otra excepcionalidad es que en estos delitos -terrorismo y/o cometidos en organización delictivas- no es posible acceder a la suspensión de la condena y concesión de la libertad condicional adelantada a las 2/3 partes, en los términos previstos en el artículo 91 del CP, y tampoco acceder al adelantamiento cualificado de este plazo de 2/3 partes en la cuantía de 90 días como máximo por cada año de cumplimiento efectivo en prisión, una vez cumplida la mitad de la condena⁶⁷⁷, pues de la concesión de estos adelantamientos están, expresamente, excluidos los miembros de organizaciones terroristas y delincuencia organizada, como también quedan excluidos de la suspensión de la condena los autores de estos delitos, aunque sea la primera vez que entran prisión a cumplir una condena no superior a 3 años, una vez cumpla la mitad de la misma (art.90.8 CP), posibilidad que sí que tienen los autores de otro tipo de delitos en los que concurran las circunstancias apuntadas de la primariedad y la pena inferior de tres años⁶⁷⁸.

3. En el caso de delitos que pueden llevar aparejada la pena de “prisión permanente revisable”

Son delitos que pueden ser sancionados con la nueva modalidad punitiva de la “prisión permanente revisable” introducida por la LO 1/2015 de reforma del Código penal: el que matare al Rey o al Príncipe heredero (art. 485.1 CP), los delitos de terrorismo si causaran la

.....
⁶⁷⁶Sin duda, la exigencia de que los autores de estos hechos delictivos abandonen los fines y medios de la organización criminal se puede entender como un signo inequívoco de reinserción social y de respeto a la norma penal.

⁶⁷⁷Si se acredita la realización continuada de tareas laborales culturales u ocupacionales y la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o de tratamiento o desintoxicación

⁶⁷⁸La posibilidad de suspender la condena a los penados que ingresan por primera vez en prisión una vez cumplida la mitad de su pena, si esta es menor de 3 años, está prevista en el apartado 3º del art.90 del CP, introducido en la última reforma del CP, llevada a cabo por la LO 1/2015, de 30 de marzo.

muerte de una persona (con el tiempo de prisión máximo previsto en este Código, según redacción dada por LO 2/2015 (art. 573.bis); el que matara al Jefe de un Estado extranjero, o a otra persona internacionalmente protegida por un Tratado, que se halle en España (art. 605.1); el que cometa delitos de genocidio si matara, agrediera sexualmente o infligiera lesiones a alguno de los miembros (art. 607.1 y 2 CP); los delitos de lesa humanidad, si causara la muerte de alguna persona (art.607 bis.2.1); el asesinato, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: “que la víctima sea menor de 16 años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad, o discapacidad”; “que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima”; “que el delito se hubiere cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal” (art. 140.1.CP) y el asesinato de más de dos personas (art. 140.2 CP).

Dado que según las previsiones normativas introducidas en esta reforma de la LO 1/2015, la pena de “prisión permanente revisable” no ignora el mandato constitucional de que las penas privativas de libertad deben estar orientadas hacia la reeducación y reinserción social de los condenados (art. 25.2 CE)⁶⁷⁹, como apuntala expresamente la Exposición de motivos de la citada reforma (LO 1/2015), cuando señala que esta nueva pena de “prisión permanente revisable” no constituye una suerte de “pena definitiva” en la que el Estado se desentiende del penado, pues va a permitir compatibilizar la existencia de una respuesta penal ajustada a la gravedad de la culpabilidad con la finalidad de la reeducación de éste. Y es esta circunstancia, precisamente, la que avala la constitucionalidad de esta pena de “prisión permanente revisable”, el hecho de que durante su cumplimiento no se excluya la aplicación de las medidas tendentes a la reinserción social de los condenados a la misma, siempre y cuando exista un pronóstico favorable en ese sentido⁶⁸⁰.

El régimen diferenciado de ejecución penal de esta nueva pena de “prisión permanente revisable”, se establece, nada menos, que en tres preceptos del Código penal, en el artículo 36, en lo relativo al levantamiento del periodo de seguridad para una posible clasificación en 3º grado y el disfrute de posibles permisos de salida, en el nuevo artículo que incorpora esta reforma con el ordinal de artículo 78 bis), en lo relativo a los tiempos de extinción mínimos exigibles para la progresión a 3º grado penitenciario y para los casos de suspensión de la ejecución del resto de la pena y en el artículo 92, cuando regula la posible concesión de la libertad condicional a esta nueva modalidad punitiva.

.....
⁶⁷⁹En todo caso, hay que tener bien en cuenta, que los principios constitucionales de reeducación y reinserción social no fuerzan a la puesta en libertad de los condenados en cuanto se les considera resocializados, ni tampoco su permanencia en prisión más allá del tiempo de la condena, que señalan las normas sobre cumplimiento de las penas de quienes no lo están. Es decir, las penas se cumplen con independencia de la efectiva reeducación o no de los condenados; lo único que, según reiterada jurisprudencia constitucional, exige el citado artículo 25.2 CE es que las penas privativas de libertad estén orientadas hacia la reeducación y reinserción social de los condenados. Vid.: entre otras, SSTC 2/1987, 19/1988, 28/1988, 150/1991,209/1993, 72/1994, 112/1996, 2/1997 o 81/1997). y AATC 15/1984,486/1985, 303/1986 y 780/1986.

⁶⁸⁰Sobre la constitucionalidad de esta pena se ha pronunciado el propio Consejo de Estado, al informar con relación a la ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional, en el que está prevista la imposición de una pena de prisión permanente y, lo ha hecho informando favorablemente sobre la constitucionalidad de las penas de duración indeterminada -pero revisables-. Asimismo, se ha pronunciado a favor de la constitucionalidad de esta pena el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que la ha considerado ajustada a la Convención Europea de Derechos Humanos, que ha declarado que cuando la Ley nacional ofrece la posibilidad de revisión de la condena de duración indeterminada con vistas a su conmutación, remisión, terminación o libertad condicional del penado, esto es suficiente para dar satisfacción al artículo 3 del Convenio (cfr. SSTEDH 12-2-2008, caso Kafkaris vs. Chipre; 3-11-2009, caso Meixner vs. Alemania).

Al ser esta nueva modalidad punitiva de duración indeterminada, el legislador ha tenido que fijar, expresamente, los periodos mínimos de cumplimiento efectivo de la misma para acceder a los beneficios penitenciarios y medidas acortadoras de la estancia en prisión del penado, por espacios de tiempo concretos y no por porcentajes, como ocurre con las penas de duración determinada. Estos espacios de tiempo son los que constituyen, básicamente, la excepcionalidad al régimen general de cumplimiento de las penas de duración determinada:

1) En el caso de los permisos de salida. Los condenados a la pena de “prisión permanente revisable”, pueden disfrutar de los permisos de salida penitenciarios, siempre y cuando, reúnan los requisitos que la legislación penitenciaria establece al efecto , en concreto, el de haber extinguido una parte de la condena, que en las penas de duración determinada es de al menos la ¼ de la condena o condenas impuestas Este requisito de temporalidad para el disfrute de los permisos de salida es diferente para las penas de duración indeterminada, pues se cambia la exigencia del porcentaje, por un espacio de tiempo fijo, que sería de 8 años en los supuestos generales y de 12 años para el caso de que el penado lo hubiera sido por un delito del Capítulo VII del Título XXII del libro II del CP. Este tiempo de extinción de condena para poder disfrutar de posibles permisos de salida ordinarios es homogéneo para todos los delitos sancionados con la pena de “prisión permanente revisable”, independientemente de si existe una o más de estas condenas, o de si concurre o no con otras penas superiores o inferiores a los 5, 15 y/o 25 años, como veremos que sí varía en el acceso al 3º grado penitenciario y para la concesión de la suspensión de la condena.

Pena/s	Permiso Ordinario
Pena de prisión permanente revisable.	8 años (36 CP).
Pena de prisión permanente revisable por delito de terrorismo.	12 años (36 CP).

Teniendo en cuenta la directriz de temporalidad de la ¼ parte determinada en la normativa penitenciaria para la concesión de permisos de salida ordinarios en las penas de duración determinada, se constata que sobre este porcentaje en la pena de “prisión permanente revisable” se ha tomado como referencia la cifra de 32 años, para el supuesto general -8 años es la 1/4 de 32 años- y de 48 años para los delitos vinculados con la actividad terrorista -12 años es la 1/4 de 48 años-. Desconocemos cuál ha podido ser el baremo que ha utilizado el legislador para establecer estos espacios de tiempo, aunque, en todo caso pensamos, que dicho baremo denota que el principal propósito de la medida, no sería otro, que el de endurecer el régimen de cumplimiento de la prisión permanente, teniendo en cuenta la gravedad de la tipología delictiva que ha llevado consigo la imposición de esta pena.

.....
⁶⁸¹ Artículo 154.1 del Reglamento penitenciario “Se podrán conceder, previo informe preceptivo del Equipo Técnico, permisos de salida ordinarios de hasta siete días de duración como preparación para la vida en libertad, hasta un total de treinta y seis o cuarenta y ocho días por año a los condenados clasificados en segundo o tercer grado respectivamente, siempre que hayan extinguido la cuarta parte de la condena o condenas y no observen mala conducta”.

2) En el caso de acceso al 3º grado de tratamiento penitenciario. La pena de “prisión permanente revisable” permite la clasificación del penado en 3º grado, cuando concurren las circunstancias favorables hacia el tratamiento penitenciario, exigidas en la legislación penitenciaria para los penados que cumplen una pena de duración determinada, aunque se exige un tiempo de prisión efectiva superior, precisamente, por la gravedad del delito o delitos cometidos. Esos plazos mínimos que han de transcurrir para el posible acceso al 3º grado penitenciario de quienes cumplen esta pena permanente, depende de si la misma se impone de forma única o concurre con otras de su misma naturaleza o de naturaleza determinada, según la extensión de éstas, pudiéndose dar los siguientes supuestos:

a) Si la pena de “prisión permanente revisable”, es la única pena impuesta y/o concurre con otras penas cuya suma global no exceda de 5 años.

a1) Como regla general, al menos, 15 años de prisión efectiva.

a2) Como regla especial, al menos 20 años, en el caso de que el penado lo hubiera sido por un delito del Capítulo VII del Título XXII del libro II del Código Penal.

b) Si se ha impuesto una pena de “prisión permanente revisable”, y la misma, concurre con penas cuya duración global excede de 5 años.

b1) Como regla general, al menos 18 años de cumplimiento efectivo.

b2) Como regla especial, al menos 24 años, en el caso de que el penado lo hubiera sido por un delito del Capítulo VII del Título XXII del libro II del Código Penal.

c) Si se ha impuesto una pena de “prisión permanente revisable”, y la misma, concurre con penas cuya duración global exceda de 15 años.

c1) Como regla general, al menos 20 años de cumplimiento efectivo.

c2) Como regla especial, al menos 24 años, en el caso de que el penado lo hubiera sido por un delito del Capítulo VII del Título XXII del libro II del Código Penal.

d) Cuando se impongan dos o más penas de “prisión permanente revisable”, o bien una sola de esta naturaleza y el resto de penas impuestas suman un total de 25 años o más.

d1) Como regla general, al menos 22 años de prisión efectiva.

d2) Como regla especial, al menos 32 años de prisión efectiva, en el caso de que el penado lo hubiera sido por un delito del Capítulo VII del Título XXII del libro II del Código Penal.

Como resumen podemos comprobar estos espacios de tiempo de forma gráfica en la siguiente Tabla:

Pena/s	Tercer Grado
PPR.	15 años (36 CP).
PPPR-T.	20 años (36 CP).
PPR + P > 5 años.	18 años (78bis CP).
PPR + P > 15 años.	20 años (78bis CP).
PPR + P > 25 años.	22 años (78bis CP).
PPR-T + P > 5 años.	24 años (78bis CP).
PPR-T + P => 25 años.	32 años (78bis CP).

PPR: pena de prisión permanente revisable .PPR-T: pena de prisión permanente revisable por delito de terrorismo.+ P: más otra pena/s de duración determinada.

3) En el caso de la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad condicional. Los plazos mínimos fijados por el legislador para que se pueda suspender la ejecución de una pena de “prisión permanente revisable” y acceder a la libertad condicional dependen, también, de las circunstancias de su concurrencia con otras penas de naturaleza indeterminada o determinada, siendo estos plazos los siguientes:

a) Cuando la pena de “prisión permanente revisable”, sea la única pena impuesta y/o concorra con otras penas cuya suma global no exceda de 5 años.

Se requiere que el penado hay cumplido 25 años efectivos de condena en cualquier caso.

b) Cuando se imponga una sola pena de “prisión permanente revisable” y/o ésta concorra con penas cuya duración global exceda de 5 años.

b1) Como regla general, 25 años de cumplimiento efectivo.

b2) Como regla específica, 28 años en el caso de que el penado lo hubiera sido por un delito del Capítulo VII del Título XXII del libro II del Código Penal.

c) Si se ha impuesto una pena de “prisión permanente revisable”, y la misma, concurre con penas cuya duración global exceda de 15 años.

c1) Como regla general, al menos 25 años de cumplimiento efectivo.

c2) Como regla especial, al menos 28 años, en el caso de que el penado lo hubiera sido por un delito del Capítulo VII del Título XXII del libro II del Código Penal.

d) Cuando se impongan dos o más penas de “prisión permanente revisable”, o bien una sola de esta naturaleza y el resto de penas impuestas sumen un total de 25 años o más

- d1) Como regla general, 30 años de cumplimiento efectivo.
 d2) Como regla específica, 35 años en el caso de que el penado lo hubiera sido por un delito del Capítulo VII del Título XXII del libro II del Código Penal, o cometidos en el seno de organizaciones criminales.

Como resumen podemos comprobar estos espacios de tiempo de forma gráfica en la siguiente Tabla:

Penas/s	Suspensión de condena y libertad condicional
PPR.	25 años (92 CP).
PPR-T.	25 años (92 CP).
PPR + P > 5 años.	25 años (78bis CP).
PPR + P > 15 años.	25 años (78bis CP).
PPR + P > 25 años.	30 años (78bis CP).
PPR-T + P > 5 años.	28 años (78bis CP).
PPR-T + P => 25 años.	35 años (78bis CP).

PPR: pena de prisión permanente revisable .PPR-T: pena de prisión permanente revisable por delito de terrorismo.+ P: más otra pena/s de duración determinada.

En todo caso, según lo dispuesto en el reformado artículo 91 del CP, si el peligro para la vida del interno a causa de su enfermedad o de su avanzada edad, fuera patente, por estar así acreditado por el dictamen del médico forense y de los servicios médicos del establecimiento penitenciario, el Juez o Tribunal podrá, sin necesidad de que se acredite el cumplimiento de ningún otro requisito y valorada la falta de peligrosidad relevante del penado, acordar la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concederle la libertad condicional sin más trámite que requerir al Centro penitenciario el informe de pronóstico final al objeto de poder hacer la valoración pertinente sobre la dificultad para delinquir y la escasa peligrosidad del sujeto.

4) En el caso de la libertad definitiva. La libertad condicional en la reforma llevada a cabo por la LO 1/2015, pasa a ser una modalidad de suspensión de la ejecución del resto de la pena, lo que supone que el tiempo pasado en libertad condicional no computará como tiempo de cumplimiento de condena, sino que la concesión de la libertad condicional determinará la suspensión de la ejecución del resto de la pena durante un determinado período de tiempo, que en el caso de esta pena de “prisión permanente revisable” será de 5 a 10 años; si durante ese tiempo el penado no reincide y cumple las condiciones impuestas, se declarará extinguida la pena pendiente de cumplimiento; por el contrario, si durante ese período de suspensión de la ejecución del resto de la pena el liberado comete un nuevo delito, o incumple gravemente las condiciones impuestas, la libertad condicional será revocada y deberá cumplir toda la pena que le restaba, que al ser una pena permanente, ese espacio de tiempo sería indefinido.

4. En el caso de los delitos que llevan aparejada una penalidad grave (superior a cinco años)

Es el artículo 63 LOGP, el que enuncia con carácter general las variables que la clasificación penitenciaria debe tomar en cuenta para la asignación de un determinado grado de tratamiento al penado -1º, 2º y/o 3º- y que son: la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno; la duración de la pena y medidas penales; el medio al que probablemente retornará el penado y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento. Vemos que una de las variables que se introducen en la clasificación penitenciaria es la duración de la pena que ha de cumplir el recluso, es decir, la gravedad de la misma, como elemento que ha de ser valorado conjuntamente con los restantes a la hora de hacer un juicio de ponderación adecuado⁶⁸².

Esta última variable -la duración de la pena- es uno de los aspectos que más debate suscita. Hay autores que entienden que la gravedad y duración de la pena no deben ser tomados en consideración al efectuar la propuesta de clasificación de un interno, pues hacerlo supondría sobreponer las exigencias de prevención general a la finalidad constitucional de reeducación y reinserción social. Tal interpretación, a mi juicio, no resulta convincente, pues no cabe duda que el legislador ha optado claramente por introducir la gravedad de la pena como elemento relativamente importante en el proceso valorativo que precede a la decisión de clasificación penitenciaria; lo contrario hubiera sido negar la evidencia de que la pena de prisión debe tener un contenido aflictivo mínimo, acorde con una correcta interpretación del principio de proporcionalidad de las penas.

Indudablemente, el dato de la extensión de la pena impuesta debe ser valorado conjuntamente con el resto de variables que confluyen en el proceso de clasificación y no goza de preeminencia sobre los restantes valores, pero ello no significa que pueda ser legítimamente ignorado. En este sentido, el artículo 36.2 CP, establece un régimen especial de cumplimiento de la condena en atención a dos criterios diferenciados: uno anudado exclusivamente a la duración de la condena impuesta y el otro en concurrencia con el tipo de delito cometido. Esta excepcionalidad en el cumplimiento de la condena según la duración de la pena impuesta y/o el tipo de delito cometido es lo que se denomina "*periodo de seguridad*" en la ejecución penal, concepto importado del sistema de ejecución penal francés.

Este periodo de seguridad se introdujo como novedoso en nuestro Código penal en la reforma llevada a cabo por la LO 7/2003. El precepto determinó importantes polémicas, derivadas de su imposición a penas individuales o a sumas aritméticas de condenas, en cuanto excedieren de 5 años, habiéndose impuesto la tesis de la individualidad de la pena; más polémica aún fue la cuestión de si se aplicaba retroactivamente a penas impuestas con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 7/2003, lo que se zanjó por la STS 748/2006, que determinó su aplicación a delitos cometidos tras la entrada en vigor de la LO 7/2003, en el entendimiento de que la ausencia de una disposición transitoria expresa en sentido contrario determinaba esta solución, aun cuando puede esgrimirse en contra que el principio de legalidad en materia penal establece la exigencia de predeterminación normativa a las conductas infractoras -art. 1

.....
⁶⁸² Cabe destacar que el artículo 63 de la Ley penitenciaria incorpora también como variable a tener en consideración la relativa a los recursos, facilidades o dificultades existentes en cada caso y momento para el éxito del tratamiento. Esta es una variable que no depende de la voluntad o disposición del penado, sino de los medios con que cuente la Administración Penitenciaria en cada caso, propios de ella, bien procedentes de la comunidad.

CP- y a las medidas penales sancionadoras -art. 2 CP-, pero no se extiende a la predeterminación normativa de la ley procesal de enjuiciamiento y de ejecución, ni a las leyes penitenciarias de ejecución administrativa -art. 3 CP-, con lo que su aplicación a penas impuestas con anterioridad no entraña una aplicación propiamente retroactiva, sino aplicación de una ley vigente posterior con efectos inmediatos (retrospección).

La reforma introducida por la LO 5/2010, modificó de manera sustancial el artículo 36.2 CP, distinguiendo dos supuestos: el de imposición facultativa por el tribunal para cualquier delito sancionado con una pena grave⁶⁸³ y el de imposición obligatoria por efecto de la ley para determinados delitos sancionados con dicha pena grave⁶⁸⁴. La última reforma del CP, por LO 1/2015, mantiene el mismo criterio diferenciador -facultativo/obligatorio- según los supuestos referidos.

En relación con este precepto -art.36.2 CP- conviene señalar que la ley no establece los parámetros determinantes por el Tribunal sentenciador de este régimen especial de cumplimiento, pero las exigencias constitucionales de motivación de las resoluciones judiciales en general y, de las sentencias en particular, determinan que su imposición habrá de ser motivada. A este respecto parece que debe jugar un papel relevante la peligrosidad criminal del reo, pero además pueden considerarse factores tales como la especial índole del delito cometido y las circunstancias personales de éste.

En cualquier caso, para estos supuestos susceptibles de aplicación del periodo de seguridad, se contempla la posibilidad facultativa del Juez de Vigilancia penitenciaria de restablecer el régimen general de cumplimiento, esto es, la posibilidad de la clasificación en tercer grado antes de tener extinguida la mitad de la condena, tal y como se establece en el art. 36.2, párrafo tercero CP⁶⁸⁵.

Esta decisión del Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá ser recurrida directamente por las víctimas que lo fueran de alguno de los siguientes delitos: de homicidio, de aborto del artículo 144 del Código Penal, de lesiones, contra la libertad, de tortura y contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexual, de robo cometidos con violencia o intimidación, de terrorismo y de trata de seres humanos, en los términos establecidos en el artículo 13.1 a) de la Ley 4/2015 del Estatuto de la víctima (como ocurre en el supuesto ya analizado del art. 78.2 CP). Esta participación activa de la víctima en la ejecución penal, constituye un régimen específico

.....
⁶⁸³En este sentido el art. 36.2.I CP establece que «cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, el Juez o Tribunal podrá ordenar que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta».

⁶⁸⁴A este respecto se refiere el art. 36.2-II del Código Penal, que establece que «en cualquier caso, cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años y se trate de los delitos enumerados a continuación, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la misma: a) Delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código. b) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal. c) Delitos del artículo 183 d) Delitos del Capítulo V del Título VIII del Libro II de este Código, cuando la víctima sea menor de trece años».

⁶⁸⁵Art. 36.2, párrafo tercero CP, conforme al cual «el Juez de Vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento».

de ejecución penal para este tipo de delitos que hemos mencionado, como también lo constituye el hecho de que cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años y se trate de los delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código; delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal; delitos del artículo 183 CP; delitos del Capítulo V del Título VIII del Libro II CP, cuando la víctima sea menor de trece años; la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la misma en ningún caso. Es decir, para estos casos no se contempla la posibilidad facultativa del Juez de Vigilancia penitenciaria de restablecer el régimen general de cumplimiento.

Además, tanto en estos delitos del artículo 36.2 CP, como en los relacionados en el artículo 13.1 a) de la Ley 4/2015, la víctima también podrá recurrir la decisión judicial del Juez de Vigilancia penitenciaria acordando la suspensión de la condena impuesta y la concesión de la libertad condicional, tal como se indica en el citado precepto de esta Ley 4/2015, si la pena impuesta es superior a los cinco años.

5. En el caso de delitos contra la libertad e indemnidad sexual

En el apartado 3 del reformado artículo 90 del CP, por la LO 1/2015, se incluye un nuevo supuesto privilegiado de acceso a la libertad condicional que será aplicable a los penados primarios, es decir, a aquéllos que cumplen su primera condena en prisión, siempre y cuando hayan sido condenados a una pena corta -que no supere los tres años-. En estos casos, se adelantaría la posibilidad de obtener la libertad condicional al cumplimiento de la mitad de la condena.

Esta modificación refleja el sentido general de la reforma que lleva a cabo la LO 1/2015, en el sistema de penas que, por una parte, introduce mecanismos e instituciones que pretenden ofrecer una respuesta contundente a los delincuentes multirreincidentes y, de otra parte y de un modo compensatorio, ofrece también nuevas posibilidades de obtener la libertad a los penados primarios que presentan un pronóstico favorable de reinserción, quedando de alguna forma compensado el mayor rigor punitivo que pueda introducir esta reforma del Código penal, en la medida en que se promueve la suspensión de la condena y la aplicación de la libertad condicional a penados cuyo rango de peligrosidad es de menor entidad.

Este régimen favorable para la delincuencia primaria no será aplicable a los penados que lo hayan sido por la comisión de un delito contra la libertad e indemnidad sexual del Título VIII del CP, que comprende los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales, abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años, acoso sexual, exhibicionismo y provocación sexual, y los relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores.

Este régimen diferenciado de cumplimiento para los autores de este tipo de delitos -libertad e indemnidad sexual- parece razonable por el rechazo social que este tipo de actividad delictiva genera y por el alto índice de reincidencia que se da en la misma.

Pero aún tiene esta tipología delictiva otro régimen diferenciado de ejecución penal y es que según lo dispuesto en el artículo 13.1 c) del Estatuto de la víctima (Ley 4/2015), las decisiones del Juez de Vigilancia penitenciaria relativas al levantamiento del periodo de seguridad que posibilita la clasificación en tercer grado, aunque no se tenga extinguida la mitad de la condena

(art.36.2 CP), así como las decisiones de aplicar los beneficios penitenciarios sobre el límite concursal y no sobre la totalidad de las penas impuestas (art.78.2 CP) y también la concesión de la libertad condicional podrán ser impugnados por la víctima en este tipo de delitos.

No cabe duda que todas estas excepciones constituyen un régimen especial de ejecución para esta clase de delitos contra la libertad e indemnidad sexual, que el legislador ha querido diferenciar, claramente, del régimen general de ejecución penal que corresponde a otros delitos tipificados y sancionados en el Código penal, que no tienen esta naturaleza.

III. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, podemos afirmar que el ordenamiento jurídico penal prevé un régimen de ejecución de la pena privativa de libertad más severo para los autores de determinados delitos, el cual convive de manera paralela con el previsto para el resto de los delitos. Mientras un modelo prioriza más la reeducación y reinserción social del delincuente, el otro destaca en mayor medida, el efecto retributivo de la pena, sin que ello choque frontalmente con el fundamento resocializador a perseguir en el cumplimiento de la condena, según el artículo 25.2 CE, ya que una pena de prisión más larga no tiene por qué tener efectos desocializadores, si su cumplimiento no supone una merma en las actividades tratamentales.

Está claro, que no siempre será fácil mantener un equilibrio entre la prevención general y la prevención especial de la pena privativa de libertad, el propio Tribunal Constitucional se ha pronunciado a este respecto, estableciendo que la orientación de la ejecución de las penas privativas de libertad hacia la reinserción social del reo no excluye los otros fines de las penas, es decir que cuando nuestra legislación -art. 25.2 CE- orienta las penas hacia la reeducación y reinserción social, no quiere decir que la reinserción social sea el único fin de la pena, sino que ha de armonizarse con otros principios de la misma. En todo caso, los fines de una adecuada política criminal deben estar enmarcados en el objetivo de aunar, con un criterio de mayor justicia, los fines de prevención especial perseguidos por la pena dentro de los fines de la retribución y, especialmente, para determinadas categorías de delitos, cuyos autores requieren la necesaria búsqueda de la conjunción de la reinserción con el incremento de la seguridad ciudadana como garantía de los principios de proporcionalidad y seguridad.

Bibliografía

- 📖 Código Penal Español
- 📖 Ley Penitenciaria Española
- 📖 Reglamento Penitenciario Español
- 📖 Ley Orgánica 1/2015.
- 📖 Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. SSTC 2/1987, 19/1988, 28/1988, 150/1991,209/1993, 72/1994, 112/1996, 2/1997 o 81/1997). y AATC 15/1984,486/1985, 303/1986 y 780/1986.
- 📖 Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. SSTEDH 12-2-2008, caso Kafkaris vs. Chipre; 3-11-2009, caso Meixner vs. Alemania

● LIBERTAD CONDICIONAL ANTICIPADA Y RESTRICCIONES A SU CONCESIÓN EN EL CONTEXTO JURÍDICO SALVADOREÑO ACTUAL

Alma Mirella Vega Guzmán

Sumario

Abreviaturas. Introducción. I. Aproximación a la definición de libertad condicional anticipada. II. La Libertad Condicional Anticipada en el contexto jurídico salvadoreño: Condiciones y restricciones legales. III. Concesión de la libertad condicional anticipada en El Salvador. III.I. Situación actual del sistema penitenciario y su incidencia en la liberación condicional anticipada. III.II. Criterios que adopta la administración penitenciaria para formular propuestas de Libertad Condicional Anticipada ante el JVPEP, fundamentada en fines de reinserción social. III.III. Concesión de la libertad condicional anticipada y la incidencia de la derogatoria del art. 92-A CP. III.IV. Situación numérica de personas beneficiadas con las modalidades de liberación condicional: Factores que inciden en la frecuencia de personas beneficiadas con LCA en relación con las que se benefician con LCO. IV. Bibliografía.

I. Introducción

La libertad condicional anticipada es una institución que a partir de su surgimiento en los sistemas progresivos, se ha utilizado como herramienta que favorece la consecución del fin resocializador de la ejecución de la pena de prisión, como una medida alternativa que permite la pacífica integración de la persona penada a la vida en libertad. Esta institución se reguló por primera vez en El Salvador al entrar en vigencia el Código Penal de 1998 -art. 86 CP-; no obstante, se han regulado impedimentos legales para la concesión de esta liberación, en consecuencia, esta herramienta resocializadora se ha excluido en diferentes supuestos, por ejemplo, ha excluido a personas que estén condenadas por cometer el delito de secuestro -art. 149 CP-; y mientras estuvo vigente el art. 92-A CP, se negó el acceso a categorías delincuenciales como maras o pandillas, a personas reincidentes, entre otros⁶⁸⁶.

Por otro lado, el procedimiento para solicitar la concesión de la libertad condicional anticipada al Juez de vigilancia penitenciaria y de ejecución de la pena, está circunscrito a un organismo administrativo de carácter penitenciario, impidiendo a la persona acceder al Juez de vigilancia, para que éste, analice su caso particular y decida la procedencia o no del citado beneficio. Por tal razón, la finalidad de la presente investigación es analizar las restricciones que obstaculizan o impiden el acceso a la concesión de la libertad condicional anticipada y los requisitos legales que la habilitan, esto coadyuvará en determinar si es necesario hacer propuestas que permitan mejorar su configuración legal, para que su aplicación sea una forma habitual de extinguir la pena de prisión en El Salvador.

.....
⁶⁸⁶ Asimismo, en El Salvador, el art. 85 lit. 4) CP establece como requisito para acceder a la libertad condicional, que el penado no sea reincidente o habitual, respecto de lo cual, la SC declaró su inconstitucionalidad. SC, Sent. inconstitucionalidad, Ref. 63-2010/69-2010/77-2010/93-2010/11-2011/27-2011, del 29 de abril de 2013.

Asimismo, los datos estadísticos publicados por la Dirección General de Centros Penales señalan que en el período de julio de 2011 a mayo de 2012, se concedieron 25 libertades condicionales anticipadas a personas reclusas⁶⁸⁷. Esta situación numérica de otorgamientos es muy baja, si tomamos en consideración que a la fecha de 28 de mayo de 2012, los centros penales reclusos a 18,964 personas penadas⁶⁸⁸. Por lo tanto, esta investigación nos parece necesaria debido a la poca frecuencia del uso de la libertad condicional anticipada en El Salvador, ya que, a pesar que esta institución se regula en el art. 86 CP como un beneficio de la persona penada, en la práctica su uso es mínimo.

En ese sentido, en el presente artículo también daremos a conocer la situación numérica respecto del uso de la libertad condicional anticipada en El Salvador, en los períodos del 2011 al 2013 y 2015 al 2016, para determinar si las restricciones o impedimentos legales que presenta este instituto, incidieron en la práctica en el número de otorgamientos de libertad condicional anticipada, y a partir de ello, exponer las propuestas y reflexiones que consideramos necesarias para mejorar en la práctica el uso de la libertad condicional anticipada, para que coadyuve a la finalización del proceso de resocialización de la persona penada como manera alterna de extinguir la pena de prisión.

I. Aproximación a la definición de libertad condicional anticipada.

La libertad condicional anticipada –en adelante LCA- ha sido definida desde diferentes posturas doctrinales, esto puede deberse a la regulación interna que cada país señala a este instituto⁶⁸⁹, pero que comparten la preocupación de la comunidad internacional de regular en los países sistemas de liberación condicional a favor de personas condenas a pena de prisión⁶⁹⁰. En ese sentido, aunque algunos sectores doctrinales proponen definiciones similares de libertad condicional, en algunos casos discrepan. Así, por un lado, la libertad condicional puede considerarse como el último grado del sistema penitenciario, siendo una figura inspirada en la finalidad resocializadora, que cuando se otorga, permite la excarcelación anticipada, en la cual, la persona penada se somete a reglas de conducta que debe cumplir, caso contrario regresará a prisión⁶⁹¹.

.....
⁶⁸⁷ DGCP, Memoria de labores de Julio 2011 a mayo 2012.

⁶⁸⁸ Dirección General de Centros Penales, “Estadística penitenciaria al 28/mayo/2012”.

⁶⁸⁹ Ver otros: La Ley Orgánica General Penitenciaria de España regula a la libertad condicional como el último grado del sistema de individualización científica. El Código Penal de El Salvador refiere a la libertad condicional como beneficio y está ubicado dentro de las formas substitutivas de la ejecución de la pena de prisión.

⁶⁹⁰ Ver otros: regla 60 lit. 2) de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos; regla 9.2 lit. c) de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio); reglas 46, 47 y 63 de las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok).

⁶⁹¹ CERVELLÓ, *Derecho Penitenciario*, 249. Ver otros: MAPELLI, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 169 y MOLINA et al., *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito*, 158.

De igual forma, la libertad condicional puede considerarse un período de prueba que sirve de «puente entre la reclusión y la libertad definitiva, con la misión de comprobar la readaptación social del reo»⁶⁹², pero esta liberación no debe considerarse un acto de gracia sino como «una forma de cumplimiento de las penas privativas de libertad»⁶⁹³. Otro sector doctrinal ha referido que la libertad condicional es una forma de suspensión condicional de la pena⁶⁹⁴; mientras que otros señalan que esta liberación es una interrupción de la ejecución constante de la pena, ya que evita que esta se ejecute completamente⁶⁹⁵. Finalmente, se ha cuestionado si la libertad condicional es un beneficio penitenciario⁶⁹⁶, o si es un derecho subjetivo de la persona penada que se habilita al cumplirse los requisitos legales⁶⁹⁷, esta discusión doctrinal continúa en la actualidad⁶⁹⁸.

Con base en las aproximaciones mencionadas, podemos concluir que la libertad condicional es un instituto jurídico presente en la mayoría de los sistemas penitenciarios que permite la excarcelación anticipada de la persona condenada a pena privativa de libertad, después de satisfacer los requisitos legales, permitiéndosele vivir en libertad el resto de la condena pero sujeta al cumplimiento de condiciones, como no delinquir y la observancia de reglas de conducta, cuyo incumplimiento conlleva su retorno a la prisión. Dicha liberación condicional se hace con el fin de facilitar el proceso de reinserción social, y en ese período de prueba se comprobará si la persona ha alcanzado la resocialización.

II. La Libertad Condicional Anticipada en el contexto jurídico salvadoreño: Condiciones y restricciones legales.

El Código Penal regula en los arts. 85 y 86 inc. 1°, dos modalidades de libertad condicional fundamentadas en fines de resocialización, la ordinaria -LCO- y la anticipada⁶⁹⁹. Nosotros nos enfocaremos en analizar brevemente a la LCA desde el fin resocializador de la ejecución de la pena de prisión regulada en el art. 86 inc. 1° CP, que puede ser otorgada en la etapa final del

.....
⁶⁹² BUENO, "Una nota sobre la libertad condicional", 4.

⁶⁹³ FONTAN, *Derecho Penal: introducción y parte general*, 581.

⁶⁹⁴ BACIGALUPO, *Hacia el nuevo derecho penal*, 692. En similar sentido, Hans-Heinrich considera que la libertad condicional también es denominada como suspensión del resto de la pena, su propósito es adaptar la duración del cumplimiento de la pena a la evolución de la persona penada en el centro penal (*Tratado de Derecho Penal*, 1166).

⁶⁹⁵ MARTÍN, Boldova y Alastuey, *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*.

⁶⁹⁶ TÉBAR, *El modelo de libertad condicional español*, 115.

⁶⁹⁷ MIR PUIG, *Derecho Penitenciario*, 109-110.

⁶⁹⁸ MARTÍN et al., refieren que la libertad condicional «debería tener la categoría de derecho subjetivo de la persona penada, pero penitenciariamente se considera como beneficio, esto es, de concesión discrecional, si bien esta discrecionalidad está sometida a criterios y reglas (...)». RÍOS ET AL., *Manual de ejecución penitenciaria*, 207-226.

⁶⁹⁹ Los modelos de libertad condicional se encuentran regulados en el capítulo IV, título III del CP, denominado «De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad», una interpretación literal nos conllevaría a concluir que esta institución sustituye la ejecución de la pena de prisión. No obstante, esa interpretación no es posible, tomando en cuenta que la pena de prisión no es sustituida por otra pena porque la libertad condicional no es una pena, sino, una forma alternativa de cumplir la pena de prisión. En similar sentido, MUÑOZ CONDE Y GARCÍA, consideran que pese a que en la ley española, la libertad condicional se encuentra ubicado entre los sustitutivos de la prisión, «no participa plenamente de su principal característica cual es evitar el ingreso en la cárcel» MUÑOZ Y GARCÍA, *Derecho Penal*, 569- 570.

sistema progresivo (aunque la LCA no constituye una fase, ya que el art. 95 de la Ley Penitenciaria -LP- establece que las fases del sistema penitenciario salvadoreño son: adaptación, ordinaria, de confianza y de semilibertad)⁷⁰⁰. Es importante aclarar que no haremos referencia a la LCA para personas sexagenarias que padecen enfermedades degenerativas y con daño orgánico severo que regula el art. 86 inc. 2° CP, ya que debe dársele un análisis diferenciado tomando en cuenta su fundamento humanitario para concederse, cuestión que merece ser retomado en futuras investigaciones.

La construcción de lo que nosotros entenderemos por libertad condicional anticipada es fácilmente realizable a partir de lo que expone la doctrina y lo que establece la legislación salvadoreña. Así, podemos definir este instituto como aquella liberación anticipada de una persona que ha sido condenada a pena de prisión, que se habilita con la mitad del cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad, siempre que la persona haya demostrado con su conducta que existe un pronóstico favorable de que se encuentra preparada para vivir en libertad conforme al respeto de la ley. Esta liberación se otorga como etapa final del proceso de resocialización y no como una gracia discrecional de la administración penitenciaria, renunciándose al resto del cumplimiento de la pena de prisión en un centro penal para que la persona finalice el cumplimiento de la pena en libertad.

No obstante, la persona está condicionada a no delinquir y a cumplir reglas de conductas impuestas por el Juez de vigilancia y de ejecución de la pena -JVPEP-, cuya supervisión la realiza el Departamento de Prueba y Libertad Asistida -DPLA-⁷⁰¹ durante el período que le falte a la persona por culminar la pena total que se le ha impuesto, cuyo incumplimiento devendría en regresar al internamiento penitenciario hasta culminar la totalidad de la pena de prisión (arts. 89-91 CP).

Coincidente con lo anterior, el art. 86 inc. 1° CP regula cinco requisitos para que a la persona penada se le habilite el acceso a la libertad condicional anticipada: 1) cumplir la mitad de la condena; 2) cumplir los requisitos que habilitan la LCO -que según el art. 85 CP son tres: primero, haber observado buena conducta previo informe favorable del Consejo Criminológico Regional -CCR-⁷⁰² en el que se determinará la aptitud de adaptación, segundo, que la persona no tenga un alto grado de agresividad o peligrosidad y tercero, que se haya satisfecho la responsabilidad civil, garantice su cumplimiento o demuestre su imposibilidad de pagar-; 3) merecer el beneficio por desarrollar actividades laborales, culturales, ocupacionales u otras similares; 4) tener pronóstico individualizado y favorable de reinserción social; y 5) que el CCR presente propuesta de LCA ante el JVPEP.

.....
⁷⁰⁰ La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador -SC- ha referido que la libertad condicional aparece como etapa final del sistema progresivo. SC, Sent. inconstitucionalidad, Ref. 63-2010/69-2010/77-2010/93-2010/11-2011/27-2011, del 29 de abril de 2013.

⁷⁰¹ El DPLA se conforma por un cuerpo de Inspectores que deben ser abogados y asistentes que son licenciados en Trabajo Social, estos son nombrados por la Corte Suprema de Justicia. Asimismo, el JVPEP puede solicitar colaboración a cualquier autoridad o administrativa, si lo considera necesario (art. 39 LP).

⁷⁰² El Consejo Criminológico Regional es el organismo penitenciario integrado como mínimo, por un abogado, un psicólogo, un licenciado en trabajo social y un licenciado en ciencias de la educación (art. 30 LP).

Si se cumplen todos los requisitos legales el juez debe otorgar la LCA ya que no habría fundamento legal para denegarlo, ello aunque el art. 86 inc. 1° CP establece en su literalidad que el JVPEP “podrá” otorgar la LCA, esta potestad no debería entenderse discrecional. Sin embargo, hay una crítica que consideramos mencionar y es que el procedimiento para conceder la LCA no es de acceso judicial directo –contrario a la LCO–, sino que se inicia a través de la administración penitenciaria. Esto significa que la persona penada no puede acceder directamente al JVPEP para solicitarle que le otorgue esta liberación, restringiendo el acceso a los internos a plantear sus peticiones directamente a la autoridad penitenciaria; y si ésta considera que no procede la LCA, no se hará la propuesta, dejando el procedimiento en sede administrativa⁷⁰³. Consideramos que este procedimiento debería reformarse y permitir a la persona penada el acceso directo a los jueces de vigilancia, es decir, sin esperar su activación por parte de un organismo penitenciario.

De igual forma, se advierte que la LCA –y la LCO– aunque legalmente se caracteriza como un beneficio⁷⁰⁴, constituye la etapa final del proceso de resocialización de la persona penada⁷⁰⁵. En ese sentido, la LCA tiene relación con el fin de reinserción social porque implica un acortamiento del cumplimiento efectivo de la pena de prisión cuando esta no necesita continuar su ejecución dentro del centro penal⁷⁰⁶. Con esto se le permite a la persona reingresar a la sociedad de forma gradual, cuyo objetivo es evitar su desocialización⁷⁰⁷, por tanto, este instituto es de utilidad para facilitar la reinserción social de la persona penada.

A pesar de que durante la ejecución de la pena de prisión debe prevalecer una orientación resocializadora que incida en el tratamiento y el régimen penitenciario y que «[e]l principio contenido en el inc. 3° del art. 27 Cn. se enfoca tanto con la reeducación del recluso como en su progresiva reinserción a la sociedad cuando adquiera su libertad», esta finalidad resocializadora o de reinserción social no puede justificar por qué la LCA no se aplica a todas las personas penadas, ya que a veces las leyes regulan diferenciaciones respecto a determinados delitos o delincuentes que se ven excluidos de su aplicación.

.....
⁷⁰³ Creemos que la decisión final adoptada por la Administración Penitenciaria sería un acto administrativo del que podría interponerse demanda ante la Sala de lo Contencioso Administrativo.

⁷⁰⁴ En diferentes disposiciones legales se ha señalado a la LCO y a la LCA como un beneficio, ver otros: arts. 85 lit. 2), 86 inc. 1°, 87-90 del Código Penal y arts. 31 lit. 4), 37 lit. 2) y 100 de la Ley Penitenciaria.

⁷⁰⁵ SC, Sent. inconstitucionalidad, Ref. 63-2010/69-2010/77-2010/93-2010/11-2011/27-2011, del 29 de abril de 2013.

⁷⁰⁶ MARTÍNEZ, *Jurisprudencia Penitenciaria Comentada*, 234.

⁷⁰⁷ TÉBAR, *El modelo de libertad condicional español*, 61- 62.

⁷⁰⁸ SC, Sent. inconstitucionalidad, Ref. 128-2012, del 28 de septiembre de 2015.

⁷⁰⁹ TÉBAR, *El modelo de libertad condicional español*, 62.

Por ejemplo, el art. 92-A CP⁷¹⁰ –disposición que se derogó porque la SC declaró su inconstitucionalidad⁷¹¹ establecía excepciones para conceder la LCO y LCA⁷¹², esto a partir de un catálogo de delitos que se hacía desde su configuración legal sin tomar en cuenta si la persona estaba en un proceso de resocialización favorable, hacía diferenciación entre una persona y otra, atendiendo al tipo de delito cometido, su reincidencia, habitualidad, o atendiendo al número de personas que en coautoría o participación realizaron el delito. En similar sentido, el art. 85 lit. 4) CP –el cual fue declarado inconstitucional por la Sala de lo Constitucional -SC-⁷¹³, excluía la aplicación de la libertad condicional a aquellas personas penadas que fueran delincuentes habituales o reincidentes por el mismo delito doloso si lo cometió dentro de los cinco años siguientes a la fecha de dictada la primera condena.

Este tipo de exclusiones, nos hacen suponer que en la práctica incidieron en el número de concesiones de LCO y LCA, porque eran obstáculos que impedían el acceso al beneficio a todas las personas penadas que se encontraban en alguna de la categorías excluidas, pero que, a partir de su derogatoria y/o inconstitucionalidad, la literalidad de la norma nos conlleva a concluir que se incrementarían el número de personas que accederían a la liberación condicional. Sin embargo, aún hay normas penales que regulan exclusiones que impiden el acceso a la LCA, ejemplo de ello citamos el art. 149 CP, el cual establece que no podrá otorgarse el beneficio de la LCO o LCA a la persona condenada por el delito de Secuestro, privando a la persona de concluir su proceso de resocialización bajo la libertad condicional. Situación que se repite con los delitos comprendidos en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas –LRARD- (art. 71).

Estas limitaciones al acceso a la libertad condicional ordinaria y anticipada, que se establecen desde su configuración legal y que impiden su concesión, responden a fines de prevención general y fines retributivos, incluso, a tesis neorretribucionistas que consideran que la resocialización es un derecho que se reconoce a algunos delincuentes y no a todos⁷¹⁴.

710 El art. 92-A CP se incorporó al CP mediante Decreto Legislativo N° 703, de fecha 9 de septiembre de 1999, publicado en el Diario Oficial N° 183, T. 345, de fecha 4 de octubre de 1999. Esta disposición establecía: «Excepciones a las formas sustitutivas. No se aplicará el artículo 85 a los sujetos reincidentes, habituales, a los que hayan conciliado, antes del nuevo delito, en los últimos cinco años una infracción similar, o a los que pertenezcan a organizaciones ilícitas o con finalidad ilícita, bandas o pandillas criminales, a los que realicen su conducta en grupo de cuatro o más personas, en los casos de delitos que lesionen o pongan en peligro la vida, la integridad personal, la libertad ambulatoria, la libertad sexual o el patrimonio(...)».

711 SC, Sent. inconstitucionalidad, Ref. 5-2001/10-2001/24-2001/25-2001/34-2002/40-2002/3-2003/10-2003/11-2003/12-2003/14-2003/16-2003/19-2003/22-2003/7-2004 (Ref. 5-2001), del 23 de diciembre de 2010.

712 El art. 92-A CP no regulaba expresamente que el art. 86 CP no se aplicaría en las excepciones que establecía, sin embargo, según entrevistas a JVPEP que hicimos en el año 2013, en la práctica el art. 92-A CP podía interpretarse en dos sentidos: 1) las excepciones del art. 92-A CP debían aplicarse al momento de decidir el otorgamiento de la LCA, ya que el art. 86 CP expresa como presupuesto, el satisfacer los requisitos de la LCO, vinculando directamente las excepciones del citado art. 92-A CP (criterio que según entrevista del 4 de noviembre de 2013, había adoptado la Juez Segundo de Vigilancia y de Ejecución de la Pena de San Salvador); y 2) por el principio de legalidad y prohibición de interpretación analógica de la ley penal –art.1 CP-, las excepciones no son aplicables al art. 86 CP, ya que si el legislador quería incluir a la LCA, lo hubiera expresado en el tenor del art. 92-A CP (Esta interpretación era aplicada por el JVPEP de San Vicente, ello según entrevista realizada a la Jueza de dicho juzgado el 30 de octubre de 2013). En nuestra opinión, consideramos que el art. 92-A CP no debía aplicarse al art. 86 CP, ya que nos parece acertado interpretar dicha disposición con base en los principios de legalidad que prohíbe las interpretaciones análogas, y de la interpretación restrictiva y no extensiva del derecho penal.

713 SC, Sent. inconstitucionalidad, Ref. 63-2010/69-2010/77-2010/93-2010/11-2011/27-2011, del 29 de abril de 2013.

714 CERVELLÓ DONDERIS, “Los nuevos criterios de clasificación penitenciaria”, 14.

Así, el fin de reinserción social cede ante los fines de prevención general y retributivos, situación que nos parece cuestionable porque con ello se impide considerar la conducta que tenga la persona penada durante la ejecución de la pena privativa de libertad. Por tanto, somos de la opinión que estas excepciones legales deben eliminarse del ordenamiento jurídico, así, las personas sentenciadas por estos delitos tendrán oportunidad de acceder a la liberación condicional si cumplen los requisitos que habilitan su concesión.

De igual forma, se debe señalar que el fin de reinserción social no fundamenta el requisito legal de cumplimiento mínimo de plazo efectivo de internamiento en prisión; en ese sentido, cuando desde la configuración legal se requiere el cumplimiento mínimo de un período de pena como condición de habilitación de la libertad condicional anticipada, obedece a fines de retribución, ya que se satisface con la ejecución de la pena de un marco temporal mínimo⁷¹⁵. Al respecto, consideramos positivo establecer un marco temporal mínimo de cumplimiento de período de pena de prisión para acceder a la LCO y LCA, porque durante ese tiempo en que la persona se encuentre en reclusión, mostrará con su conducta si presenta un pronóstico favorable de que no reincidirá en su actuar delictivo y que ha alcanzado los fines de resocialización de la ejecución de la pena de prisión.

Sin embargo, este período mínimo de cumplimiento de condena que exige la LCA en sus requisitos, podría ser muy alto porque el tiempo efectivo máximo de cumplimiento de pena de prisión en El Salvador es de 60 años (art. 45 lit. 1 CP). Así, una persona condenada a penas que en su totalidad suman 60 años de prisión, tendría que esperar como mínimo de internamiento, que se cumplan los 30 años de su condena y satisfacer los demás requisitos legales para acceder a la LCA. Crítica que repetimos para aquellos delitos que contemplan techos máximos de pena de prisión muy levados (por ejemplo el delito de Homicidio Agravado –art. 129 lit. 10 CP– contempla un quantum máximo de 60 años de prisión).

En definitiva, con base en lo referido supra, somos del criterio que estas restricciones legales al acceso a la LCA pueden incidir negativamente en el número de concesiones de este instituto, ya que se excluyen algunas personas penadas en atención al delito cometido, cuestión que también violenta el principio de igualdad. De igual forma, creemos que las penas altas de prisión que establece el legislador podrían limitar el acceso a la LCA a cumplir previamente un marco temporal alto de internamiento en prisión, cuestión que podría solventarse con una mayor flexibilización en los techos máximos de cumplimiento de pena. Estas limitantes a la LCA inciden en el proceso de reinserción social de la persona y la posibilidad de concluir la condena con cuotas de libertad anticipada, asimismo podrían ser factores que también contribuyen al hacinamiento carcelario que presentan las cárceles salvadoreñas (325.29% de densidad carcelaria, como se referirá infra).

.....
⁷¹⁵ MORENO Y RUEDA, *Código Penal de El Salvador comentado*, 391.

III. Concesión de la libertad condicional anticipada en El Salvador.

La libertad condicional anticipada es una de las mejores herramientas que el legislador salvadoreño ha regulado como instrumento a los fines resocializadores de la ejecución de la pena de prisión que establece el art. 27 inc. 3° de la Constitución, ya que puede ser útil para minimizar los efectos desocializadores que contribuiría a alcanzar el éxito de la finalidad de reintegración social en las personas penadas⁷¹⁶. Sin embargo, las personas que acceden a este beneficio son una minoría, ya que, como se expondrá infra, el número de otorgamientos es mínimo en relación con el número de personas penadas del sistema penitenciario salvadoreño. Por tanto, la LCA no es una medida resocializadora que se utilice de forma habitual para extinguir las penas de prisión en El Salvador⁷¹⁷.

Para establecer la aplicabilidad de la LCA en las personas condenadas a pena de prisión y que están reclusas en los centros penales de El Salvador, tomamos información publicada en la página web de la Dirección General de Centros Penales –DGCP– y se solicitaron a las unidades de acceso a la información pública de la DGCP y de la Corte Suprema de Justicia –CSJ–, con base en el art. 66 de la Ley de Acceso a la Información Pública, la información base que coadyuvaría al desarrollo de nuestra investigación.

Primero, con el propósito de verificar la situación actual en que se encuentra el sistema penitenciario, el rol de la administración penitenciaria y su incidencia en la LCA. Segundo, con la finalidad de determinar la eficacia o no de la derogatoria del art. 92-A CP, el cual, regulaba las excepciones para la concesión de la LCO y aplicada a la LCA según algunos criterios judiciales que ya referimos supra; se solicitaron los datos estadísticos de otorgamiento de la LCA, que comprendían los períodos previos y posteriores a la derogatoria del art. 92-A CP; asimismo, para verificar las estadísticas de propuestas de LCA que hayan presentado los CCR de la DGCP, a los JVPEP de todo el país.

Como tercer punto, con el objetivo de verificar la frecuencia de personas beneficiadas con LCO con respecto al número de beneficiadas con LCA, se hará un comparativo del número de personas beneficiadas que están sujetas al sistema de vigilancia y control del DPLA en los períodos previos y posteriores a la inconstitucionalidad declarada por la SC, del literal 4) del art. 85 CP, cuestión que nos permitirá verificar la incidencia que tuvo en la práctica, la restricción legal que establecía esta norma, en el número de personas que se beneficiaron con LCA y LCO, asimismo, se advertirá si alguna de estas liberaciones se aplica con mayor frecuencia respecto de la otra.

Posteriormente, con toda la información obtenida que se expondrá y se analizará a continuación, finalmente se ofrecerán las conclusiones que arribaron en cada ítem desarrollado y que pretenderán responder la escasa aplicabilidad que tiene la LCA, así como proponer posibles mejoras para la concesión de este beneficio.

.....
⁷¹⁶La SC ha referido en su jurisprudencia que "(...) la reintegración social implica la apertura de un proceso de comunicación e interacción entre la cárcel y la sociedad, en el que quienes estén cumpliendo una pena no puedan ser segregados de forma absoluta de su relación con la familia y con la comunidad, ofreciéndole esta última oportunidades laborales y educativas de forma posterior al cumplimiento de su pena" Sent. inconstitucionalidad, Ref. 128-2012, del 28 de septiembre de 2015.

⁷¹⁷Aunque la LCA no sea una forma habitual para finalizar las penas privativas de libertad, se han beneficiado con mayor frecuencia aquellas personas que participan en las granjas penitenciarias de Santa Ana, Izalco y Ayutuxtepeque, granjas que constituyen un modelo de reinserción productiva para personas que están en la fase de confianza y de semilibertad, proporcionando habilidades agrícolas a sus participantes (Aguilar, et al. La situación de la seguridad y la justicia 2009-2014: Entre expectativas de cambio, mano dura militar y treguas pandilleras, 136-138).

III.I. Situación actual del sistema penitenciario y su incidencia en la liberación condicional anticipada.

Para que el JVPEP pueda conceder o denegar la LCA, primero debe presentársele la propuesta por parte del CCR. Según información brindada por la DGCP, existen cuatro CCR que se denominan: occidental, central, paracentral y oriental. Los cuatro consejos dan seguimiento a los procedimientos internos que se deben seguir para proponer a una persona penada que cumpla los requisitos legales al citado beneficio. Los equipos técnicos criminológicos –ETCrim.- son los que proponen primeramente, ante el CCR, a una persona si cumple los requisitos legales para acceder a la LCA, pero el personal que se desempeña dentro de los equipos técnicos de los centros penales, es mínimo en relación con el número de personas penadas que deben ser evaluadas periódicamente.

Así, a la fecha del 4 de enero de 2016 –fecha que nos servirá de parámetro-, según información brindada por la DGCP, esa dirección cuenta con 73 servidores públicos, entre ellos subdirectores técnicos, psicólogos, trabajadores sociales, abogados y educadores, que integran los ETCrim.⁷¹⁸ a nivel de todos los centros penales. Así también, en los centros penales se recluyen 23,868 personas penadas. Lo anterior, significa que por cada profesional que integra un ETCrim., cada uno debe evaluar aproximadamente a 327 personas penadas, situación que, a nuestro juicio, es materialmente imposible. A esto se debe adicionar que ese profesional no es técnico en todas las áreas –jurídico, trabajo social, educativo y psicológico-, ya que, generalmente, es especialista en solo un área y su nombramiento se encuentra en función de ella⁷¹⁹. Esto nos permite sugerir la contratación de mayor número de personal que integre a los equipos técnicos.

De igual forma, nos cuestionamos si con este número mínimo de personal se puede analizar cada caso individual de las personas penadas y darles seguimiento para la facilitación de herramientas que les permita alcanzar los fines de reinserción social, y puedan acceder a la LCA como forma de extinguir la pena de prisión. Posiblemente ello incida negativamente en el número de propuestas de LCA que se presentan ante el JVPEP.

III.II. Criterios que adopta la administración penitenciaria para formular propuestas de Libertad Condicional Anticipada ante el JVPEP, fundamentada en fines de reinserción social.

El Código Penal regula requisitos que deben cumplir las personas penadas para ser beneficiadas con la LCA, algunos de esos requisitos dependen de la persona penada, como su buena conducta, no mostrar alto grado de agresividad o peligrosidad y el cumplimiento de la obligación civil; otros requisitos no dependen de la persona penada, como el cumplimiento de la mitad de la pena de prisión y la intervención de la administración penitenciaria que debe elaborar la propuesta de LCA.

.....
⁷¹⁸ El ETCrim. estará integrado por un abogado, un psicólogo, un licenciado en trabajo social y un licenciado en ciencias de la educación (art. 31-A inciso final LP). Asimismo, el art. 144 RGLP refiere que el ETCrim. se integrará también por un subdirector técnico y un profesional médico u odontólogo o carrera afín.

⁷¹⁹ Para solventar la carencia del personal, la DGCP refirió que algunos empleados se desempeñaban por determinados días a la semana en diferentes centros penales (asignados una, dos o tres veces por semana), es decir, algunos de éstos integraban los equipos técnicos de dos o tres centros penales en diferentes días de la semana.

En cuanto a la exigencia del pronóstico individual y favorable de reinserción social, la persona penada que quiera participar en su proceso de reinserción social, debe contar con la intervención de la DGCP, quien previamente debe facilitarle los programas de tratamiento –generales y especializados- y actividades de tratamiento, que sean de manera progresiva, individualizada e integral, sobre todo aquellos tratamientos que sean necesarios y que los Consejos Criminológicos Nacional y Regional recomiendan como los más adecuados, atendiendo al principio de gradualidad y necesidad (arts.124, 125 y 126 LP)⁷²⁰ .

En este contexto, consideramos necesario resaltar los criterios que la DGCP adopta para determinar que una persona penada tiene un pronóstico favorable de reinserción social, el cual, creemos que contiene todos los requisitos para acceder a la LCO y LCA relacionados a los fines de resocialización. Al respecto, la DGCP refirió que los criterios que se adoptan para determinar que una persona penada tiene ese pronóstico favorable de reinserción social, son los siguientes: 1) que haya participado en programas de tratamiento penitenciario –progreso escolar y laboral, actividades culturales, prosociales, y especializados si los necesita-, cuyo contenido haya contribuido en la forma de pensar y actuar de la persona penada, que haya desarrollado capacidad de introspección y empatía hacia la víctima; 2) que exprese tener metas concretas a futuro; 3) que refleje buenas relaciones interpersonales; 4) que muestre buena conducta y respeto a las normas –no comisión de faltas disciplinarias-; 5) motivación al cambio a conducta prosocial; 5) superación de carencias que hayan llevado a la persona a delinquir; y 6) entre otras.

Con base en lo mencionado supra, consideramos que el primer criterio señalado, contiene también la exigencia que establece el art. 86 inc. 1° CP referido a que la persona haya desarrollado actividades laborales, culturales, ocupacionales u otras similares, ya que en su conjunto se incluyen en los criterios a adoptar por la DGCP para determinar el citado pronóstico individualizado y favorable de reinserción social del posible beneficiado. Asimismo, los demás criterios se vinculan directamente en determinar que la persona tiene aptitud de adaptación, la buena conducta y la inexistencia de un alto grado de peligrosidad y agresividad de la persona penada, requisitos que exige el art. 85 literales 2) y 3) CP.

De igual forma, algunos criterios jurisprudenciales⁷²¹, han considerado en similar sentido que los requisitos antes mencionados para acceder a LCO se pueden integrar en el requisito del pronóstico favorable de reinserción social que exige el art. 86 inc. 1° CP. Esto confirma que en la practicidad, los requisitos para acceder a la LCO y LCA vinculados a determinar el pronóstico favorable de reinserción social de la persona penada son los mismos. Por tanto, es innecesario separar ambas modalidades de libertad condicional, en ese sentido, sugerimos que se regule una sola modalidad de libertad condicional⁷²².

.....
⁷²⁰ Cámara Primera de lo Penal de San Salvador, Incidente 243-2012, Ref. 227-008-I-2, del 12 de septiembre de 2012.

⁷²¹ Ver otros: SC, Hábeas Corpus, Ref. 215/2006 de fecha 9 de junio de 2009; Juzgado de vigilancia penitenciaria y de ejecución de la pena de Cojutepeque, Ref. 177-CS-01 del 13 de mayo de 2011.

⁷²² En similar sentido ver otros: GARCÍA, *“Libertad condicional: propuestas para aumentar su concesión”*, 23 y TÉBAR, *El modelo de libertad condicional español*, 156.

Igualmente, la DGCP como conclusión, expresó que para determinar que la persona penada cuenta con el pronóstico favorable de reinserción social, se consideran los criterios que establecen los arts. 263, 264 y 267 inc. 2° del RGLP, los cuales hacen referencia a los criterios de ubicación para las fases de semilibertad y de confianza, y a la progresión del interno que depende de su conducta en el centro penal. Agregado a lo anterior, la DGCP afirmó que la persona tiene que encontrarse ubicada en una de estas fases -de confianza o de semilibertad- para que sea propuesta para LCA, con base en el art. 266 del RGLP.

Con respecto en lo relacionado supra, nos parece relevante que la administración penitenciaria tome como parámetro para determinar el pronóstico favorable de reinserción social de la persona penada, los criterios de ubicación para las fases de semilibertad y de confianza, ya que algunos de los criterios tienen coincidencia con la consecución del fin de resocialización, el cual puede fundamentar la concesión de la LCA. Sin embargo, aclaramos que no es requisito de legalidad para acceder a la LCA que la persona penada se encuentre ubicada en la fase de confianza o de semilibertad, por tanto, no estamos de acuerdo con la postura adoptada por la administración penitenciaria, que afirmó que la persona penada debía estar ubicada en alguna de estas fases para ser propuesta para LCA.

En el art. 266 lit. e) del RGLP se refiere el procedimiento general de ubicación en las fases del Régimen Penitenciario, el cual se realiza por el ETCrim. del centro penal, de igual forma que éste propone al CCR los internos que califiquen para gozar de LCA «...que podrían ser todos aquellos internos que estén aptos o gozando de las fases de Confianza y Semilibertad». Consideramos que esta norma debe ser correctamente interpretada, un equívoco conllevaría a interpretar que la norma aparentemente está regulando un nuevo requisito para la concesión de la LCA: que la persona penada se encuentre en fase de confianza o de semilibertad o esté apta para ser ubicada en alguna de las dos fases.

Sobre lo citado supra, somos del criterio que esa no sería una correcta interpretación del RGLP, ya que la persona «puede» y no «debe» estar ubicado en una de dichas fases, por tanto, la persona penada puede o no estarlo. Una interpretación contraria implica aceptar que el RGLP establece más requisitos que los regulados en el CP, ello quebrantaría la jerarquía legal de la ley sobre el reglamento. Lo anterior no impide que una persona que se encuentra ubicada en la fase de confianza o de semilibertad tenga mayor probabilidad de acceder a la LCA ya que la ubicación en estas fases del régimen penitenciario depende de ciertos requisitos vinculados a la consecución del fin de resocialización.

Con todo lo antes expresado, consideramos que los criterios que la administración penitenciaria toma en cuenta como parámetros para establecer que una persona penada tiene un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, son congruentes con los fines de resocialización, y son útiles para considerar satisfecho este requisito establecido en el art. 86 inc. 1° CP para que la persona penada sea propuesta para libertad condicional anticipada, siempre que no se condicione por parte de la DGCP, que la persona penada se encuentre imperativamente ubicada en la fase de confianza o de semilibertad.

III.III. Concesión de la libertad condicional anticipada y la incidencia de la derogatoria del art. 92-A CP

Nos parece importante exponer la situación numérica de otorgamientos de libertad condicional anticipada, en el período del año previo a la derogatoria del art. 92-A CP, es decir, mientras estuvo vigente esta disposición, en comparación con el año posterior a su derogatoria; ello nos permitirá conocer la incidencia de la vigencia de esta disposición legal, y verificar cuántas personas extinguen su condena en condiciones de libertad. Ello será comparado con la situación numérica de personas penadas que se encuentran cumpliendo su pena en privación de libertad dentro de un centro penal. También expondremos el número de personas que ya cumplieron la mitad de la pena de prisión pero que se encuentran reclusas en un centro penal.

Derivado de lo anterior, en la siguiente tabla se desglosan las cifras sobre el número de libertades condicionales anticipadas concedidas por los diferentes JVPEP en todo el territorio de El Salvador, dividida por sexo y por periodos temporales específicos; de igual forma, estos datos serán confrontados con el número de propuestas de LCA que presentaron los CCR a los JVPEP. Esta tabla será útil a efectos de comparar el número de propuestas y concesiones de LCA un año previo a la derogatoria del art. 92-A CP y un año posterior a Su expulsión del ordenamiento jurídico. Sobre esa información se detallan los datos relevantes que se considerarán en el análisis de la situación numérica de los beneficios otorgados, según detalle mostrado en la tabla 1.

Tabla 1. Número de propuestas y concesiones de LCA separada por sexo, a nivel de todo el territorio salvadoreño (1/abril/2011 al 31/marzo/2012 y 1/abril/2012 al 31/marzo/2013).				
	Mujeres en el período del 1/abril/2011 al 31/marzo/2012	Hombres en el período del 1/abril/2011 al 31/marzo/2012	Mujeres en el período del 1/abril/2012 al 31/marzo/2013	Hombres en el período del 1/abril/2012 al 31/marzo/2013
Propuestas	14	83	22	53
Concesiones	9	36	7	29

Fuente: DGCP y CSJ⁷²³

Los datos anteriores señalan, tanto en el caso de mujeres como de hombres, una reducción en el número de libertades condicionales anticipadas concedidas en el periodo de un año posterior a la derogatoria del art. 92-A CP, lo que nos permite colegir que las excepciones que contemplaba dicha disposición legal no incidían en el número de concesiones de LCA, y en consecuencia, en el acceso al beneficio y su efectividad, aunque legalmente esta norma presentaba obstáculos al acceso a este beneficio. Por tanto, el número concesiones de LCA no dependía de la limitante legal que se creía inicialmente, podía tener el art. 92-A CP.

Sin embargo, el número de concesiones es menor al número de propuestas de LCA que presentaron los CCR a los JVPEP. Esto nos permite concluir que las propuestas para LCA que presentan los CCR a los JVPEP no siempre son concedidas, ello puede ser indicador de la objetivación del JVPEP al analizar en cada caso individual, si se cumplen los requisitos de los arts. 85 y 86 inc. 1° CP. Nos parece que no hay mucha coincidencia entre los criterios del CCR y del JVPEP sobre la procedencia de concesión de la LCA.

⁷²³ La información que proporcionó el JVPEP de Cojutepeque, no fue separada por periodos, pero se aclara que en el período del 18 de junio de 2011 al 31 de octubre de 2013, otorgó el total de 3 libertades condicionales anticipadas, 1 a mujer y 2 a hombres.

Aunque también puede deberse a la intervención de las Cámaras de lo Penal⁷²⁴, cuando los interesados apelaron de la resolución en la que se acuerda o deniega la LCA.

Con respecto a las propuestas para LCA, vale señalar que el número de propuestas para LCA de mujeres penadas, incrementó un año después de la derogatoria del art. 92-A CP, contrario al caso de los hombres que se redujo en un alto número, porque se presentaron 30 propuestas menos. De igual forma, se determina que, en el caso de mujeres, aunque en el período posterior a la derogatoria del art. 92-A CP se incrementaron las propuestas de LCA, las que se concedieron por los JVPEP fueron menos.

En cuanto a la variable sexo, consideramos importante mencionar que, aunque hay mayor número de propuestas y concesiones de LCA en hombres que en mujeres, ello no significa que la variable sexo incida de forma negativa cuando adquiere la categoría femenina; es decir, aunque puede concluirse que los hombres acceden a la LCA en mayor proporción que las mujeres, no significa que el hecho de ser hombre o mujer influya por sí mismo en la concesión de la LCA. Esto puede deberse al número de personas penadas, así como el número de personas que ya cumplieron la mitad de su condena, para el 31 de octubre de 2013, la distribución por sexo era la siguiente:

Tabla 2. Distribución de penados por sexo en el sistema penitenciario (31/10/2013)					
Sexo	Total número de penados	Porcentaje	Número de penados que han cumplido la ½ pena	Porcentaje	Porcentaje que ha cumplido la ½ pena en relación con la población penada dividida por sexo
Mujer	1,676	8.14%	292	10.37%	17.42%
Hombre	18,904	91.86%	2,524	89.63%	13.35%
Total	20,580	100%	2,816	100%	13.68%

Fuente: DGCP y CSJ

Derivado de la información detallada anteriormente, en conjunto con la tabla 1, podemos colegir que el número de concesiones de LCA es mínima, en comparación con la totalidad de la población penada que había cumplido con la mitad de su condena para el 31 de octubre de 2013; de igual forma, se advierte que el número de mujeres penadas es mucho menor que la de los hombres, cuestión que se repite en el número de personas que han cumplido la media pena. Nos parece que con ello se evidencia que el factor sexo femenino posiblemente no incida negativamente en el procedimiento de concesión del beneficio, ya que lo que refleja es la escasa incidencia de la delincuencia femenina sobre criminalidad y consecuentemente, escasa presencia en las prisiones salvadoreñas⁷²⁵. En ese mismo sentido, se advierte, en relación con el total de personas privadas de libertad dividida por sexo, que hay mayor porcentaje de mujeres que ya cumplieron la media pena -17.42%- en relación con los hombres -13.35%-; posiblemente la diferencia obedece a que los hombres cumplen penas de prisión más altas que las mujeres.

⁷²⁴ La concesión o denegatoria del beneficio de LCA es apelable ante la Cámara de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena (art. 47 LP). Sin embargo, debemos señalar que en el período del 1 de abril de 2011 al 31 de marzo de 2013 aún no se había creado dicha Cámara, y se había designado provisionalmente a las Cámaras con competencia en materia penal, mientras no existan las Cámaras de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena –art. 134 LP- para conocer sobre dichas apelaciones y resolverlas con base en la ley.

⁷²⁵ Esta situación parece repetirse en otros países como en España, ACALE considera que posiblemente, la razón por la cual las mujeres cometen menos delitos que los hombres, no se trata que por su condición biológica que la mujer delinca menos sino que, posiblemente, se deba a que históricamente la mujer ha permanecido relegada a la sombra del hombre, lo que ha conllevado a la «masculinización del sistema penal-penitenciario (...) y sobre él, ha tenido que ir haciéndose un hueco la mujer, reivindicando los derechos que aquéllos tienen reconocidos». ACALE, “Mujeres, crímenes y castigos”, 14.

III.IV. Situación numérica de personas beneficiadas con las modalidades de liberación condicional: Factores que inciden en la frecuencia de personas beneficiadas con LCA en relación con las que se benefician con LCO.

Consideramos relevante señalar el número de personas penadas que están beneficiadas con la LCA y LCO, con el objetivo de corroborar cuál de los dos beneficios se da con mayor frecuencia en El Salvador e identificar las posibles razones de la diferencia numérica; lo anterior se examinará en el período del 4 de enero de 2015 al 4 de enero de 2016. De igual forma, con el propósito de verificar la incidencia que tuvo en el número de beneficiados con LCO y LCA la inconstitucionalidad declarada por la SC del literal 4) del art. 85 CP, se expondrá la situación numérica de personas beneficiadas que estaban sujetas a vigilancia y control del DPLA en el período previo a la inconstitucionalidad declarada, que para tal efecto tomamos a partir del 1 de abril de 2012 al 31 de marzo de 2013, con la finalidad de confrontar los datos numéricos de personas beneficiadas en ambos períodos y determinar si existe incremento de las personas beneficiadas.

En ese sentido, en la siguiente tabla se desglosan los datos proporcionados por el DPLA en relación con la situación numérica de las personas beneficiadas con la LCO y LCA que se encuentran sujetas a su vigilancia y control en los dos períodos antes señalados, según el detalle que se muestra a continuación:

Modalidad de libertad condicional	N° de beneficiadas en el período del 1/abril/2012 al 31/marzo/2013	N° de beneficiadas en el período del 4/enero/2015 al 4/enero/2016
Libertad condicional ordinaria	597	705
Libertad condicional anticipada	69	97

Fuente: DGCP y CSJ

Como se advierte en la tabla que antecede, en ambos períodos señalados el número de personas que se encuentran en LCO es mayor a las que se encuentran en LCA. Esta diferenciación podría deberse, posiblemente, a uno de los dos factores siguientes: primero, que la persona penada durante el cumplimiento de la primera mitad de su condena, no ha tenido el tiempo suficiente para demostrar a través de su conducta y la participación en su propio proceso de resocialización, que efectivamente se encuentra preparada para ser reinsertada a la sociedad y que no cometerá delitos. Pero puede que esa demostración si logra alcanzarse en la mayoría de casos, hasta que la persona cumple con las dos terceras partes de su pena de prisión. Y, segundo, puede deberse a que el procedimiento para conceder la LCO permite mayor efectividad porque la persona penada puede acceder directamente al juez, diferente al procedimiento para la concesión de LCA.

El procedimiento para la LCO puede iniciar a petición de la persona penada que reúne los requisitos –art. 51 LP-, es decir, el acceso a la sede jurisdiccional no depende de la actividad promotora de la administración penitenciaria, en consecuencia, el JVPEP que recibe la solicitud de otorgamiento de LCO, incluso puede hacerlo de oficio. Luego de recibida la solicitud, el juez solicita al CCR la remisión de los informes relacionados en el art. 85 CP, estableciendo un plazo para su remisión. Esta es una orden judicial que la administración penitenciaria debe cumplir,

debiendo verificar el caso individual de la persona penada y emitir los informes correspondientes.

En la LCA, ese requerimiento judicial no existe, porque la solicitud de la concesión del beneficio depende de la actividad promotora del CCR, el juez no puede requerirle ningún informe si no ha mediado previamente la propuesta de LCA, que la misma autoridad administrativa debe presentar para que el juez pueda pronunciarse. A nuestro criterio, esto puede estar incidiendo en la baja intensidad de personas beneficiadas con LCA, siendo conveniente reformar la disposición legal contenida en el art. 86 inc.1° CP, en el sentido de que no sea una condicionante del acceso a sede judicial la intervención de la administración penitenciaria, sino que pueda la persona penada interesada, plantear la solicitud directamente al JVPEP, y sobre ello, insistimos en el sentido que, la ley no debería permitir la total discrecionalidad a la autoridad administrativa –penitenciaria-, pues, en cierta forma, incide negativamente en el acceso al juez por parte de la persona penada.

Asimismo, se advierte que en el período del 4 de enero de 2015 al 4 de enero de 2016 existe un incremento de 108 personas beneficiadas con LCO, en relación con el período de comparación -1 de abril de 2012 al 31 de marzo de 2013-, es decir que hay un incremento aproximado del 15.32% de personas beneficiadas. Similar aumento de beneficiadas se tiene con la LCA, en las cuales incrementó con 28 personas, es decir que se refleja un incremento aproximado del 28.87% de beneficiadas.

Estos incrementos significan que los JVPEP han concedido a más personas el beneficio de la liberación condicional. El aumento de personas beneficiadas con LCO y LCA se debe posiblemente a que el literal 4) del art. 85 CP, fue declarado inconstitucional por la SC⁷²⁶, disposición que establecía la exclusión de conceder la libertad condicional a la persona penada reincidente o habitual por el mismo delito doloso que hubiere cometido dentro de los cinco años siguientes a la fecha de dictada la primera condena firme. La inconstitucionalidad declarada permitió que las personas que estaban en esta categoría, no fueran impedidas de acceder a la liberación condicional. Asimismo, se advierte que hay similar incremento en la situación numérica de propuestas de LCA que han presentado los CCR ante los JVPEP en los períodos citados, como lo señala la siguiente tabla:

Tabla 4. Número de propuestas de LCA realizadas por los CCR ante los JVPEP (1/abril/2012 al 31/marzo/2013 y 4/enero de 2015 al 4/enero/2016).				
Período temporal	Mujeres en el período del 1/abril/2012 al 31/marzo/2013	Hombres en el período del 1/abril/2012 al 31/marzo/2013	Mujeres en el período del 4/enero/2015 al 4/enero/2016	Hombres en el período del 4/enero/2015 al 4/enero/2016
Propuestas	22	53	34	198
Fuente: DGCP y CSJ ⁷²³				

Como se puede observar, el número total de propuestas que elaboraron los CCR para LCA aumentó en hombres y en mujeres, sobre todo en la población penitenciaria masculina, que presenta un incremento del 73.23% en relación con las propuestas que se presentaron en el período del 1 de abril de 2012 al 31 de marzo de 2013. Ese aumento en el número de propuestas a LCA también podría responder a que se ha incrementado el número de personas condenadas a pena privativa de libertad, sin embargo, el número de propuestas para LCA sigue siendo muy

⁷²⁶ SC, *Sent. inconstitucionalidad*, Ref. 63-2010/69-2010/77-2010/93-2010/11-2011/27-2011, del 29 de abril de 2013.

bajo en relación con el número de personas que ya cumplieron con la mitad de su condena. Lo anterior se afirma en razón que para el 4 de enero de 2016, el número de personas que ya cumplieron la mitad de su pena de prisión, representan el 31.78% del total de personas penadas, según detalle:

Tabla 5. Distribución de penados por sexo en el sistema penitenciario (4/enero/2016)

Sexo	Total número de penados	Porcentaje	Número de penados que han cumplido la ½ pena	Porcentaje	Número de penados en fase de semilibertad	Porcentaje
Mujer	2,073	8.69%	750	9.89%	93	27.84%
Hombre	21,795	91.31%	6,836	90.11%	241	72.16%
Total	23,868	100%	7,586	31.78%	334	1.40%

Fuente: DGCP y CSJ⁷²³

El elevado número de personas penadas en reclusión refleja el hacinamiento carcelario que, a la fecha del 4 de enero de 2016, es del 325.29% de densidad carcelaria⁷²⁷, esto frente a un alto número de personas que han cumplido la mitad de la pena de prisión que satisfacen por lo menos, la condición de temporalidad mínima de cumplimiento de pena para acceder a la LCA, sin embargo no han sido beneficiadas con la liberación condicional. A esto se agrega que el número de personas que se encuentran ubicadas en la fase de semilibertad es mínimo, puesto que solo son 334 personas, mientras que hay 7,586 personas penadas que ya cumplieron la mitad de la pena de prisión.

Teóricamente, las personas que ya cumplieron la media pena y están ubicadas en la fase de semilibertad, son candidatas potenciales para acceder a la LCA, porque cumplen con los criterios que se establecen para ubicarse dentro de dicha fase, los cuales se consideran positivamente para que el CCR dictamine que una persona tiene un pronóstico favorable de reinserción social, sin embargo, estas personas no están beneficiadas con LCA. Esta situación pueda deberse a que estas personas no han cumplido con los demás requisitos que exige el art. 86 inc. 1° CP; o porque no han sido propuestas por los CCR ante los JVPEP; o si fueron propuestas, el JVPEP denegó la concesión de la LCA.

Particularmente, si la persona penada ha cumplido los requisitos de la temporalidad y el pronóstico favorable de reinserción social, pero si fue condenado por la comisión del delito de Secuestro o por algún delito establecido en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, está excluido legalmente para acceder a la LCA, cuestión que podría incidir en ese bajo número de propuestas y en el número de personas beneficiadas que se refirió en la tabla 3, puesto que las personas condenadas por delitos comprendidos en la LRARD representan el 7.22% de la población penitenciaria, asimismo, tiene el quinto lugar en los delitos de mayor incidencia dentro de las cárceles salvadoreñas.

Otro factor que puede incidir, es si la persona no cumple con el requisito de la cancelación de la responsabilidad civil, o no le fue posible demostrar su incapacidad de pago. Una solución a esta obstaculización en los casos que el JVPEP observe un interés genuino en la persona de cumplir con dicha responsabilidad, podría ser una reforma al art. 85 CP, en el cual el cumplimiento de este requisito se pueda flexibilizar sin que ello implique la exoneración del pago, sino bien, se podría exigir su cumplimiento durante la vigencia del período de prueba en

⁷²⁷ A la fecha del 4 de enero de 2016, los centros penales recluían 23,868 personas penadas y 8,775 procesadas, es decir, un total de 32,643 personas privadas de libertad en las cárceles salvadoreñas.

que se beneficie la persona en libertad condicional anticipada, es decir, como una regla de conducta que deba la liberada beneficiada cumplir como condición de vigencia del beneficio penitenciario⁷²⁸.

Otra limitante pueda ser a nivel organizacional de la administración, ya que el número de personal penitenciario que desarrolla sus labores dentro de los equipos técnicos es mínimo en comparación con la situación numérica de todas las personas penadas que se encuentran dentro de un centro penal. A la fecha del 4 de enero de 2016, la DGCP contaba con 73 empleados que fungían en los equipos técnicos y en los consejos criminológicos regionales, se contaba con 29 empleados que fungían como concejales. Si a ello sumamos que dentro de los equipos técnicos y consejos criminológicos se integran por diferentes profesionales capacitados en el área de su especialidad, el número se reduciría. Este problema posiblemente se deba a la asignación presupuestaria de la DGCP, ya que la contratación del recurso humano para laborar dentro de los ETCrim. y CCR debería ser mayor, para poder brindar atención a mayor número de personas penadas, el sistema carcelario parece no ser prioritario en El Salvador.

Por tanto, en la práctica el beneficio de la libertad condicional anticipada es muy poco utilizado, como se ha evidenciado en los cuadros que mostramos supra, en consecuencia, su incidencia positiva en la disminución del hacinamiento carcelario es muy escasa. En conclusión, la LCA no es una forma habitual de extinguir las penas de prisión en El Salvador; creemos que si se disminuyen o eliminan las restricciones legales que dificultan o impiden el acceso a la LCA que se han referido supra, mayor número de personas podrían acceder al beneficio, y si se logra un uso mayor de la LCA, podría limitar el número de personas penadas que se encuentran en privación de libertad dentro de las prisiones y contribuiría a lograr el éxito de la resocialización de las personas enadas.

IV. Bibliografía

- ☞ ACALE SÁNCHEZ, María. “Mujeres, crímenes y castigos”, Hachetetépe, N° 2://: 22.
- ☞ AGUILAR, JEANNETTE et al. La situación de la seguridad y la justicia 2009-2014: Entre expectativas de cambio, mano dura militar y treguas pandilleras. 1ra edición. El Salvador: IUOP Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”, 2014.
- ☞ BACIGALUPO, ENRIQUE. Hacia el nuevo derecho penal. Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L, 2006.
- ☞ BUENO ARUS, Francisco (1977). “Una nota sobre la libertad condicional”. Recuperado el 28 de febrero de 2016, de www.mjusticia.gob.es
- ☞ CERVELLÓ, VICENTA. Derecho Penitenciario. 2da edición. Valencia: editorial Tirant lo Blanch, 2006.
- ☞ CERVELLÓ DONDERIS, VICENTA (2004). “Los nuevos criterios de clasificación penitenciaria”. La Ley Penal Revista de Derecho Penal Procesal y Penitenciario. Número 08. Recuperado el 26 de febrero de 2016, de www.acaip.es

728 ROLDÁN, “El uso de la libertad condicional y su influencia en el tamaño de la población reclusa”, 7.

-  DGCP (2016). Estadística penitenciaria al 4/enero/2016. Recuperado el 22 de febrero de 2016, de www.dgcp.gob.sv.
-  DGCP (2012). Estadística penitenciaria al 28/mayo/2012. Recuperado el 22 de febrero de 2016, de [en www.dgcp.gob.sv](http://www.dgcp.gob.sv)
-  DGCP (Sin fecha). Memoria de labores de Julio 2011 a mayo 2012. Recuperado el 25 de febrero de 2016, de <http://api.gobiernoabierto.gob.sv>.
-  FONTAN BALESTRA, CARLOS. Derecho penal: introducción y parte general. 16ta edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2012.
-  GARCÍA ARIAS, SARA (2013). Libertad condicional: propuestas para aumentar su concesión. Universitat Pompeu Fabra. Recuperado el 25 de febrero de 2016, de www.upf.edu
-  HANS-HEINRICH, JESCHECK. Tratado de Derecho Penal. Traducido por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981.
-  MAPELLI CAFFERANA, BORJA. Las consecuencias jurídicas del delito. 4ta edición. Madrid: Aranzadi, S.A., 2005.
-  MARTÍN, LUIS G., BOLDOVA MIGUEL Y ALASTUEY DOBÓN, CARMEN. Tratado de las consecuencias jurídicas del delito. VALENCIA: Tirant lo Blanch, 2006.
-  MARTÍNEZ, MARTÍN. Jurisprudencia Penitenciaria Comentada. 1ra edición. El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura de El Salvador, 2012.
-  MIR PUIG, CARLOS. Derecho Penitenciario: el cumplimiento de la pena privativa de libertad. Barcelona: Atelie, 2011.
-  MOLINA BLÁZQUEZ, M. C., ARMENDÁRIZ C., GÓMEZ J., BELTRÁN A. Y OBREGÓN A. La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito. 1ra edición. Barcelona: Bosh, 2005.
-  MORENO, FRANCISCO Y RUEDA LUIS. Código penal de El Salvador comentado. El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura. 2004.
-  MUÑOZ CONDE, FRANCISCO Y GARCÍA ARÓN MERCEDES. Derecho Penal: parte general. 6ta edición. VALENCIA: Tirant Lo Blanch, 2004.
-  RÍOS MARTÍN, JULIÁN et al. "Manual de ejecución penitenciaria". En defenderse de la cárcel. 6ta edición. Madrid: Colex, 2011.
-  ROLDÁN BARBERO, HORACIO (2010). "El uso de la libertad condicional y su influencia en el tamaño de la población reclusa en España", Revista Electrónica de Ciencia Penal y criminología. N°12-04. Recuperado el 1 de marzo de 2016, de <http://criminet.ugr.es>
-  TÉBAR VILCHES, BEATRIZ. El modelo de libertad condicional español. España: Bellaterra, 2004.

● LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LOS CENTROS PENITENCIARIOS Y SUS IMPLICACIONES JURÍDICAS

Florencio de Marcos Madruga

Sumario

I. Introducción. II. Tecnología y Derecho a la Intimidad en el medio penitenciario. 1. Protección de datos. 2. Intervención de las Comunicaciones. 3. Cacheos. 4. Rayos X. III. Tecnología y Comunicación con el exterior. 1. Llamadas telefónicas. 2. Videoconferencias. a. Marco Normativo. b. Ubicación y características. c. Desarrollo de las comunicaciones. d. Controles de seguridad. IV. Sociedad de la Información y Medio Penitenciario. 1. Ordenadores y acceso a la red. 2. Acceso a los medios de comunicación (TV). V. La fenomenología al servicio de la clasificación penitenciaria. VI. Bibliografía.

I. Introducción

El mundo penitenciario, como no podía ser menos, no puede quedar al margen de las nuevas tecnologías, las cuales se proyectan en la vida diaria de los establecimientos penitenciarios y por ello en las personas privadas de libertad. Los nuevos elementos técnicos inciden en aspectos esenciales de la actividad penitencia, con mayor intensidad en ámbito regimental, aunque también en el tratamental.

El uso de las nuevas tecnologías alcanza especial relevancia en relación a uno de los pilares fundamentales del sistema penitenciario, el Régimen penitenciario. Por tal, se entiende el conjunto de normas o medidas que persiguen la consecución de una convivencia ordenada y pacífica que permita alcanzar el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento y la retención y custodia de los reclusos, y está integrado por las funciones de seguridad, orden y disciplina⁷²⁹. El Régimen penitenciario, al fin y al cabo, es la forma, el continente en el cual ha de desarrollarse la finalidad reeducadora y reinsertadora de la pena privativa de libertad y por ello, quizás, el elemento, más material del sistema, de modo que la tecnología está llamada a jugar un importante papel. En ocasiones aquélla va a incidir en los derechos de los internos, cooperando a su ejercicio, más en otros momentos puede significar un elemento de restricción.

El ingreso de una persona en un establecimiento penitenciario para cumplir una pena no implica la anulación de sus derechos fundamentales, antes bien el art. 25 CE reconoce su subsistencia, salvo de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria. Como señala el Tribunal Constitucional⁷³⁰, una de las consecuencias más dolorosas de la pérdida de la libertad es la reducción de lo íntimo casi al ámbito de la vida interior, quedando, por el contrario, expuestas al público e incluso necesitadas de autorización muchas actuaciones que normalmente se consideran privadas e íntimas. Ello se traduce, por lo que aquí interesa, en el empleo de mecanismos técnicos en el medio penitenciario que van a incidir en los derechos del interno.

Ahora bien, como se verá, limitación no es lo mismo que anulación, de forma que aquélla, salvo contados supuestos (sirva de ejemplo el derecho a la libre circulación del art. 19 CE), no puede desdibujar los derechos fundamentales hasta el punto de hacerlos irreconocibles.

⁷²⁹ Art. 73 RP.

⁷³⁰ STC 89/2006, de 27 de marzo de 2006, que recuerda la STC 89/1987, de 3 de junio.

La validez constitucional de la limitación de un derecho fundamental en el medio penitenciario exige:

- a) Su establecimiento por ley.
- b) La necesidad de la restricción: La restricción el derecho fundamental ha de responder a una finalidad penitenciaria, ya que sin ella faltaría el presupuesto necesario para avalar la constitucionalidad de la medida, pues la restricción del derecho fundamental no podría obedecer, ya a limine, a la salvaguarda preferente de otro interés constitucional⁷³¹. Si tal finalidad concurriera pero no fuera “penitenciaria”, quedaría impedida la vía específica de limitación legítima de derechos que posibilita el art. 25.2 CE. No cabe la mera invocación abstracta de un interés general, al que por definición ha de servir el obrar de la Administración (art. 103.1 CE), de forma que si bastara, sin más, la afirmación de ese interés público para justificar el sacrificio del derecho, la garantía constitucional perdería, relativizándose, toda eficacia⁷³². Y así, sirva de ejemplo, en relación a la restricción de la intimidad de una persona privada de libertad lo relevante a los fines de justificar una medida que limita el derecho constitucional reconocido en el art. 18.1 CE es, la constatación por la Administración penitenciaria que tal medida es necesaria para velar por el orden y la seguridad del establecimiento en atención a la concreta situación de éste o el previo comportamiento del recluso⁷³³.
- c) La proporcionalidad de la medida: La restricción ha de guiarse por los criterios de adecuación de la medida, indispensabilidad de la misma y proporcionalidad en sentido estricto⁷³⁴. O dicho de otra forma, ha de superar un juicio de idoneidad, un juicio de necesidad y un juicio de proporcionalidad en sentido estricto⁷³⁵.

Es por ello que la LOGP, tras fijar en el art. 1 como fin esencial de las Instituciones penitenciarias la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, dispone en el art. 3 LOGP, que conecta con el art. 10 CE, que la actividad penitenciaria ha ejercerse respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena, sin establecerse diferencia alguna por razón de raza, opiniones políticas, creencias religiosas, condición social o cualesquiera otra circunstancias de análoga naturaleza.

.....
⁷³¹ SSTC 89/2006, de 27 de marzo; 55/1996, de 28 de marzo; 161/1997, de 2 de octubre; y 11/2006, de 16 de enero.

⁷³² STC 89/2006, de 27 de marzo.

⁷³³ STC 57/1994, de 28 de febrero.

⁷³⁴ STC 69/1999, de 26 de abril.

⁷³⁵ STC 207/1996, de 16 de diciembre: “...según doctrina reiterada de este Tribunal, una exigencia común y constante para la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales (por todas, STC 56/1996), entre ellas las que supongan una injerencia en los derechos a la integridad física y a la intimidad (por todas, SSTC 120/1990, 7/1994 y 143/1994)... viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. En este sentido, hemos destacado (SSTC 66/1995 y 55/1996) que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: ‘si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)’.

Las nuevas tecnologías, al tiempo que pueden servir como útil instrumento en facetas de la vida cotidiana de la persona privada de libertad, sirva de ejemplo las nuevas forma de comunicación, al tiempo, implican un serio riesgo para sus derechos, especialmente el derecho a la intimidad. Por otro lado pueden servir como un elemento de cooperación, como garantía adicional, en el ámbito tratamental, así en situaciones de semilibertad o en el disfrute de los permisos.

II. Tecnología y Derecho a la Intimidad en el medio penitenciario

1. Protección de datos

El Reglamento Penitenciario dedica el Capítulo III del Título Primero a la recogida, protección y gestión de los datos de carácter personal de los ficheros penitenciarios. Precisamente estos preceptos han sido objeto de modificación por el RD 419/2011, de 25 de marzo, a raíz de la STS 2555/2009, de 17 de marzo de 2009, que declaró la nulidad de la Instrucción 21/1996.

El art. 6 RP, tras un enunciar el sometimiento a la legislación general sobre protección de datos, esto es, a la LO 15/1999, de 13 de diciembre, y su desarrollo reglamentario, el RD 1720/2007, de 21 de diciembre, impone a las autoridades penitenciarias responsables de los ficheros informáticos penitenciarios el deber de adoptar las medidas de índole técnica y organizativa necesarias para garantizar la seguridad de los datos de carácter personal en ellos contenidos, así como para evitar su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, y estarán obligadas, junto con quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento automatizado de este tipo de datos, a guardar secreto profesional sobre los mismos, incluso después de que haya finalizado su relación con la Administración penitenciaria, todo lo cual no es sino el desarrollo reglamentario en este campo de lo dispuesto en los arts. 9 y 10 LO 15/1999.

Los arts. 7 y 8 RP, relativos a la recogida y cesión de los datos de carácter personal de los internos, establecen dos categorías dentro de tales datos, estableciendo un régimen jurídico distinto en función de su naturaleza, en lógica coordinación con lo dispuesto en los arts. 6 y 7 LO 15/1999:

- a) Los relativos a opiniones políticas, a convicciones religiosas o filosóficas, al origen racial y étnico, a la salud o a la vida sexual.
- b) Los datos de otra naturaleza.

En el primer caso, su recogida y cesión a otras personas sólo puede realizarse con el consentimiento expreso y por escrito del recluso afectado, salvo que medien razones de interés general y así lo disponga una Ley. Como garantía adicional en favor de la protección de estos datos, cuando la petición de aquéllos se hace a través de representante, se exige poder especial y bastante en el que conste expresamente el consentimiento del recluso.

Por lo que se refiere a los restantes datos, cabe la recogida y cesión a otras Administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, para que éstas puedan ejercer sus funciones respecto de los internos en materia de reclutamiento para la prestación del servicio militar, servicios sociales, Seguridad Social, custodia de menores u otras análogas, o bien al Defensor del Pueblo o institución análoga de las Comunidades Autónomas que ejerzan competencias ejecutivas en materia penitenciaria, al Ministerio Fiscal o a los Jueces o Tribunales, en el ejercicio de las funciones que tienen atribuidas, no precisa consentimiento.

Tampoco se precisa consentimiento cuando se trate de cesión de datos de carácter personal relativos a la salud de los reclusos por motivos de urgencia o para realizar estudios epidemiológicos. Citar aquí el art. 11 LO 15/1999 y los arts. 219 y 220 RP, relativos a los estudios epidemiológicos.

También se admite las transferencias internacionales de datos de carácter personal contenidos en los ficheros informáticos penitenciarios en los supuestos de prestación de auxilio judicial internacional, de acuerdo con lo establecido en los tratados o convenios en los que sea parte España.

La rectificación y conservación de los datos está regulada en el art. 9 RP. Los reclusos tendrán derecho a solicitar de la Administración penitenciaria la rectificación de sus datos de carácter personal contenidos en los ficheros informáticos penitenciarios que resulten inexactos o incompletos. De la rectificación efectuada se informará al interesado en el plazo máximo de dos meses desde su solicitud, así como al cesionario o cesionarios, en el supuesto de que los datos incorrectos hubiesen sido objeto de cesión previa. Los datos de carácter personal de los reclusos contenidos en los ficheros informáticos penitenciarios no serán cancelados cuando, ponderados los intereses en presencia, concurren razones de interés público, de seguridad y de protección de los derechos y libertades de terceros, así como cuando posean un valor intrínseco de carácter histórico y estadístico a efectos de investigación, art. 16 LO 15/1999.

No cabe duda que el tratamiento informatizado de los datos de los reclusos es un instrumento de especial utilidad para el tratamiento penitenciario, pero ello no puede conducir a la automatización de las decisiones, que queda proscrita en el apartado primero del art. 6 RP al determinar que ninguna decisión de la Administración penitenciaria que implique la apreciación del comportamiento humano de los reclusos podrá fundamentarse, exclusivamente, en un tratamiento automatizado de datos o informaciones que ofrezcan una definición del perfil o de la personalidad del interno. Ese método decisorio chocaría el sistema de individualización científica que implica la combinación de diversas técnicas y métodos en el estudio de los internos, arts. 62, 63 y 72 LOGP.

La Instrucción 1/2012 relativa a los Permisos penitenciarios y Salidas programadas, mantiene la vigencia de la Tablas de Variables de Riesgo (TVR) y Tabla de Concurrencia de Circunstancias Particulares (M-CCP), si bien en sí misma no pueden ser el único motivo de la toma de decisiones. La Instrucción citada señala que las Tablas de Valoración del Riesgo, que recogen los resultados tanto cuantitativos como cualitativos, no condicionan de forma matemática el acuerdo de concesión o denegación del permiso, antes bien el acuerdo final depende de la valoración probabilística y del conjunto de argumentos y razones esgrimidos en cada caso concreto, si bien se establece el deber de consignar una especial motivación para el caso de apartarse del resultado de la TVR.

Especial mención ha de hacerse al tratamiento de los datos relativos a la salud de los internos, el art. 215 RP, que no es sino el reflejo de la Ley 41/2002, de 14 noviembre 2002, Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en el medio penitenciario. Así como el art. 7 de la Ley citada reconoce el derecho a la confidencialidad y a que se adopten las medidas oportunas para su protección, en la normativa penitenciaria, el art. 215 RP, no hace sino reproducir tal

principio, de ahí que los datos integrados en la historia clínica individual tendrán carácter confidencial, debiendo quedar correctamente archivados y custodiados, siendo únicamente accesibles para el personal autorizado. No obstante ello, los internos tendrán en cualquier caso derecho a ser informados de forma clara y comprensible sobre todo lo referente a su estado de salud, así como a la expedición de los informes que soliciten. Por su parte el art. 220 RP recoge expresamente los Sistemas de información sanitaria y epidemiológica y su coordinación con el Sistema Nacional de Salud.

A pesar de ese principio de confidencialidad, hay algunas cuestiones relativas a la clasificación y los tratamientos de drogodependencia en que el mismo decae en razón de principios superiores inherentes al medio penitenciario.

Así, por lo que a la clasificación se refiere, la información de carácter sanitario es crucial en los supuestos de enfermos con padecimientos graves e incurables, arts. 104.4 y 196 RP y art. 92 CP, así como en el caso de la forma especial de ejecución prevista en el art. 182 RP.

Los tratamientos sobre drogodependencia son fundamentalmente un tema sanitario. Sin embargo cuando la cuestión se analiza en relación a los sujetos privados de libertad, o más en general, cuando se toma como referencia al individuo incurso en actuaciones judiciales, la cuestión cambia. Las toxicomanías, no cabe duda, tienen especial incidencia en la criminalidad y por tanto es importante objeto de consideración en las consecuencias jurídicas de aquella y especialmente en el mundo penitenciario.

Baste así citar los datos recogidos por VICENTE GARRIDO, PER STANGELAND Y SANTIAGO REDONDO, en su obra *Principios de Criminología*⁷³⁶. En la medida en que se considere la drogadicción un factor criminógeno, necesariamente debe recibir una respuesta en la regulación que se haga del cumplimiento de las penas privativas de libertad.

El art. 25 CE establece que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. La prevención especial como fin de la pena, o con más precisión, su concepción como mandato del Constituyente al Legislador Ordinario, mandato no excluyente de otras orientaciones, pues legítimamente pueden atenderse otras finalidades - la prevención general, el principio retributivo⁷³⁷ -, conecta con el Tratamiento penitenciario, el cual, pretende hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal, así como de subvenir sus necesidades⁷³⁸.

Así pues, partiendo de la primera constatación fáctica, la amplitud de la problemática tóxica en prisión y su vinculación, de un modo u otro, a la delincuencia, y, por otro lado, del objetivo rehabilitador de la pena, en la medida en que se actúe en el ámbito de las drogodependencias, se conseguirá, amén de un resultado sanitario, un importante apoyo, probablemente el primer paso, para lograr la reintegración a la sociedad del individuo.

.....
⁷³⁶ VICENTE GARRIDO, PER STANGELAND Y SANTIAGO REDONDO, *Principios de Criminología*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999, 508 p.

⁷³⁷ SSTC 150/1991, de 4 de julio; 119/1996, de 8 de julio; 28/1988, de 23 de febrero; 19/1988, de 16 de febrero; y 55/1996, de 28 de marzo.

⁷³⁸ Art. 59 LOGP.

O dicho de otra forma, los tratamientos de deshabitación en prisión se presentan desde un doble plano, interesan tanto a los profesionales sanitarios como innegable cuestión que afecta a la salud del interno, cuanto a aquellos otros que, de un modo u otro, tienen algo que ver con el tratamiento penitenciario o, más ampliamente, con el cumplimiento de las penas privativas de libertad.

En el ámbito penitenciario los programas sanitarios destinados a drogodependientes, aquellos que tienen incidencia en la criminalidad, pues no todos lo tienen (sirva de ejemplo los Programas de intercambio de jeringuillas), trascienden las actuaciones médicas, lo cual se traduce en la posibilidad de acceder a datos que forman parte de la intimidad del interno.

En estas cuestiones la norma fundamental de referencia es el art. 116 RP, el cual, bajo la rúbrica Programas de actuación especializada, establece que todo interno con dependencia de sustancias psicoactivas que lo desee, debe tener a su alcance la posibilidad de seguir programas de tratamiento y deshabitación, con independencia de su situación procesal y de sus vicisitudes penales y penitenciarias. Esta norma viene recogida en Título V - El Tratamiento Penitenciario -, dentro del Capítulo II, dedicado a los programas de Tratamiento. Así pues, la articulación que en el medio penitenciario se hace de los programas de drogodependencia es desde una perspectiva no médica, lo cual tiene especial trascendencia, pues la confidencialidad como derecho del paciente a la que antes nos hemos referido no rige en los mismos términos que para el sujeto en libertad. Se ha optado así ante la colisión entre derecho del paciente y el fin de la pena, tras el cual subyace un claro interés general, de la colectividad, en dar preponderancia a este último y por ello a los especiales mecanismos que se despliegan en toda la práctica penitenciaria.

Los datos consignados en la historia clínica del interno y que afectan a la drogadicción, llámese seguimientos de programas de deshabitación, de reducción del daño, incidentes de sobredosis, no se ven amparados, a los efectos de su análisis por los operadores penitenciarios encargados del área tratamental, por el derecho a la intimidad del interno.

Conviene, no obstante, puntualizar que no quiere eso decir que esa información sea de acceso libre para otras áreas de la actividad penitenciaria, especialmente las tareas regimentales. Y así como una sobredosis que surge en lo regimental, aunque luego trasciende al área estrictamente médica - atención asistencial a recibir por el interno - y tratamental -consideración del hecho a efecto de clasificación y permisos -, pudiendo darse una respuesta sancionadora, un positivo al consumo de drogas detectado dentro de un programa de deshabitación, sólo despliega sus efectos en los otros dos campos, el médico y tratamental, no pudiendo ser objeto de la potestad punitiva de la Administración.

Por último ha de citarse el denominado fichero FIES. El RD 419/2011, de 25 de marzo, modifica el art. 6 RP, introduciendo un apartado 4, relativo a la posibilidad de establecer ficheros de internos con una finalidad dual: por un lado la de garantizar la seguridad y buen orden del establecimiento; y por otro la integridad de los internos. Esta modificación trae causa en STS 2555/2009, de 17 de marzo de 2009, que declaró la nulidad de la Instrucción 21/1996, que se ocupaba del tema y ello por entender que una Instrucción no era un instrumento hábil para regular tales cuestiones. Como límite a estos ficheros se establece que la inclusión en aquéllos no determinará por sí misma un régimen de vida distinto de aquél que reglamentariamente corresponda.

Esta cuestión precisamente es tratada en la Instrucción 12/2011, recogiendo en ella la importancia de contar de una amplia base de datos referida a ciertos internos, bien por su alta peligrosidad, bien por necesidades de especial protección de aquéllos. La citada Instrucción establece cinco grupos (FIES 1: control directo; FIES 2: delincuencia organizada; FIES 3: bandas armadas; FIES 4: Fuerzas de seguridad y Funcionarios de IPPP; FIES 5: características especiales, en atención a su inadaptación al sistema penitenciario o tipología delictiva).

2. Intervención de las Comunicaciones

Otro aspecto en el cual la tecnología incide en la vida penitenciaria es mediante el empleo de medios técnicos de interceptación de las comunicaciones de los internos, bien con sus familiares o allegados, bien con los Letrados de aquéllos.

El secreto de las comunicaciones, recogido en el art 18.3 CE, en cuanto a los ciudadanos en libertad, ofrece una doble dimensión, pues ampara no sólo el contenido material de aquéllas, sino también la identidad de los comunicantes⁷³⁹.

Ahora bien, como una emanación de la privación del derecho a la libertad derivada de la pena de prisión o de la eventual medida cautelar, está la restricción del ámbito del derecho a la intimidad de los reclusos, de forma que éste queda constreñido a los aspectos materiales de las comunicaciones, a su contenido, no así a los destinatarios de aquéllas. La seguridad y buen orden regimental, tan presentes en el mundo penitenciario, justifican la prolija regulación de esta materia, arts. 51 a 53 LOGP y arts. 41 a 51 RP, pues las personas privadas de libertad no pueden comunicar libremente, sino que han de contar con la preceptiva autorización, de ahí que la identidad de los comunicantes sea un dato especialmente relevante y sensible en aquel ámbito.

Pero es que además es factible, al margen de la investigación de la actividad delictiva propiamente tal, y que se remite a la LCRIM, la intervención de las comunicaciones de los internos, art. 51.1 LOGP. Tras reconocerse el derecho de las personas privadas de libertad a comunicar de forma oral o escrita y garantizarse la intimidad en esas comunicaciones, se admite la posibilidad de restricción, en cuanto a las personas y al modo, por razones de seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento. Así el Director del establecimiento puede acordar la intervención de las comunicaciones por esas causas, con un ulterior control por la autoridad judicial. La constitucionalidad de esta restricción del derecho a la intimidad con esa motivación no ofrece duda y, en definitiva, deriva del enunciado del art. 25.2 CE⁷⁴⁰. Restricción que, eso sí, ha de ajustarse a los parámetros constitucionales a los cuales ya se ha hecho referencia anteriormente, esto es, cobertura de legalidad, la necesidad de la medida y la proporcionalidad de aquella. La ley penitenciaria es pues quien da cobertura a esta posibilidad.

El riesgo que la tecnología puede suponer para el derecho a la intimidad del recluso es patente, máxime si se considera que es factible que los locutorios en los cuales se desarrollan las comunicaciones de los internos cuenten con dispositivos permanentes al efecto. Este peligro fue puesto de manifiesto por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 1 de Castilla y León y el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 3 de Madrid en unas actuaciones encaminadas a requerir a la Administración en orden a la retirada de estos elementos técnicos en tales espacios, lo cual desembocó en sendos conflictos de jurisdicción que fueron dirimidos

.....
⁷³⁹ STC 114/1984, de 29 de noviembre.

⁷⁴⁰ STC 200/1997, de 24 de noviembre.

por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción⁷⁴¹. Dicho Órgano entendió que en la distribución de competencias entre el Juez de Vigilancia Penitenciaria y la Administración, resulta diáfana la necesaria separación entre las atribuciones de la Administración Penitenciaria y la de los Jueces de Vigilancia, de modo que no se pueda, ni deba, producir una invasión de las competencias de la Administración por la de los Jueces de Vigilancia, ya que sería tanto como reconocer facultades de organización y dirección del establecimiento a la autoridad judicial, pudiendo, no obstante ello, la autoridad judicial, vía art. 77 LOGP, hacer propuestas tendentes a la preservación de tales derechos. Precisamente en el conflicto sometido a consideración se entiende que al no referirse a una violación concreta del derecho de los internos, antes bien una potencial vulneración, la actuación del Juzgado no puede ser la del dictado de una orden imperativa, antes bien la de una mera propuesta.

Son requisitos de la decisión de intervención:

- a) La motivación de la decisión.
- b) Dación de cuenta a la autoridad judicial. El art. 43 RP especifica que esa autoridad judicial es el Juez de Vigilancia en el caso de penados o a la autoridad judicial de la que dependa si se trata de detenidos o presos. Esta puntualización última ha quedado vacía de contenido por contravenir el art. 51 LOGP, pues en todo caso el Juez receptor de la comunicación ha de ser el de Vigilancia Penitenciaria⁷⁴².
- c) Notificación al interno.
- d) Límite temporal de la medida, que puede estar implícito⁷⁴³.

Especial mención ha de hacerse a la intervención de las comunicación con el Letrado defensor o especialmente llamado para asuntos penales, a que se refiere el art. 51.2 LOGP. Sobre este precepto se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en dos ocasiones⁷⁴⁴. En la primera sentencia, en un razonamiento obiter dicta, entiende que cabría la intervención de estas comunicaciones, no ya solo por la autoridad judicial, antes bien por el Director del establecimiento en los casos de terrorismo. Por su parte, la segunda, que entra de lleno en el tema, se aparta de esa línea al entender que no está sólo en juego el derecho a la intimidad, antes bien el derecho de defensa, por lo cual concluye que ambos requisitos son cumulativos y no alternativos, decisión que ha de adoptar la autoridad judicial y dentro de un proceso de instrucción penal. Tal planteamiento es acogido de manera constante por el Tribunal Supremo⁷⁴⁵.

La restricción del derecho a la intimidad en el ámbito penitenciario puede llegar incluso a la intervención de las comunicaciones íntimas. Un reciente pronunciamiento del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal)⁷⁴⁶, entiende que podrán grabarse las comunicaciones, en cualquier ámbito que se produzcan, salvo las comunicaciones con el Letrado, fuera de los casos del

741 SSTCJ de 7 de julio de 1995 y 28 de junio de 1995.

742 ATS de 29 marzo 2000, Cuestión de competencia núm. 2870/1999.

743 STC 200/1997, de 24 de noviembre.

744 SSTC 73/1983, de 30 de julio; y 183/1994, de 20 de junio.

745 SSTS 538/1997, de 23 de abril; y 79/2012, de 9 de febrero.

746 AATS 798/2013, de 4 de febrero y 2785/2013, de 21 de marzo.

terrorismo, de aquel ciudadano fundadamente sospechoso de la participación en un delito grave, incluso cuando se trate de las comunicaciones que mantiene con su pareja sentimental privada de libertad en un Centro penitenciario, independientemente del carácter con el que lo esté, siempre que existan razones objetivas para considerar que semejante diligencia, sin duda invasiva de los derechos de los interlocutores, pueda resultar fructífera para el esclarecimiento de la infracción investigada y concurren, lógicamente, el resto de los requisitos precisos para una autorización de esta clase (proporcionalidad, necesidad, suficiente motivación, etc.), cuya ausencia en cualquier caso se pondría en relación con el valor probatorio de la diligencia. En estos casos, el que la comunicación tenga lugar durante un encuentro de naturaleza sexual, no es impedimento para su intervención.

3. Cacheos

En esta materia, a diferencia de lo que ocurre en el caso anterior, la tecnología juega a favor de las personas privadas de libertad, pues en principio un cacheo con empleo de medios técnicos es siempre menos lesivo para el derecho a la intimidad personal, reconocido en el art. 18.1 CE, que la práctica del mismo con desnudo integral, cuando proceda.

No puede decirse que la LOGP haga una pormenorizada regulación de este instrumento importante para la seguridad del Centro. A pesar de su importancia para poder cumplir con el deber de velar por la vida y seguridad de los internos que pesa sobre la Administración, la LOGP tan solo hace una simple referencia en su art. 23. Detectar objetos peligrosos o sustancias prohibidas no es fácil, de ahí que deba proveerse a la Administración instrumentos para poder llevarlo a cabo su labor.

El Reglamento de 1996 viene a recoger la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta con relación al antiguo RP 1981⁷⁴⁷, y así el art. 68 RP establece los requisitos y forma de llevar a cabo la los cacheos con desnudo integral:

- a) La concurrencia de motivos de seguridad concretos y específicos (motivación).
- b) Cuando existan razones individuales y contrastadas que hagan pensar que el interno oculta en su cuerpo algún objeto peligroso o sustancia susceptible de causar daño a la salud o integridad física de las personas o de alterar la seguridad o convivencia ordenada del Establecimiento (excepcionalidad y proporcionalidad).
- c) Autorización del Jefe de Servicios.
- d) Realización por funcionarios del mismo sexo que el interno.
- e) En lugar cerrado sin la presencia de otros internos.
- f) Preservando, en todo lo posible, la intimidad.
- g) Parte escrito.

Tiene además esta medida un carácter además residual, en el sentido que sólo quepa acudir a este recurso cuando no quepan otros, especialmente de tipo electrónico⁷⁴⁸.

.....
⁷⁴⁷ SSTC 57/1994, de 28 de febrero; 204/2000, de 24 de julio; y 218 /2002, de 25 de noviembre.

⁷⁴⁸ STC 57/1994, de 28 de febrero.

El Tribunal Constitucional ha considerado que el art 18.1 CE configura el derecho a la intimidad como un derecho fundamental, estrictamente vinculado a la propia personalidad, y que deriva, sin duda, de la dignidad de la persona humana que el art. 10.1 CE reconoce, derecho que entrañaría la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario —según las pautas de nuestra cultura— para mantener una calidad mínima de vida humana. La intimidad personal forma parte la intimidad corporal, de principio inmune en las relaciones jurídico-públicas que aquí importan, frente a toda indagación o pesquisa que sobre el propio cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona. Quedaría así protegido por el ordenamiento el sentimiento de pudor personal, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la propia comunidad.

En el ámbito penitenciario la restricción de la libertad implica la limitación del derecho a la intimidad, pero este sacrificio no puede ir más allá de lo que la ordenada vida en prisión requiere. Si bien es admisible el recurso a esta medida, sin embargo ello ha de responder a una adecuada ponderación de los intereses en juego, por un lado la seguridad y buen orden del centro, por otro el importante sacrificio de la intimidad que implica. Para su eventual control judicial posterior, es muy importante la fundamentación de la medida por parte de la Administración, debiendo responder a una motivación concreta y específica, no a una genérica invocación de la seguridad.

La medida de cacheo con desnudo integral es admisible en aras al deber que pesa sobre la Administración de velar por el orden y seguridad de los establecimientos, si bien dicha decisión ha de estar debidamente motivada para permitir su ulterior control judicial, amén de hacer una ponderada valoración de los intereses en juego, debiéndose recurrir a tal medida con carácter subsidiario y llevarse acabo de forma que lesione en la menor medida la intimidad del interno. Es por ello que habrá de suministrarse algún elemento para cubrir la desnudez, sin que puedan imponerse exigencias que impliquen una mayor intromisión en ese derecho, tales como la realización de flexiones.

Pues bien, de esta doctrina se deduce el carácter subsidiario de este recurso, por lo que ha de darse preferencia al empleo de medios técnicos tales como raquetas o arcos detectores.

4. Rayos X

El recurso a los Rayos X en orden a determinar la presencia de objetos prohibidos en el cuerpo de los internos es una técnica que entra en colisión con el derecho a la intimidad del art. 18 CE y a la integridad física del art. 15 CE.

Sobre la posibilidad de recurrir a esta técnica en el medio penitenciario se ha pronunciado el Tribunal Constitucional⁷⁴⁹. Tras constatar una vez más que la relación jurídico penitenciaria se configura como una relación de sujeción especial, lo cual implica que el interno se integra en una institución preexistente que proyecta su autoridad sobre quienes, al margen de su condición común de ciudadanos y como consecuencia de la modificación de su status libertatis, adquieren el estatus específico de individuos sujetos a un poder público, que no es el que, con carácter general, existe sobre los ciudadanos libres, origina un entramado de derechos y deberes recíprocos de la Administración Penitenciaria y el recluso, se concluye que de un lado

.....
⁷⁴⁹ STC 35/1996, de 11 de marzo.

surge la obligación esencial de la institución penitenciaria, a la que se encomienda como finalidad primordial, entre otras, la retención y custodia de los internos, de garantizar y velar como repetidamente se cuida de señalar la legislación penitenciaria por la seguridad y el buen orden regimental del centro, y de otro lado, el correlativo deber del interno de acatar y observar las normas de régimen interior reguladoras de la vida del establecimiento.

Para cumplir con esos fines la Administración ha de contar con instrumentos, entre otros, los cacheos, art. 23 LOGP, dentro de los cuales se enmarcaría el eventual uso de los Rayos X o técnicas similares.

Para ello han de concurrir una serie de requisitos:

- a) Que la actuación sea necesaria, en atención no sólo a genéricas razones de seguridad, antes bien, considerando datos tales como el historial del interno o las concretas circunstancias concurrentes.
- b) Adecuada a finalidad perseguida.
- c) Proporcional, en el sentido de emplear aquéllos medios que en menor medida lesionen o restrinjan los derechos fundamentales de la persona.
- d) Que el medio empleado no ofrezca riesgo, por no implicar peligro para la salud y la integridad física, lo cual pudiera darse si su empleo tuviese lugar con excesiva intensidad, las sesiones fuesen excesivamente frecuentes y no separadas por el tiempo adecuado y se practicasen en forma técnicamente inapropiada o sin observar las garantías científicamente exigibles.

Hay que tener en cuenta que, para el caso de negativa del interno, de forma que exteriorice una voluntad que haga inviable el empleo de esta técnica, puede dar lugar al uso por el tiempo preciso de una celda ciega hasta que expulse el cuerpo extraño.

Un problema que se presenta en la práctica es el referente a cuál es la autoridad judicial competente a la hora de autorizar este recurso. Cabrían dos soluciones, el Juez de Instrucción o el Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Está claro que si estamos en el curso de una investigación penal, la competencia sería del primero, como lo es cuando se persigue el descubrimiento de un delito que tenga por objeto, por ejemplo el tráfico de sustancias prohibidas, más cuando se trata de una actuación puramente regimental, piénsese la persecución de un consumo de droga o un objeto prohibido que pone en riesgo la integridad de otros internos, la competencia correspondería al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. No obstante hay casos dudosos, sirva de ejemplo, cuando no se sabe si la cantidad de droga que el interno tiene en su cuerpo alcanza la cantidad precisa para considerarse que no es autoconsumo.

III. Tecnología y Comunicaciones con el Exterior

1. Llamadas telefónicas

Las comunicaciones de los internos con el exterior son un elemento especialmente relevante para su reinserción en la medida en que son un instrumento de mantenimiento de su integración socio-familiar. Como señala el Tribunal Constitucional⁷⁵⁰, el derecho a comunicar

.....
⁷⁵⁰ SSTC 175/1991, de 16 de septiembre; y 200/1997, de 24 de noviembre.

tiene una incidencia sustancial en el desarrollo de la personalidad de los internos, pues mediante las comunicaciones orales y escritas con otros sujetos, la persona privada de libertad no queda reducida exclusivamente al mundo carcelario y ello le permiten relacionarse con el exterior y, en definitiva, prepararse para su futura vida en el seno de la sociedad.

El espectacular desarrollo de la telefonía, especialmente de los teléfonos móviles, choca con la particular regulación del uso de estos elementos en el medio penitenciario. La privación de la libertad que implica la pena de prisión y, eventualmente la medida cautelar de prisión provisional, comporta como reflejo de aquélla, la restricción del contacto con el exterior, si bien no la anulación.

El art. 51.4 LOGP remite al desarrollo reglamentario de las comunicaciones telefónicas, tanto en los supuestos, como en las garantías con las cuales se han de realizar. Es el art. 47 RP el que fija el contenido del derecho en unos términos muy restrictivos⁷⁵¹.

Ha de afirmarse que no hay propiamente un derecho del interno a comunicar libremente por este medio, antes bien precisa la autorización del Director, exigiéndose la concurrencia de alguno de los supuestos previstos en la norma.

Es obvio pues que en el medio penitenciario no cabe el empleo de teléfonos personales, sino que ha de utilizarse el servicio proporcionado por la Administración, actualmente a través de un determinado y concreto operador. Frente a la utilización durante largos años de las cabinas telefónicas al uso, se ha procedido desde el año 2005 a la implantación de un sistema que permite llevar a cabo el uso de este medio de comunicación con mayor amplitud, mayor control y economización de medios personales.

El sistema, que funciona con una tarjeta personalizada, que es recargada por el interno, permite llamar exclusivamente a diez números de teléfono concretos. Estos números son facilitados por el interesado, junto con la documentación acreditativa de su titular, debiendo ser sometidos a autorización por la Dirección del Centro.

Las ventajas del sistema son evidentes:

- a) Permite un mayor número de llamadas, aspecto este en el cual claramente se está vulnerando a favor del recluso la regulación reglamentaria.

.....
⁷⁵¹ Art. 47 RP Comunicaciones telefónicas

1. Podrá autorizarse la comunicación telefónica de los internos en los siguientes casos:

a) Cuando los familiares residan en localidades alejadas o no puedan desplazarse para visitar al interno.

b) Cuando el interno haya de comunicar algún asunto importante a sus familiares, al Abogado defensor o a otras personas.

2. El interno que, concurriendo los requisitos del apartado anterior, desee comunicar telefónicamente con otra persona, lo solicitará al Director del establecimiento.

3. El Director, previa comprobación de los mencionados requisitos, autorizará, en su caso, la comunicación y se señalará la hora en que deba celebrarse.

4. Las comunicaciones telefónicas, que siempre que las circunstancias del establecimiento lo permitan se efectuarán con una frecuencia máxima de cinco llamadas por semana, se celebrarán en presencia de un funcionario y no tendrán una duración superior a cinco minutos. El importe de la llamada será satisfecho por el interno, salvo cuando se trate de la comunicación prevista en el art. 41.3 de este Reglamento.

5. Salvo casos excepcionales, libremente apreciados por el Director del establecimiento, no se permitirán llamadas desde el exterior a los internos.

6. Las comunicaciones telefónicas entre internos de distintos establecimientos podrán ser intervenidas mediante resolución motivada del Director en la forma y con los efectos previstos en la norma 7 del art. 46.

- b) Permite un mayor control de los tiempos, que quedan registrados, no pudiendo ser alterado por el Funcionario.
- c) Permite una economización de los medios personales, pues el Funcionario no ha de controlar ni los tiempos, ni los destinatarios (anteriormente era él el que tenía que marcar el número).
- d) Evita, para el caso de saltar el contestador, o no ser atendida la llamada, que ésta sea computada.
- e) Evita el desvío de llamadas, cuestión esta que afecta sensiblemente a delincuencias en el ámbito familiar.

Esta cuestión está abordada por la Instrucción 4/2005 de la SGIIPP. La misma prescinde de la autorización específica y de forma general todos los internos pueden efectuar un máximo de cinco llamadas de una duración máxima de cinco minutos, no acumulables. La Orden de 4 de diciembre de 2006 amplía el número de llamadas, primeramente a ocho y ulteriormente a diez en la práctica, con una duración de cinco minutos o un total de 50 minutos semanales.

Llama la atención que de facto las comunicaciones telefónicas se están realizando al margen de lo preceptuado en el Reglamento Penitenciario.

El sistema permite almacenar los datos en memoria de las llamadas durante tres meses, por lo que han de archivar en soporte informático mensualmente en cada Centro.

El registro del interno se hace por módulos, con lo cual el cambio de ubicación implica la correspondiente baja y alta.

2. Videoconferencias

a. Marco normativo

No existe en la normativa penitenciaria previsión alguna en cuanto a la utilización de esta tecnología, siendo la Instrucción 2/2007, la que fija el marco de su implantación en tal medio. A nivel general, por lo que se refiere a las actuaciones judiciales, el art. 229.3 LOPJ y el art. 325 LCRIM, recogen la posibilidad de realizar comparecencias y actuaciones judiciales a través de videoconferencias. Es por ello que con fecha 17 de Mayo de 2006 se suscribió un acuerdo interdepartamental, entre los Ministerios de Justicia e Interior, para la implantación de un sistema de comunicaciones, mediante videoconferencia, entre los centros penitenciarios y las sedes de los Juzgados, Tribunales y Ministerio Fiscal.

El uso de la videoconferencia en el medio penitenciario ofrece muchas posibilidades. Por un lado supone grandes ventajas para la Administración, al permitirle prescindir del traslado de los internos en ciertos casos, bien para la práctica de actuaciones judiciales, bien para la realización de consultas médicas entre distintos centros sanitarios, todo ello con la correspondiente incidencia en la vertiente de seguridad y economía de medios. Por otro lado, desde la perspectiva de los internos, posibilita la comunicación de aquéllos con sus allegados en los casos de imposibilidad de desplazamiento al Centro.

Como señala la Instrucción, “es necesario aprovechar todos los recursos que nos ofrece la incorporación de las nuevas tecnologías en el campo de las telecomunicaciones, que, sin duda, permitirá una adecuada actualización y modernización del sistema penitenciario”.

b. Ubicación y características

Las videoconferencias en los establecimientos penitenciarios tienen lugar en unas salas habilitadas al efecto, normalmente en el departamento de comunicaciones o zonas anejas.

Las salas deben disponer de dos zonas, una para los internos, con capacidad de cinco a diez plazas, y otra separada por una mampara de visión unidireccional, para los Funcionarios, de modo que estos tengan el adecuado control visual.

Estos espacios debe de contar con cámaras de seguridad, especialmente cuando por las características del Centro no es posible instalar la mampara de seguridad citada, así como un sistema de protección del equipo de videoconferencia, al tiempo que un sistema de intercomunicación entre la sala y la cabina de seguridad.

c. Desarrollo de las comunicaciones

Tres son los tipos de comunicaciones que pueden tener lugar en estos espacios: actuaciones judiciales, comunicaciones entre internos y familiares y consultas médicas.

Las actuaciones judiciales tienen lugar a instancia de la Autoridad judicial, y en los términos del art. 229.3 LOPJ.

Las comunicaciones de internos con familiares y allegados tienen como presupuesto la imposibilidad de aquéllos de celebrar comunicaciones ordinarias por residir aquéllos en localidad distinta a la del Centro. La Instrucción, ante la ausencia de normativa específica, establece, además del presupuesto expuesto, que este cauce sólo puede emplearse para comunicar con familiares y allegados íntimos, no por lo tanto con amigos, añadiendo además un requisito temporal, a saber, que en los últimos cuatro meses no se haya realizado ningún tipo de comunicación. Además debe estar implantado el sistema en el centro penitenciario más próximo a la residencia familiar. La periodicidad que se fija es de una videoconferencia cada cuatro meses, con una duración máxima de quince minutos.

Por lo que se refiere a las consultas sanitarias, éstas pueden tener lugar entre establecimientos penitenciarios, entre estos y establecimientos sanitarios públicos o bien con establecimientos sanitarios privados. Para ello ha de tratarse de sistemas de videoconferencia compatibles, que aseguren la confidencialidad, amén de contarse con el consentimiento del interno paciente.

Se podrá contar con el apoyo del personal sanitario del centro, como si de una consulta normal se tratase.

d. Controles de seguridad

La videoconferencia se realiza bajo la supervisión del Funcionario a través de la mampara de seguridad o bien de las cámaras de seguridad instaladas, debiendo comunicar al Jefe de Servicios cualesquiera anomalía y suspender la comunicación en su caso.

Los familiares son también identificados y revisados a través del arco detector, no pudiendo acceder tampoco con bolsos, paquetes o cualesquiera otros tipo de objetos. El incumplimiento o no aceptación de estas normas da lugar a la no celebración de la comunicación, poniéndose en conocimiento del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, en claro paralelismo con el art. 44 RP. En cuanto a las consultas médicas, en todo caso es preceptiva la presencia de personal sanitario penitenciario.

Las actuaciones que se realizan se registran en soporte informático o, en su defecto, en libros destinados al efecto.

IV. Sociedad de la Información y Medio Penitenciario

1. Ordenadores y acceso a la Red.

El art. 129 RP regula el uso de ordenadores personales ligando su empleo por los internos a la actividad educativa o cultural, cuando sean necesarios para su desarrollo, exigiéndose por ello una memoria justificativa de la necesidad avalada por el Profesor o Tutor. De hecho, esa autorización no es ilimitada, pues el Consejo de Dirección puede revocar una autorización ya concedida cuando entienda que esa necesidad ha decaído. Se rechaza así el uso del ordenador para fines lúdicos.

Como es sabido, en el medio penitenciario las razones de seguridad tienen un especial peso, de ahí que no se permita el intercambio de material informático y que la confidencialidad del contenido del ordenador esté restringida, de modo que la negativa a su examen implica la posibilidad de retirada del aquél.

La propia adquisición del ordenador viene condicionada por la obtención de aquéllos a través de un mecanismo controlado por la Administración. El art. 51 RP, bajo la rúbrica Artículos y objetos no autorizados, establece que “se consideran artículos u objetos no autorizados todos aquellos que puedan suponer un peligro para la seguridad, la ordenada convivencia o la salud, las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas salvo prescripción facultativa, los que contengan alcohol y los productos alimenticios, así como los que exijan para su control una manipulación que implique riesgo de deterioro y los expresamente prohibidos por las normas de régimen interior del Establecimiento”. Obviamente, pretender introducir un ordenador desde el exterior comporta la manipulación interna del mismo, lo cual imposibilita esa vía, de ahí que haya de acudir al mecanismo del Demandadero, de modo que en todo momento es la Administración tiene el control sobre el mecanismo de adquisición, y por ello es una garantía de la seguridad.

En cuanto al uso de las redes de comunicación, de internet, está vetado por el art. 129.2 RP, que impide la conexión a aquéllas. El medio penitenciario, por su propia idiosincrasia, implica la restricción del contacto con el exterior, tanto porque ello va implícito en la restricción de la libertad que comporta la pena de prisión, como por elementales motivos de seguridad. Sirva de ejemplo la pormenorizada regulación de las comunicaciones de los internos con el exterior. Lógicamente si se permitieran el acceso a las redes, la normativa citada no pasaría de ser papel mojado y carecería en gran parte de sentido. Pero es que además el intercambio de información que tiene a través de este medio, tanto en un sentido como otro, podría poner en peligro la

seguridad del propio centro, amén de fomentan en muchos casos las prácticas delincuenciales (piénsese en el tráfico de drogas, delincuencia económica...), cuando no la dirección de las mismas desde el propio establecimiento penitenciario.

Lógicamente el ámbito de aplicación del precepto se construye al uso de los ordenadores personales, pero en modo alguno se refiere a la imposibilidad de habilitar programas por parte de la propia Administración con el apoyo de tan relevante instrumento.

Como reflejo de esta prohibición está vetado el uso de cualesquiera dispositivo que tenga elementos de conexión a la red tales como tablets, reproductores de música, televisores con tal dispositivo, etc...

2. Acceso a los medios de comunicación (TV)

La limitación del acceso genérico a la información es una consecuencia propia de la privación de libertad, tal y como afirma el Tribunal Constitucional⁷⁵². Ya se ha señalado que queda vetado todo acceso a las modernas formas de presentación de la prensa en sus versiones digitales, pero en ciertas circunstancias cabe incluso denegar el uso de elementos tan comunes como es la televisión. Precisamente la sentencia citada se refiere a un supuesto en el cual no se permite a un interno poseer un televisor, lo cual implica lógicamente una importante restricción en cuanto al acceso a un medio de comunicación, probablemente el más popular. Sin embargo, se entiende que tal medida cuenta con cobertura legal, citándose los art. 10 LOGP y arts. 18 y 46 del Reglamento Penitenciario de 1981 (que era el que estaba en vigor cuando acontece el hecho) y que resulta proporcional en atención a la peligrosidad del interno en aras a preservar la seguridad.

V. La Tecnología al Servicio de la Clasificación Penitenciaria

Uno de los aspectos más característicos del sistema de clasificación es su correlación con el régimen de cumplimiento, arts. 10 y 72 LOGP y arts. 90, 100 y 101 RP: a los internos clasificados en primer grado se les aplican las normas del régimen cerrado; a los de segundo grado, las del régimen ordinario; y a los de tercero, las del régimen abierto.

Del anterior enunciado pudiera pensarse que estamos antes un sistema rígido, de compartimentos estancos, primero, segundo y tercer grado. Mas no ha de llevarse a engaño, pues hay un principio que alcanza notable desarrollo con el Reglamento Penitenciario de 1996, el principio de flexibilidad, que trastoca todo el sistema, el cual permite romper los rígidos moldes del sistema clasificatorio tradicional, permitiendo combinar las diversas características de los grados de clasificación. Tal principio, lógicamente, tiene que tener una apoyatura legal, pues de no ser así, por muy satisfactorio que en ocasiones pudiera resultar su aplicación, no podría tener acomodo en una norma meramente reglamentaria. Es el art. 71 LOGP el que sirve de punto de partida de este principio, la supeditación del Régimen al Tratamiento, la consideración de aquel como medio y de este último como fin⁷⁵³.

.....
⁷⁵²STC 119/1996, de 8 de julio.

⁷⁵³Art. 71 LOGP. En el fin primordial del régimen de los establecimientos de cumplimiento es lograr en los mismos el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento; en consecuencia, las funciones regiminales deben ser consideradas como medios y no como finalidades en sí mismas.

Y fruto de ello es que el Reglamento Penitenciario de 1996 introdujera el llamado principio de flexibilidad en el apartado segundo del art. 100⁷⁵⁴. aprobación judicial y en orden a evitar un posible uso torticero de tal posibilidad por los riesgos que entraña.

Manifestaciones del principio de flexibilidad son, además del citado art. 100 RP, algunas formas especiales de ejecución, y entre ellas, sin lugar a dudas, el art. 182 RP, el cumplimiento en unidades extrapenitenciarias, lo que supone que se está cumpliendo una pena privativa de libertad, pero al margen de la Institución Penitenciaria, pero con un presupuesto claro, el seguimiento de un programa de deshabitación.

Dentro de este planteamiento cabe incardinar el art. 86.4 RP relativo a las salidas del establecimiento en el caso de internos clasificados en tercer grado, precepto que tras disponer que los internos podrán salir del Establecimiento para desarrollar las actividades laborales, formativas, familiares, de tratamiento o de otro tipo, que faciliten su integración social, que tales salidas deberán ser planificadas y reguladas por la Junta de Tratamiento, señalando los mecanismos de control y seguimiento que se consideren necesarios, de acuerdo con lo establecido en el programa de tratamiento, que el horario y la periodicidad de las salidas autorizadas serán los necesarios para realizar la actividad y para los desplazamientos, fija el tiempo mínimo de permanencia en el Centro será de ocho horas diarias, debiendo pernoctarse en el Establecimiento, si bien se establece in fine, como excepción al tiempo mínimo de permanencia, que si, de modo voluntario, el interno acepta el control de su presencia fuera del Centro mediante dispositivos telemáticos adecuados proporcionados por la Administración Penitenciaria u otros mecanismos de control suficiente, en ese caso sólo tendrán que permanecer en el Establecimiento durante el tiempo fijado en su programa de tratamiento para la realización de actividades de tratamiento, entrevistas y controles presenciales.

Como señala la Instrucción 13/2006, el art. 86.4 RP llega a posibilitar una forma específica de cumplir condena en régimen abierto: el interno no reside en un Centro de Inserción Social, Sección Abierta, Unidad Dependiente o Institución específica extrapenitenciaria, a los que deba acudir con la periodicidad y duración fijados en su programa de tratamiento, sino que se encuentra plenamente inmerso en su contexto familiar o comunitario y sujeto a los dispositivos telemáticos u otros mecanismos adecuados de control que establezca la Administración y acepte aquél de forma voluntaria. Esta modalidad de vida supone la potenciación de los principios inspiradores del régimen abierto recogidos en el art. 83.2 RP: atenuación de medidas de control, autorresponsabilidad del penado, normalización e integración social, evitación de la desestructuración familiar y coordinación con las instancias comunitarias de reinserción. Precisamente, ante la parquedad, por no decir nula regulación que se hace de esta última posibilidad, surgen las dudas de interpretación. Y así, por citar un ejemplo, la AP Bilbao en Auto de 25 de noviembre de 1998, entiende que el único requisito para la aplicación de ese precepto es la mera aceptación voluntaria por parte del individuo, rechazando expresamente las valoraciones acerca de naturaleza del delito, cuantía de la pena

.....
⁷⁵⁴ Art.100.2 RP. No obstante, con el fin de hacer el sistema más flexible, el Equipo Técnico podrá proponer a la Junta de Tratamiento que, respecto de cada penado, se adopte un modelo de ejecución en el que puedan combinarse aspectos característicos de cada uno de los mencionados grados, siempre y cuando dicha medida se fundamente en un programa específico de tratamiento que de otra forma no pueda ser ejecutado. Esta medida excepcional necesitará de la ulterior aprobación del Juez de Vigilancia correspondiente, sin perjuicio de su inmediata ejecutividad

o necesidades de protección personal, no entrando en las valoraciones en cuanto a los riesgos de quebrantamiento de los fines de la pena privativa de libertad, arguyendo el principio de legalidad. Frente a esa tesis está otra, que, por ejemplo se plasma en Auto de 24 de septiembre de 1998 del JVP Alicante, o el de 23 de agosto de 1999 del JVP Málaga, según la cual esa excepción ha de estar fundada en razones laborales o familiares incompatibles con el tiempo mínimo de permanencia.

Conviene, profundizar en esta en las razones del porqué de esta postura y especialmente rechazar la superficial interpretación hecha en la resolución de la Audiencia Provincial citada, destacándose la especialmente desafortunada cita que hace del principio de legalidad, como luego se concluirá.

Pero una cosa es el principio de flexibilidad, que responde a necesidades muy concretas, que es la excepción a una pauta, y otra cosa bien distinta el vaciamiento de la forma ordinaria de cumplimiento del tercer grado, el régimen abierto, que en definitiva es lo que postula la resolución de la AP Bilbao. La legalidad del art. 86.4 RP solo se sostiene en una interpretación sistemática del Ordenamiento Penitenciario y su norma rectora superior, la Ley Orgánica General Penitenciaria. Y si no se cumple esa legalidad superior, precisamente por eso está en otra norma de rango orgánico, la Ley Orgánica del Poder Judicial, el art. 6 de la misma, para que los Juzgados y Tribunales inapliquen la misma.

Este es el criterio seguido en la Instrucción 13/2006 y así señala que la aplicación del régimen de vida previsto en el art. 86.4 RP viene justificada por la existencia de circunstancias específicas de índole personal, familiar, sanitaria, laboral, tratamental u otras análogas que, para su debida atención, requieren del interno una mayor dedicación diaria que la permitida con carácter general en el medio abierto.

Como factores a considerar en la valoración a realizar se señalan:

- a) Haber obtenido una valoración positiva en las diferentes evaluaciones relativas al cumplimiento de los objetivos de su programa individualizado de tratamiento.
- b) Existencia de factores que favorezcan una integración socio-laboral.
- c) Existencia de un pronóstico favorable de reinserción social.

La aplicación de este artículo en cualquiera de sus supuestos podría producirse en la propuesta de clasificación inicial en tercer grado o en la progresión de grado si reúne los requisitos anteriormente citados.

Especialmente se contemplan dos supuestos, a saber, el de las madres con hijos y el de la convalecencia médicas. En el primer caso la aplicación del régimen específico de vida encuentra su justificación y, al tiempo, sus límites en garantizar la atención integral por parte de la madre -o del padre, en ausencia de aquélla, siempre que se acredite que los hijos se encuentren a su cargo y cuidado- a los hijos menores. En el segundo supuesto la previsión del art. 86.4 RP viene justificada por la debida atención al derecho a la salud de los internos, recogido en el art. 3.4 LOGP su finalidad es permitir al penado en tercer grado la recuperación en su domicilio de una enfermedad o intervención quirúrgica, siempre que la misma no pueda llevarse a cabo con las mismas garantías en el establecimiento de destino, teniendo un carácter transitorio.

Las medidas de seguimiento a aplicar, al amparo del art. 86.4 RP, poseen una doble finalidad, de tutela y control: persiguen garantizar que el interno pueda cumplir realmente las condiciones y objetivos de su programa de tratamiento y que la Administración, responsable del mismo y de la propia ejecución penal, mantenga en todo momento el conocimiento y control sobre ambos extremos.

La medida ordinaria de control es la inclusión del interno en el sistema de monitorización electrónica, con la instalación de los adecuados dispositivos de localización telemática. Este sistema ofrece a la Administración Penitenciaria una información segura sobre la presencia o no del interno en un lugar preestablecido dentro de los límites horarios fijados en su programa de seguimiento. En todo caso se precisa el consentimiento del interno.

Para la aplicación de medidas de localización telemática se tendrán en cuenta las siguientes disposiciones específicas:

- a) El interno debe poseer en su domicilio la infraestructura adecuada para que pueda instalarse en él el dispositivo de localización y comunicación que arbitre la Administración Penitenciaria.
- b) El interno debe aceptar de forma expresa someterse a las condiciones de aplicación de los dispositivos telemáticos que establezca la Administración, de las que habrá sido suficientemente informado con anterioridad. Los miembros adultos de la unidad familiar que residan en el domicilio en el que se lleve a cabo la instalación deben mostrar, de forma igualmente expresa, su consentimiento con el establecimiento y desarrollo de esta medida.
- c) El interno será responsable del correcto uso y cuidado de los elementos técnicos instalados en su domicilio y en su persona, quedando obligado a mantenerlos en todo momento a disposición de la Administración Penitenciaria.
- d) El tiempo de permanencia obligada y controlada en el domicilio será, como norma general, de ocho horas diarias. Las excepciones a dicha norma deberán venir justificadas sobre la base del programa individualizado de tratamiento.
- e) Los efectos de la resolución que autorice el régimen de vida regulado en la presente instrucción se contraerán al momento en que se encuentren instalados y operativos los adecuados dispositivos de control telemático en el domicilio del interno.

Al margen de la utilización de estos mecanismos de control en el ámbito del tercer grado cabe también su empleo en el ámbito de los permisos, especialmente en el campo de la violencia de género/familiar, si bien el uso de estas técnicas no puede ser sino una garantía adicional, más no un elemento a considerar para posibilitar el acceso a ellos.

IV. Bibliografía

📖 VICENTE GARRIDO, PER STANGELAND Y SANTIAGO REDONDO, Principios de Criminología, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999.

📖 Ley Penitenciaria Español

📖 Reglamento Penitenciario Español

📖 Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español

STC 89/2006, de 27 de marzo de 2006; 55/1996, de 28 de marzo; 161/1997, de 2 de octubre; 11/2006, de 16 de enero; STC 57/1994, de 28 de febrero; STC 69/1999, de 26 de abril; SSTC 150/1991, de 4 de julio; 119/1996, de 8 de julio; 28/1988, de 23 de febrero; 19/1988, de 16 de febrero; STC 114/1984, de 29 de noviembre. STC 200/1997, de 24 de noviembre.

● JAQUE MATE A LA LEY ORGÁNICA 1/1979, GENERAL PENITENCIARIA ESPAÑOLA

»
María Acale Sánchez

Sumario

I. Introducción. II. Evolución histórica. III. El Código penal de 1995 y sus posteriores reformas. IV. El periodo de seguridad (tarifa penitenciaria plana). V. Los nuevos criterios para la clasificación o progresión hacia el tercer grado de tratamiento penitenciario. V.1 La satisfacción de la responsabilidad civil. V.2 La colaboración con la Administración de justicia. VI. La reforma de los arts. 76 y 78 del Código penal. VII. La reconversión de la libertad condicional en libertad condicionada. VIII. El reconocimiento de derechos penitenciarios a la víctima del delito. IX. La reintroducción de la cadena perpetua bajo el nombre de prisión permanente revisable. X. Conclusión. Bibliografía.

I. Introducción

El sistema progresivo de ejecución de penas privativas de libertad consagrado en la Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria (en adelante: LOGP)⁷⁵⁵, cuyo fin esencial es el de alcanzar la reinserción social del condenado, ha sufrido a partir de las reformas del Código penal operadas desde 2003 un ataque de muerte, hasta el punto que hoy puede considerarse en sentido técnico que a pesar de las apariencias, ha sido sustituido por un nuevo régimen de ejecución en el que se tienen en consideración por una parte, más que las características del autor del delito, las características del delito cometido, así como del grupo en el que el autor del mismo forma parte (“los terroristas”, “los traficantes de drogas”, “los maltratadores de mujeres”, “los agresores sexuales”), y por la otra, la duración de la pena impuesta en la sentencia, que tiende progresivamente a coincidir con el tiempo de cumplimiento efectivo dentro de la prisión. Se trata pues de un sistema no progresivo de ejecución cuyo referente ya no es el autor, sino un grupo.

Sin duda alguna, estas reformas operadas en el ámbito penitenciario calzan perfectamente con las reformas que también se han operado en el ámbito del Derecho penal sustantivo, en el que en lo que aquí interesa, el principio de culpabilidad clásico, entendido como la imputación subjetiva del hecho al autor, ha sido sustituido por otro de corte colectivo, en virtud del cual se tienen en consideración por un lado, las demandas punitivas de la sociedad y por el otro las características del grupo de autores en el que con la comisión del delito entra el delincuente, cuya dignidad personal se posterga a favor supuestamente de la dignidad personal de las víctimas, que desde entonces han quedado complementemente enfrentada a aquellos, como si ser autor de delito o si ser víctima de delito estuviera presente en el ADN de cada uno.

La finalidad de este estudio no es otra que constatar el sutil desmantelamiento de un sistema penitenciario que, que se sepa, no debía suponérsele fracasado porque se da la circunstancia de que las sucesivas tajadas que del mismo se han ido extrayendo se han producido en momentos en los que el índice de delincuencia disminuía: el proceso vivido en España se basa, simplemente, en el hecho de que el legislador español ha utilizado el Derecho penal y el Derecho penitenciario para alcanzar otros fines que no tienen nada que ver con los que

.....
⁷⁵⁵ Véanse principalmente los arts. 62.c), 63, 65.2 y el art. 72 así como los correlativos del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento penitenciario.

persigue la pena privativa de libertad. En otros términos, la razón de este proceso no es otra que la utilización de la pena de prisión y de su ejecución con fines políticos: satisfacer a eventuales votantes que sin duda alguna, en un Estado en el que se busca con insistencia la identificación de los votantes con las víctimas de los delitos, prefieren un Código penal más seguro, por injusto que sea con los agresores si aparentemente protegen más a la sociedad, aunque paradójicamente, lo hagan peor.

El proceso de desbroce del sistema progresivo de ejecución de la pena privativa de libertad comenzó en 2003. En particular, la LO 7/2003 vino a inaugurar un año de reformas penales que ha sido calificado por Landrove Díaz como “el annus horribilis para el Derecho penal español”⁷⁵⁶. Sobre todo, de su Exposición de motivos se deducía que aquel catálogo político criminal contenido en la Constitución es fácilmente manipulable por los legisladores, que representan en democracia al conjunto de los ciudadanos y para quienes es rentable políticamente dejarse arrastrar por el populismo⁷⁵⁷, que es el que determina no ya cuáles son las infracciones más graves, sino las “especialmente odiosas para la colectividad social”⁷⁵⁸.

Entre otras cosas, por ejemplo, allí se establece que su finalidad es la de resaltar el principio de seguridad jurídica y la de lograr una lucha más efectiva contra la criminalidad, respetando el principio de legalidad penal tanto en la fase de determinación legal de las conductas y de las sanciones, así como durante la ejecución de las penas. En ella son constantes las referencias al marco penal constitucional. Así, en su punto I, se mencionan los artículos 9.3 y 25 Constitución (en adelante, CE), los principios de legalidad, tipicidad, seguridad jurídica; también en el punto IV se proclaman “los principios constitucionales de cumplimiento de las penas” y se afirma que en la práctica, “las reglas que el Código penal estableció con el fin constitucional de dar cumplimiento a principios generales del ordenamiento jurídico penal se están utilizando, para vulnerar dichos principios y convertirse por parte de los terroristas en instrumentos que utilizan a su favor en su constante vulneración de las reglas del Estado de Derecho”. La insistencia de la Exposición de Motivos de la LO 7/2003 en el respeto al principio de legalidad olvida que el mero recurso al “ideal” de la legalidad, no garantiza que se trate de una ley legítima⁷⁵⁹.

Se guardaba silencio no obstante en torno al principio constitucional esencial en materia de ejecución de penas: el de resocialización del delincuente, el verdadero caballo de batalla de todas las reformas llevadas a cabo en materia de ejecución de la pena⁷⁶⁰. Al amparo de dicha fundamentación constitucional, se endurecieron las condiciones de cumplimiento de las penas privativas de libertad para –especialmente– los condenados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, convirtiendo al condenado en un mero

756 G. LANDROVE DÍAZ, *El nuevo Derecho penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 82.

757 D. VARONA GÓMEZ, “Ciudadanos y actitudes punitivas: un estudio piloto de población universitaria española”, en *Revista Española de Investigación Criminológica*, www.criminologia.net, 2008/6, y ss; G. Landrove Díaz, *El nuevo Derecho penal*, cit., pp. 57 y ss.

758 J.A. BRANDARIZ GARCÍA, *Política criminal de la exclusión*, ed. Comares, Gradana, 2007, p. 95.

759 E.R. ZAFFARONI, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, cit., ed. EDIAR, Buenos Aires, 2009, p. 24.

760 En extenso, sobre el concepto de resocialización, véase por todos: B. Mapelli Caffarena, *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, ed. Bosch, Barcelona, 1983, en especial, pp. 99 y ss.

actor de la pantomima social de la ejecución de la pena, como consecuencia de la introducción de criterios preventivo generales negativos en una fase en la que deben primar exclusivamente criterios penitenciarios, y de revestir a la víctima de poderes en el ámbito de la ejecución de la pena privativa de libertad, poderes que en exclusiva deberían pertenecer al Estado⁷⁶¹. Por ello, la reforma practicada como afirmaba Terradillos Basoco, “dificilmente puede convivir con el art. 25 de la Constitución”⁷⁶².

Como el propio nombre de la ley indicaba, su contenido no sólo es ajeno a criterios preventivo especiales, sino que con ella simplemente se pretendió que la pena y la forma de cumplimiento fuera más costosa para el condenado: supuso en su momento una extra limitación del *ius puniendi*, lo que la ilegítimaba en un Estado Democrático de Derecho⁷⁶³.

Las leyes de reforma que le han sucedido en el tiempo, simplemente se han limitado a dar cuerpo a aquellos principios. Y hoy, simplemente, nos limitamos a constatar sus perturbadores efectos.

II. Evolución histórica

En España, el catálogo de penas ha fluctuado en función de los momentos históricos⁷⁶⁴. Así, desde el Código penal de 1822 se consagró la pena de muerte como la más grave. Dicha pena, asociada a los considerados entonces como los delitos también más grave, ha estado presente en el ordenamiento jurídico español de forma continuada hasta el Código penal republicano de 1932, momento en el que sale del arsenal punitivo. Posteriormente, se volverá a introducir a través de la Ley de 11 de octubre de 1934 para determinados delitos de terrorismo y bandolerismo⁷⁶⁵. La Ley de 5 de julio de 1938 reintrodujo en el Código español la pena de muerte: en su preámbulo se afirmaba que la desaparición de esta pena de nuestra legislación “no se compagina con la seriedad de un Estado fuerte y justiciero”⁷⁶⁶. Su ejecución ha estado rodeada siempre de tal simbolismo que terminaba por constatar que no se trataba más que de un rito: el rito de la pena de muerte⁷⁶⁷. Su sucesora en gravedad en el tiempo, la prisión, parece que no ha podido nunca desligarse de dicho simbolismo.

761 G. PORTILLA CONTRERAS, *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 325. En su opinión, “lo contrario supondría el advenimiento de funciones de la pena meramente vindicativas”. G. Landrove Díaz, *El nuevo Derecho penal*, cit., p. 60.

762 J.M. TERRADILLOS BASOCO, “*La Constitución penal. Los derechos de la libertad*”, en J.R. Capella Hernández (dir.), *Las sombras del sistema constitucional español*, ed. Trotta, Madrid, 2003, cit., p. 376; véase N. García Rivas, *El poder punitivo en el Estado democrático*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996, p. 97.

763 Ver M.M. DÍAZ PITA Y P. FARALDO CABANA, “*La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas del Código penal de 1995*”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 2002/7, p. 126; J.L. Díez Ripollés, “*El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena*”, en AA.VV., *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Universidad de Educación a Distancia, Madrid, 2001, p. 123.

764 Sobre la evolución de la pena privativa de libertad en España, véase: L. Rivera Beiras (dir.), *La cuestión carcelaria. Historia, Epistemología, Derecho y Política penitenciaria*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, pp. 3 y ss; M. Acale Sánchez, *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho. Especial referencia al tratamiento penológico del delincuente imputable peligroso*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 29 y ss.

765 M. BARBERO SANTOS, *Pena de muerte (el ocaso de un mito)*, ed. Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 191.

766 M. BARBERO SANTOS, *Pena de muerte (el ocaso de un mito)*, cit., p. 193.

767 Bastaría con releer las amplias disposiciones que le dedican cada uno de los Códigos penales que la han incluido en su articulado,

La historia de la pena de muerte en el Derecho penal español, acaba con la aprobación de la CE de 1978, que en su art. 15 la declara abolida, “a excepción de lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempo de guerra”. El mismo año de 1995 no sólo se aprueba el Código penal vigente en el que se aprovecha para eliminarla del elenco de penas en el que todavía se encontraba literalmente incluida, sino que simultáneamente se modifica el Código penal militar a través de la LO 11/1995, de 27 de noviembre, de abolición de la pena de muerte en tiempo de guerra. Su Exposición de Motivos argumenta que la admisibilidad constitucional de la pena capital en tiempos de guerra, “como tal excepción constitucional, no resulta obligada o imperativa sino que el legislador dispone de plena libertad para abolirla”. En uso de esa libertad, y conforme a la propia pauta de la legislación de los Estados modernos en los últimos años y al espíritu y propósito del Segundo Protocolo facultativo al Pacto Internacional relativo a los derechos civiles y políticos, de la Resolución 1.044 y de la Recomendación 1.246 adoptadas por la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa, el 4 de noviembre de 1994, la presente Ley declara abolida la pena de muerte en el Código Penal militar, único texto legal que la contempla como pena alternativa a determinados delitos cometidos en tiempo de guerra, y suprime todas las referencias legales a la misma, haciéndola desaparecer de nuestro ordenamiento jurídico. Al no haberse cambiado el art. 15 CE, queda abierta la puerta a la reintroducción en el Código Penal militar.

Junto a ella, los Códigos penales han recurrido a la cadena perpetua⁷⁶⁸. En los primeros momentos de la codificación, no se incluía por el nombre que hoy se la conoce, aunque bastaba con acudir al contenido de otras penas, a falta de la etiqueta legislativa, para comprobar como la privación de libertad de por vida era una consecuencia jurídico penal secundaria de la comisión de un delito. Así, el art. 28 del Código de 1822 incluía la pena de “trabajos perpetuos”⁷⁶⁹, que según su art. 47 suponía que “*los reos condenados a trabajos perpetuos serán conducidos al establecimiento más inmediato de esta clase, y en él estarán siempre y absolutamente separados de cualesquiera otros*”, con lo cual presupuesto para ejecutar dicha pena era la privación perpetua de libertad. Pero no era ésta la única pena perpetua que existía en ese Código: en efecto, la deportación, el destierro o el extrañamiento también lo eran⁷⁷⁰. Ahora bien, a pesar de admitir penas que por definición eran perpetuas, el art. 144 preveía un mecanismo para convertirlas en temporales, rebajándolas y conmutándolas por otras, al delincuente “*que se arriente y enmiende*”.

para comprobar lo que se dice. Véase M. Foucault, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, ed. Siglo XXI, Madrid, 2009 (traducción: A. Garzón del Camino), p. 17, donde resalta que el castigo pasó de ser un “espectáculo” público, “*a convertirse en la parte más oscura del proceso penal*”. Hasta entonces, podía hablarse de una verdadera “*liturgia de la pena*” (p. 55; véase también p. 115).

⁷⁶⁸ Sobre la vida en las cárceles españolas a finales del XIX, véase: R. Salillas, *La vida penal en España*, imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1888, edición facsímil a cargo de Jiménez Gil, Pamplona, 1999, en particular, pp. 331 y ss.

⁷⁶⁹ Sobre el papel desempeñado por el trabajo penitenciario, y del paso de su configuración como pena a ser en la actualidad derecho y deber del interno, véase por todos en extenso: J.L. de la Cuesta Arzamendi, *El trabajo penitenciario resocializador. Teoría y regulación positiva*, ed. Caja de Ahorros Provincial de Guipúzcoa, San Sebastián, 1982, en especial, pp. 39 y ss.

⁷⁷⁰ Así, el art. 50 establecía que “el reo condenado a deportación será conducido a una isla o posesión remota, de donde no pueda fugarse, y permanecerá en ella para siempre”.

No es hasta el Código de 1848 cuando nace la pena de “cadena perpetua” con nomen iuris propio, en el interior del art. 24 -después de la pena de muerte y antes del resto de penas privativas de libertad-⁷⁷¹. Su art. 94 señalaba que dicha pena “se sufrirá en cualquiera de los puntos destinados a este objeto en África, Canarias o Ultramar”, poniéndose con ello de manifiesto que no sólo se trataba de privar de por vida al condenado de su libertad, sino de hacerlo en tales condiciones, que le dificultaba -cuando no impedía- el contacto con los miembros de su familia: se aislaba pues completamente al condenado o se “castigaba” a su familia a perseguirlo⁷⁷².

En esta línea, las modificaciones no se producen hasta la aprobación del Código de 1870, momento en el que aunque se siguen distinguiendo entre penas temporales y perpetuas, las “perpetuas”, dejan de serlo. Así el art. 29 establecía que “los condenados a las penas de cadena, reclusión y relegación perpetuas y a la de extrañamiento perpetuo serán indultados a los 30 años de cumplimiento de la condena, a no ser que por su conducta o por otras circunstancias graves, no fuesen dignos de indulto, a juicio del gobierno”. Esta disposición determinó, como regla general, la desaparición de la cadena perpetua, con la excepción de que por la conducta del penado, éste no fuere “digno” de indulto⁷⁷³. En este sentido, como afirmaba Viada y Vilaseca “la regla general es el indulto a los treinta años; la excepción, la mayor prolongación y hasta la perpetuidad de la pena, motivada por el mal comportamiento del penado, o por otras circunstancias graves. El artículo no dice cuáles son estas circunstancias graves; de creer es que en los reglamentos que a su tiempo se dicten para la ejecución de este artículo se determinarán y precisarán estas causas que al indulto se opondan, pues, de lo contrario, sería dejar abierta una ancha puerta a la arbitrariedad gubernamental”⁷⁷⁴, a lo que añadía que el hecho de que el legislador estableciera que “serán indultados”, era tanto como reconocer que lo que “la ley les concede no es una gracia, sino un derecho: el gobierno, cumplidos los treinta años de condena por el reo, sin haber incurrido éste en faltas o delitos nuevos que afeen su comportamiento, y sin que le comprendan estas circunstancias graves, que a su tiempo se fijarán sin duda, debe otorgarle la liberación a que se ha hecho acreedor, sin necesidad de que por el mismo se formalice instancia alguna”⁷⁷⁵.

.....
⁷⁷¹ PACHECO (*El Código penal. Concordado y comentado*, Tomo I, imprenta de la Viuda de Perinat y Compañía, Madrid, 1856, p. 315) se planteaba ya entonces: “¿es justa, es legítima, es conveniente la imposición de penas perpétuas? ¿puede la sociedad apoderarse de esta suerte de un hombre, y matar todo su porvenir, y extinguir en su ánimo toda esperanza? ¿puede decirle con derecho: por mucho que vivas, por mucho que expíes, nunca será bastante tu padecimiento, nunca terminará ni se dará por acabada tu expiación? Francamente lo decimos. Toda pena perpétua tiene para nosotros algo de repugnante, que difícilmente perdonamos por todas las consideraciones que la recomienden”.

⁷⁷² También en 1848 era perpetua la pena de deportación (art. 50). En este sentido, el art. 53 añadía que “los reos condenados a trabajos perpetuos, deportación o destierro perpetuo del reino, se considerarán como muertos para todos los efectos civiles en España”.

⁷⁷³ El art. 129 reproduce el endurecimiento en la forma de cumplimiento de las penas ante el quebrantamiento -o intento de tal-.

⁷⁷⁴ S. VIADA Y VILASECA, *Código penal reformado de 1870*, ed. Tipografía de Manuel Ginés Hernández, Madrid, 1890, pp. 415.

⁷⁷⁵ S. VIADA Y VILASECA, *Código penal reformado de 1870*, cit., pp. 415-416.

En el Código penal de 1928 por lo que se refiere a las penas, éstas pasan a ser literalmente temporales, desapareciendo el nomen iuris “cadena perpetua”⁷⁷⁶. Lo que no significaba sin embargo que la responsabilidad criminal pasara a ser meramente temporal pues en su art. 103 establecía que para los delincuentes habituales e incorregibles, en la forma señalada en el art. 157, entre ellos los multirreincidentes, la medida de seguridad de internamiento posterior al cumplimiento de la pena “por tiempo indeterminado”, esto es, hasta que se corrigiese el penado⁷⁷⁷.

El Código de 1944 si bien reintrodujo -dentro del catálogo de penas- la de muerte, no hizo lo propio con la cadena perpetua. Es más, es en este momento en el que se aprueba la redención de penas por el trabajo en su art. 100⁷⁷⁸, mecanismo que estuvo en vigor hasta que el Código de 1995 decidió eliminarlo. A su amparo miles de personas represaliadas por el Código penal franquista se dedicaron a la construcción de las grandes obras públicas emprendidas después de la guerra civil. Todo hace pensar que si la situación de hambre y pobreza que vivía la sociedad española era grave, en las cárceles dichas carencias se dejaban sentir con mayor crudeza, de forma que lo que intentaba hacer el régimen franquista era vaciarlas de condenados hambrientos, a costa de su trabajo personal, enriqueciéndose con el trabajo ajeno, lo que no era más que una sutil forma de tortura⁷⁷⁹. En esta línea, el art. 17 de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura establece en relación con las edificaciones y obras realizadas mediante trabajos forzados que “el Gobierno, en colaboración con las demás Administraciones públicas confeccionará un censo de edificaciones y obras realizadas por miembros de los Batallones Disciplinarios de Soldados Trabajadores, así como por prisioneros en campos de concentración, Batallones de Trabajadores y prisioneros en Colonias Penitenciarias Militarizadas”⁷⁸⁰.

.....
⁷⁷⁶ Resaltan JIMÉNEZ DE ASÚA Y ANTÓN ONECA (*Derecho penal conforme al Código penal de 1928*, ed. Reus, Madrid, 1929, p. 486) el hecho de que se redujera tanto en el Código de 1928 el catálogo general de penas, “ya que en el de 1870 las penas eran treinta, y en el de ahora quedan reducidas a diez”, a lo que añaden sin embargo que la simplificación es “más aparente que real, porque algunas de las antiguas penas han pasado a llevar con más o menos propiedad el nombre de medidas de seguridad...”.

⁷⁷⁷ J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, ed. Reus, Madrid, 1930, p. 105; L. JIMÉNEZ DE ASÚA Y J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal conforme al Código penal de 1928*, cit., p. 487, donde además de señalar que el hecho de la desaparición formal del nomen iuris “cadena perpetua” no significaba que las sanciones penales fueran de carácter temporal, pues cumplida la pena se podía imponer una medida de seguridad a perpetuidad, se manifiestan a favor de las sentencias indeterminadas: “cuando se trate de un reo incorregible la pena, prolongándose indefinidamente, se convertirá en perpetua”.

⁷⁷⁸ Véase: C. GARCÍA VALDÉS, *Derecho penitenciario* (Escritos, 1982-1989), ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, pp. 231 y ss.; J.C. Grijalba López, “La redención de penas por el trabajo y el adelantamiento de la libertad condicional: la Disposición Transitoria 2ª. a) del Reglamento Penitenciario”, en *Revista de Derecho Penitenciario*, 1995/246, pp. 61 y ss.

⁷⁷⁹ Véase A. DE GIORGI, *El gobierno de la excedencia. Postfordismo y control de la multitud*, De Giorgi, A., *El gobierno de la excedencia. Postfordismo y control de la multitud*, ed. Traficantes de Sueños. Mapas, Madrid, 2006 (traducción: José Ángel Brandariz García y Hernan Bouvier, p. 64.

⁷⁸⁰ Véase: F. MUÑOZ CONDE, “La transformación jurídica de las dictaduras en democracia y la elaboración jurídica del pasado”, en *Revista Penal*, 2008/22, pp. 240 y ss. También véase: J.M. Terradillos Basoco, “La revisión del pasado y la ley de memoria histórica”, en F. Muñoz Conde y T. Vormbaum (dirs.), Humboldt-Kolleg “La transformación jurídica de las dictaduras en democracias y la elaboración jurídica del pasado”, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 245 y ss (publicado también en Alemania: “Die Aufarbeitung der Vergangenheit in Spanien und das Gesetz zur geschichtlichen Erinnerung”, en *Jornal der Juristischen Zeitgeschichte*, 2009/1, pp. 1 y ss). Como afirma Gómez Bravo (“El desarrollo penitenciario en el primer franquismo (1939-1945)”, en *Hispania Nova. Revista de Historia Contemporánea*, 2006/6, <http://hispanianova.rediris.es>, p. 13) la redención de penas por el trabajo, con el adelantamiento correspondiente de la libertad condicional tenía su origen en “su lógica abusiva, de carácter explotador y su persistencia como elemento arcaizante que integra todavía aspectos del control y del defensismo social de los Códigos anteriores de 1928 y 1932”.

Pero la gravedad de la pena a imponer no dependía exclusivamente de la concreta pena establecida por el legislador en la parte especial, según el delito cometido, en la medida en que desde 1822 a las penas principales les han acompañado otras, con carácter accesorio, de forma que el contenido aflictivo de aquéllas se ampliaba considerablemente⁷⁸¹. Si se presta atención a la evolución que ha sufrido la legislación penal española en lo que a las penas accesorias se refiere, es constante su carácter infamante, y con su imposición se pretendía alcanzar la muerte civil del penado como consecuencia de la comisión de un delito⁷⁸².

Finalmente, no pueden dejarse al margen las condiciones de cumplimiento de la pena privativa de libertad, pues, en efecto, no parece difícil comprender que dentro del espacio que supone la prisión, aquellas pueden ir cambiando considerablemente de fisonomía⁷⁸³. En este sentido, las indicaciones contenidas en los sucesivos Códigos penales relativas a la forma de ejecución de las penas privativas de libertad no son muy abundantes, en contraposición a las relativas a la ejecución de la pena de muerte, y las existentes, tenían la finalidad de endurecer la forma de cumplimiento, pues, en efecto, pronto comprendió el legislador la importancia que ello tenía como mecanismo para aumentar materialmente su aflictividad. Así, desde el Código de 1848 se establecían previsiones específicas para quienes quebrantaran sus condenas; caso de que ésta fuera la de cadena perpetua, se “cumplirá esta condena, haciéndole sufrir las mayores privaciones que autoricen los reglamentos, y destinándole a los trabajos más penosos”. Si era condena de reclusión perpetua, “cumplirá su condena llevando una cadena de seguridad por el tiempo de dos a seis años” (art. 124). Idéntico régimen se establecía en los artículos 124 y

781 En este sentido, el Código de 1822 establecía en su art. 30 que “ninguna otra pena lleva consigo la infamia, sino únicamente la de trabajos perpetuos y la de muerte por traición”, añadiendo que la infamia fuera de estos casos, sólo se impondrá como pena principal cuando así expresamente se declare, aunque no se establecía un catálogo cerrado de penas accesorias. El contenido de la pena de infamia quedaba recogido en el art. 74: “el reo a quien se le imponga la pena de infamia, perderá, hasta obtener la rehabilitación, todos los derechos de ciudadano; no podrá ser acusador sino en causa propia, ni testigo, ni perito, ni albacea, ni tutor ni curador sino de sus hijos o descendientes en línea recta, ni árbitro, ni ejercer el cargo de hombre bueno, ni servir en el ejército ni armada, ni en la milicia nacional, ni tener empleo, comisión, oficio, ni cargo público alguno”. Para ser estrictos, es el Código de 1848 el que inaugura el régimen de las penas accesorias, tal y como se conoce en la actualidad (artículos 50 y siguientes). El catálogo de las mismas era amplio, dentro del que se incluía la argolla, la degradación, la interdicción civil, la pérdida o el comiso de los instrumentos y efectos del delito, el resarcimiento de gastos ocasionados y el pago de las costas procesales. Dicho régimen se reproducía en similares términos en los artículos 50 y siguientes del Código de 1850. El Código de 1870 suaviza considerablemente el catálogo de penas accesorias. Así los artículos 53 y siguientes establecían que tanto las penas de muerte, como las privativas de libertad, y las inhabilitaciones, llevaban consigo otras accesorias. Por su parte, el Código de 1928 estableció la regla general en virtud de la cual, su art. 88 preveía que las inhabilitaciones “se impondrán, además, como efectos de otras penas, cuando así lo declare especialmente la ley o lo acuerde el tribunal sentenciador”. El Código de 1932 vuelve a disponer como penas accesorias la interdicción civil y la pérdida o comiso de los instrumentos y efectos del delito (art. 27), así como según el art. 29, “las penas de inhabilitación y suspensión para cargos públicos y derecho de sufragio, son accesorias en los casos en que, no imponiéndolas especialmente la ley, declara que otras penas las llevan consigo”, que en virtud de lo previsto en su art. 44 las penas que llevaban accesorias eran las privativas de libertad, así como en cualquier caso, el comiso (art. 48).

782 Sobre la actual configuración de las penas accesorias y de su reminiscente carácter infamante, véase por todos I. Valeije Álvarez, “La regulación de las penas accesorias en el Código penal de 1995”, en ADPCPP, 2007/60, pp. 243 y ss; de la misma: “La reforma del régimen de la accesoriedad penal. Especial referencia al Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código Penal de 2007”, en J. Álvarez García (dir.), La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp.187 y ss.

783 M. FOUCAULT, *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*, cit., pp. 239 y ss.

siguientes del Código de 1850 y 129 del de 1870; en éste último, se distinguía según se tratara de sentenciados a cadena o reclusión, en cuyo caso se les haría sufrir las mayores privaciones que autoricen los reglamentos por tiempo que no excederá a tres años, si fuere perpetua “no gozarán del beneficio del art. 29⁷⁸⁴ hasta que hayan cumplido la agravación en que la pena se les hubiere impuesto”, y si fuere temporal, “la agravación de pena no pudiere cumplirse dentro del término señalado en la anterior condena, continuarán sujetos a ella hasta extinguir el tiempo de la agravación”⁷⁸⁵.

Respecto a la forma de cumplimiento de la cadena perpetua y temporal, el art. 107 del Código de 1870 establecía que “los sentenciados a cadena temporal o perpetua trabajaran en beneficio del Estado; llevarán siempre una cadena al pie, se emplearán en trabajos duros y penosos, y no recibirán auxilio alguno de fuera del establecimiento”. Viada y Vilaseca resaltaba la humanidad de dicha disposición en comparación con la previsión contenida en el Código de 1850, que a ello añadía “o asida a la de otro penado”, aplaudiendo la supresión pues en su opinión, “basta el grillete sujeto al pie para ignominia y sujeción del delincuente”⁷⁸⁶.

No es hasta la aprobación del Código de 1928 cuando en sus artículos 165 y siguientes se procede a castigar, al margen de regular las formas de ejecución y cumplimiento de las penas, el delito de quebrantamiento de condena: en este caso, se trataba ya de imponer una nueva pena, no ya de agravar la forma de la ejecución de la quebrantada, como hasta entonces.

Especial interés tiene en este momento en el que se examinan los orígenes del moderno Derecho penitenciario español, subrayar que los Códigos penales de 1870, 1928, 1932, así como el de 1944 sancionaban dentro de los sistemas penitenciarios, el sistema progresivo de ejecución de la pena privativa de libertad que, como es sabido, nace en España, entre Valencia y Cádiz⁷⁸⁷ -o entre Cádiz y Valencia, si se mira cronológicamente la sucesión-. Los Códigos anteriores guardaban silencio al respecto. No obstante, la primera norma penitenciaria española, la Ordenanza General de los Presidios del Reino de 14 de abril de 1834⁷⁸⁸, ya esbozó un desarrollo ejecutivo de la pena privativa de libertad, destacando una incipiente clasificación penitenciaria, un régimen paramilitar, el sometimiento a castigos corporales, así como un originario régimen progresivo de ejecución de penas, en lo que a la concesión de premios se refiere, de forma que los condenados podían ver reducida la duración de sus condenas según su propio comportamiento.

.....
⁷⁸⁴ Esto es, el indulto general para los condenados a cadena, reclusión y relegación perpetuas.

⁷⁸⁵ M. ACALE SÁNCHEZ, *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*. Especial referencia al tratamiento penológico del delincuente imputable peligroso, cit., p. 34 y ss.

⁷⁸⁶ S. VIADA Y VILASECA, *Código penal reformado de 1870*, cit., p. 526.

⁷⁸⁷ C. GARCÍA VALDÉS, *Derecho penitenciario (Escritos, 1982-1989)*, cit., pp. 25 y ss.; E. Sanz Delgado, *El humanitarismo penitenciario español del siglo XIX*, ed. EDISOFER, Madrid, 2003, pp. 163 y ss; del mismo, “Los orígenes del sistema penitenciario español: Abadía y Montesinos”, en J.M. Terradillos Basoco, (coord.), *Marginalidad, cárcel, las “otras” creencias: primeros desarrollos jurídicos de “La Pepa”*, ed. Servicio de Publicaciones de la Diputación de Cádiz, Cádiz, 2008, pp. 117 y ss; F. Muñoz Conde, “Penas y medidas de seguridad: monismo versus dualismo”, en el mismo, *Derecho penal y Control social*, ed. Fundación Universitaria de Jerez, Jerez, 1985, pp. 51 y ss.

⁷⁸⁸ Véase al respecto: C. GARCÍA VALDÉS, *La ideología de la reforma penitenciaria española del Siglo XIX*, ed. EDISOFER, Madrid, 2006, pp. 28 y ss.

En este sentido, el art. 303 establecía que “con copia certificada de los asientos del libro de la Mayoría respectiva é informe del jefe, se propondrá por el conducto del subdelegado de fomento respectivo al director general el presidiario que por su mérito particular o trabajo extraordinario, arrepentimiento y corrección acreditada deba ser atendido y premiado con alguna rebaja de tiempo, bajo grave responsabilidad en la exactitud de los informes”, añadiéndose en el art. 304 un periodo de seguridad, en virtud del cual, “no se propondrá para rebaja a los presidiarios que no hayan cumplido sin nota la mitad del tiempo de su condena”⁷⁸⁹.

III. El Código penal de 1995 y sus posteriores reformas

Si se analiza la Exposición de motivos de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, se constatará que el motivo que determinó su nacimiento fue la imperiosa necesidad de adaptar el arsenal punitivo existente entonces a “los valores constitucionales”, al amparo de las “modificaciones de orden social, económico y político”, pues a pesar de las reformas parciales que el Texto refundido del Código penal heredado del franquismo de 1973 había sufrido, lo cierto era que el Estado social y democrático de derecho diseñado por aquélla exigía un Código de nueva planta, que asumiera en sus propios mimbres los valores, principios y, en esencia, el modelo político –criminal- subyacente a aquélla⁷⁹⁰.

Dos son los ejes principales sobre los cuales giraba –y gira- la Exposición de motivos del entonces nuevo Código penal; por un lado, el principio de lesividad exigía que la ley penal se adaptara al conjunto de bienes jurídicos que más o menos expresamente encontraban cobijo en el texto constitucional; por otro, el de necesidad de pena, atendiendo a la obligación de adaptar el “sistema” a “los objetivos que la Constitución le asigna”⁷⁹¹.

Si se presta atención al segundo de los ejes citados, puede decirse que “sistema de penas” es algo mucho más amplio que mero “catálogo de penas”. Por tal puede entenderse el conjunto de mecanismos en virtud del cual, en el marco de la Constitución de 1978, el Código penal adecuaba el arsenal punitivo a aquel momento histórico, en el que la pena de prisión necesariamente debía empezar a ceder su papel protagonista del arsenal punitivo a otras penas. De ahí la importancia que adquirieron entonces los nuevos arrestos de fin de semana o los trabajos en beneficio de la comunidad, así como los mecanismos de suspensión y sustitución de penas⁷⁹², reconociéndose con ello que en aquel momento y en aquellas condiciones, difícilmente la pena privativa de libertad podía cumplir más que el fin de retención y custodia

.....
⁷⁸⁹ Sobre el posterior desarrollo de las normas penitenciarias españolas, vid. por todos: C. García Valdés, *Derecho penitenciario* (Escritos, 1982-1989), cit., pp. 25 y ss; E. Sanz Delgado, *El humanitarismo penitenciario español del siglo XIX*, cit., pp. 163 y ss; J.M. Terradillos Basoco, *Regulación española de las medidas de seguridad y garantías individuales*, ed. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1980, pp. 321 y ss.

⁷⁹⁰ Por todos, véase H. Hormazábal Malareé, “Política criminal en el Estado Democrático”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1984/XXXVII, p. 333; B. Mapelli Caffarena, *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, ed. Bosch, Barcelona, 1983, pp. 131 y ss. Un estudio detallado sobre la transformación del Código penal de 1995 véase en G. Landrove Díaz, *El nuevo Derecho penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 73 y ss.

⁷⁹¹ T.S. VIVES ANTÓN, “*Reforma política y Derecho penal*”, en el mismo, *La libertad como pretexto*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 91.

⁷⁹² M. GARCÍA ARÁN, *Fundamentos y aplicación de las penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 47 y ss; véase el trabajo que coordinan J. Cid Moliné y E. Larrauri Pijoan, *Penas alternativas a la prisión*, ed. Bosch, Barcelona, 1997, en cuya introducción, los autores citados parten del hasta entonces uso abusivo de la prisión y de la posibilidad de optar legalmente por una “política criminal reduccionista” (p. 13).

de detenidos, penados y presos a los que como fines secundarios de la pena privativa de libertad, hace referencia el art. 1 LOGP, en detrimento de la reeducación y reinserción social que, según aquél, es el fin principal al que han de estar dirigidos los esfuerzos de las Instituciones penitenciarias por ella reguladas, así como la única finalidad de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad a la que expresamente se refiere el art. 25 de la Constitución.

Pues bien, de 1995 hasta hoy, la LO 10/1995 ha sufrido una multitud de reformas parciales –unas de mayor calado que otras-, dándose la coincidencia de que cada una de ellas ha vuelto a centrarse en los ejes centrales que dieron lugar a la aprobación del Código de 1995: el catálogo de bienes jurídicos protegidos y el sistema de penas. Tanto cambio parcial del Código en tan pocos años ha determinado que institutos nuevos se vieran prematuramente envejecidos, pues antes de que sobre los mismos existiera una línea de interpretación consolidada por parte de la jurisprudencia, han vuelto a ser objeto de posteriores reformas; esta forma de proceder ha determinado que el jurista –no el político- se planteara si con ellas se perseguía perfeccionar la respuesta punitiva, u otros objetivos no tan político criminalmente correctos: el mero endurecimiento de la respuesta –medida- punitiva⁷⁹³.

El hecho de que cada una de esas reformas parciales del Código fuera acompañada de su “singular” Exposición de motivos, lugar sistemático de la ley, en la que la voluntad del legislador queda al desnudo, provoca un efecto paradójico porque algunas de las sucesivas reformas del Código sólo pueden entenderse con mucho esfuerzo a la luz de los motivos expresados en la Exposición de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. Y es que, en efecto, esa parte de las leyes es propia de cada una de ellas y no se modifica nunca de una vez a otra, en la medida en que se considera que allí se incluyen motivos puramente circunstanciales, en virtud de los cuales, en un concreto momento dado, la voluntad del legislador se expresa sin el corsé al que se somete posteriormente la reforma del texto articulado. De ahí el interés que tiene la lectura sucesiva de todas ellas, porque permite al intérprete cotejar si los motivos que dieron lugar a la aprobación del Código de 1995 –adaptar su contenido a los valores subyacentes a la Constitución de 1978- se mantienen en todas ellas o si se han producido nuevas necesidades sociales que justifican la apertura del horizonte penal hacia nuevos derroteros. Debe subrayarse el hecho de que la LO 1/2015 ha sustituido esa tradicional “exposición de motivos” por un mero “preámbulo” lo que tiene un efecto simbólico muy relevante: el legislador español ya no tiene si quiera necesidad de justificar los motivos por los cuales somete a reforma una ley, de manera que procede a su eliminación y a su sustitución por una especie de preámbulo que no es más que un diálogo consigo mismo: la mera voz de su conciencia.

La lectura conjunta de todas las reformas que ha sufrido el Código penal⁷⁹⁴, así como las que simultáneamente se han practicado de la LOGP⁷⁹⁵, pasado el tiempo, pone de manifiesto que

.....
⁷⁹³ Véanse las críticas que realizan a las sucesivas reformas que ha sufrido el Código penal de 1995 E. Mestre Delgado, “La reforma permanente como (mala) técnica legislativa en Derecho penal”, en La Ley Penal, Revista de Derecho penal, Procesal y Penitenciario, 2004/1, pp. 7 y ss; M.J. Jiménez Díaz, Seguridad ciudadana y Derecho penal, ed. Dikynson, Madrid, 2004, p. 11.

⁷⁹⁴ Fundamentalmente, las operadas a través de las Leyes Orgánicas 7, 11 y 15/2003, 1/2004, 15/2007, 5/2010, 1/2015 y 2/2015.

⁷⁹⁵ Reformas operadas a través de las Leyes Orgánicas 7/2003, así como a través de la LO 5/2003, de 27 de mayo, que procedió a crear la figura de los Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria.

más que prevenir la comisión de delitos, han provocado como consecuencia un claro endurecimiento de la respuesta punitiva. Este efecto se ha logrado no sólo mediante la tipificación de conductas que hasta entonces no eran constitutivas de delito, sino también mediante el recurso más frecuente a la cada vez más afflictiva pena de prisión, en tanto en cuanto se ha procedido a dismantlar institutos puramente resocializadores, como el tercer grado o la libertad condicional. Dicho endurecimiento se constata cuando se comprueba que al día de hoy hay más personas en prisión, por más tiempo y por una pluralidad de figuras constitutivas de delito que requieren una evidente diversificación del tratamiento penitenciario⁷⁹⁶. Todo ello, partiendo del dato que ponen de manifiesto las estadísticas: y es que no ha aumentado el número de ingresos en prisión, sino que las personas que entran, permanecen más tiempo dentro⁷⁹⁷. Es lo que se ha denominado por el Defensor del Pueblo Andalúz “la prisionización del sistema penal español y de nuestra política criminal”, lo que nos lleva “a tener la tasa de reclusión más alta de Europa, a pesar de nuestros bajos índices de criminalidad”⁷⁹⁸. Ello ha provocado como colorarlo la “hipertrofia del sistema penal”⁷⁹⁹, convirtiéndolo en uno en el que aparecen como las dos caras de la misma moneda, por un lado, el endurecimiento del castigo y, por otro, la eliminación de las garantías de los ciudadanos frente a las injerencias del poder estatal⁸⁰⁰. Hasta el punto de que, como señala Roldán Barbero, el actual modelo penal penitenciario es “más riguroso para la delincuencia común que el vigente durante el franquismo”⁸⁰¹.

.....
⁷⁹⁶ Resalta Roldán Barbero (*“El uso de la libertad condicional y su influencia en el tamaño de la población reclusa en España”*, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, RECPC www.criminet.ugr.es/recpc 12-04 (2010, p. 13) los dos motivos que, en su opinión provocan que cada vez se concedan menos libertades condicionales: “por un lado, la ya conocida mayor duración media de las penas de prisión, lo que repercute directamente en el requisito del cumplimiento de las 3/4 partes de la condena (o las 2/3 partes, en el caso de adelantamiento); por otro lado, la muy difícil obtención de la libertad condicional por los penados extranjeros”. No puede dejarse a un lado, a pesar de reconocer que, en efecto, se trata de dos motivos de peso, que desde 2003, el requisito de estar clasificado en tercer grado de tratamiento penitenciario para penados condenados a penas de prisión superiores a 5 años, según establece el art. 36.2 también está ralentizando el acceso a la misma. El hecho de que la L.O 5/2010 haya convertido la regla –esto es, impedir la clasificación en tercer grado–, en la excepción puede venir a suavizar la realidad penitenciaria, aunque, como se verá, al coste de considerar hoy que la progresión de grado no es más que un beneficio penitenciario, mutando con ello completamente el sistema de individualización científica de la legislación penitenciaria española. Véase en extenso M. Acale Sánchez, *“Del Código penal de la democracia, al Código penal de la seguridad”*, en F. Pérez Álvarez, Serta in Memoriam Alexandri Baratta, ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, pp. 1.197 y ss.

⁷⁹⁷ Véase: Grupo de Estudios de Política Criminal, Una propuesta alternativa al sistema de penas y su ejecución, y a las medidas cautelares personales, ed. Grupo de Estudios de Política Criminal, Málaga, 2005, pp. 13 y ss; J. CID MOLINÉ, *“El incremento de la población reclusa en España entre 1996-2006: Diagnóstico y remedios”*, en Revista Española de Investigación Criminológica (www.criminologia.net), 2008/2, pp. 3 y ss; J. L. Díez Ripollés, *“La evolución del sistema de penas en España: 1975-2003”*, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, www.criminet.ugr.es/recpc 2006, pp. 19 y ss (una versión más reducida de este trabajo puede verse en Jueces para la Democracia, 2004/49).

⁷⁹⁸ Informe del Defensor del Pueblo Andalúz sobre 2007, hecho público en junio de 2008 (http://www.defensor-and.es/informes_y_publicaciones/informes_estudios_y_resoluciones/informes_anuales/informe_2008/indexIA2008.html). De ahí que se apostara por incrementar los indultos parciales a propuesta de Instituciones penitenciarias y se insistía en la necesidad de mejorar la reintegración social de los excarcelados una vez extinguidas sus penas o finalizadas sus estancias en prisión.

⁷⁹⁹ A. DE GIORGI, *El gobierno de la excedencia. Postfordismo y control de la multitud*, cit., p.78.

⁸⁰⁰ Véase: A. DE GIORGI, *El gobierno de la excedencia. Postfordismo y control de la multitud*, cit., p. 78; M. Acale Sánchez, *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho. Especial referencia al tratamiento penológico del delincuente imputable peligroso*, pp. 304 y ss.

⁸⁰¹ H. ROLDÁN BARBERO, *“El uso de la libertad condicional y su influencia en el tamaño de la población reclusa en España”*, cit., p. 15.

Todo apunta a que se asistió entonces al nacimiento de un nuevo Derecho penal autoritario⁸⁰².

En este contexto, el colofón lo ha puesto la reforma operada por la LO 1/2015, que ha vuelto a introducir en España la pena de prisión permanente revisable, una pena que está diseñada desde sus entrañas de espaldas a la reinserción social.

IV. La introducción del periodo de seguridad (tarifa penitenciaria plana)

La reforma operada por la LO 7/2003 introdujo en el art. 36 el periodo de seguridad que para los casos de penas de prisión superior a 5 años, venía a obstaculizar la progresión en la clasificación penitenciaria del penado hasta que hubiera cumplido la mitad de la condena impuesta⁸⁰³.

Supuestamente la reforma que llevó a cabo del periodo de seguridad la LO 5/2010 vino a eliminar –según su Exposición de motivos– su automática aplicación, aunque el efecto conseguido no fue otro que ampliar el listado de delitos para los que el periodo de seguridad tenía carácter obligatorio, en la medida en que se pasó de incluir junto a los condenados por delitos de terrorismo y los cometidos en el seno de organizaciones criminales, a los condenados por abusos sexuales (art. 183), y por los delitos del Capítulo V del Título VIII “cuando la víctima sea menor de trece años” (esto es, por los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores).

Su naturaleza jurídica quedaba plasmada en la Exposición de Motivos de la LO 7/2003 en los siguientes términos: “se considera necesaria la introducción de esta figura en nuestro ordenamiento penal, que sirve de puente entre este ordenamiento y el penitenciario, ya que a la hora de determinar la proporcionalidad de las penas, su concreta extensión y su adecuación a los fines de prevención general y especial, no pueden hacerse propuestas al margen de la legislación penitenciaria. En efecto, el sistema de progresión de grados, permisos, régimen abierto y concesión de la libertad condicional puede hacer que la pena prevista por el Código penal y fijada en la sentencia quede muy distante de la efectivamente cumplida”.

En este párrafo se hace referencia a una pluralidad de cuestiones que han de ser relativizadas. En primer lugar, el periodo de seguridad no es una “institución puente”: en la medida en que no afecta a la cantidad de injusto ni a la culpabilidad ni es una condición objetiva de punibilidad no puede ser tenida en consideración en el ámbito de la teoría del delito, ni de la teoría de la pena a la hora de determinarla. De esto último, es decir, de la tarea de ejecutar las penas, se encarga el Derecho penitenciario y, por lo tanto, la introducción en nuestro Ordenamiento jurídico de semejante periodo, debió ser, en su caso, en la LOGP con la que está en palmaria contradicción.

.....
⁸⁰²H. ROLDÁN BARBERO, *“El uso de la libertad condicional y su influencia en el tamaño de la población reclusa en España”*, cit., p. 15.

⁸⁰³F. MUÑOZ CONDE, *“El nuevo derecho penal autoritario: consideraciones sobre el llamado ‘Derecho penal del enemigo’”*, en G. Portilla Contreras, *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, ed. Universidad Internacional de Andalucía-Akal, Madrid, 2005, pp. 167 y ss.

⁸⁰⁴M. ACALE SÁNCHEZ, *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*. Especial referencia al tratamiento penológico del delincuente imputable peligroso, cit., pp. 92 y ss.

En segundo lugar, tampoco resultan claras las referencias que se hacen a la “proporcionalidad”: ésta es una cuestión que depende de la cantidad de injusto y de culpabilidad y compete al legislador cuando lleva a cabo la tipificación de cada uno de los delitos y señala en abstracto la pena que le corresponde a cada delito. Cometido éste, el juez, en su sentencia, dentro del marco penal típico señalará la pena que le corresponda en atención a las reglas de determinación judicial (arts. 61 y ss). Con ello se satisface ya el principio de proporcionalidad. Como ha afirmado la STC de 20 de julio de 1999 la norma penal no debe producir un *“patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho”* o una *“actividad pública arbitraria y no respetuosa con la dignidad de la persona”* (STC 55/1996) y, con ello, de los derechos y libertades fundamentales de la misma.

Por otro lado, la referencia que en la Exposición de Motivos de la LO 7/2003 se hicieron “a los fines de prevención general y especial” tampoco fueron acertados: las necesidades preventivo-generales se satisfacen desde el momento en que se lleva a cabo la incriminación abstracta y no durante la ejecución de la pena, en la medida en que en un Estado social y democrático de derecho que parte de la dignidad de la persona como premisa, durante la ejecución, las finalidades preventivo generales han de quedar al margen⁸⁰⁴ a no ser que se convierta la ejecución penal en un espectáculo y al condenado en protagonista de la pantomima. En efecto, el Consejo General del Poder Judicial en su Informe sobre el Anteproyecto de la hoy LO 7/2003 señaló que la introducción de este periodo de seguridad no era más que reflejo en la fase de la ejecución de la pena de las ideas de *“defensa del orden jurídico”* y del *“sentimiento de la comunidad sobre la vigencia de la norma”*; así afirmaba que periodo de seguridad era sinónimo de *“compensación por el ilícito grave cometido, prevaleciendo durante este periodo consideraciones de prevención general sobre las relativas a la prevención especial”*.

Durante la ejecución de la pena, sólo han de ser tenidas en consideración finalidades preventivo-especiales: esto es lo que expresamente dice el art. 25 CE cuando señala que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzosos. Y esta es la finalidad que impide la LO 7/2003 al utilizar la dignidad humana. En definitiva, como afirmó Terradillos Basoco “lo preventivo-especial se condiciona así a presuntas demandas sociales que, además de no haber sido probadas, nada tienen que ver con los fines de la pena”⁸⁰⁵.

La instauración de este periodo de seguridad es incompatible con lo dispuesto en la LOGP en su art. 72 números 3º (“siempre que de la observación y clasificación correspondiente de un interno resulte estar en condiciones para ello, podrá ser situado inicialmente en grado superior, salvo el de libertad condicional, sin tener que pasar necesariamente por los que le preceden”) y 4º (“en ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión”). Los criterios para la clasificación de grado se refieren exclusivamente a la evolución del tratamiento penitenciario a través del cual se persigue en definitiva que quien sufra privación de libertad adquiera “conciencia social” (art. 61: *“La clasificación debe tomar en cuenta no sólo la personalidad y el*

historial individual, familiar, social y delictivo del interno, sino también la duración de la pena y medidas penales en su caso, el medio a que probablemente retornará y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento). Sólo el art. 63 incorpora como uno más de los criterios a tener en consideración para clasificar en grado la duración de la pena impuesta, que no es ni el criterio único, ni el más importante, ni el definitivo. No obstante, como se verá a continuación, la LO 7/2003 también reformó los requisitos para la clasificación y progresión al tercer grado.

La contradicción existente fue destacada por el propio Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de la hoy LO 7/2003, al exigir que se adaptaran las disposiciones penitenciarias al contenido del entonces nuevo art. 36 señalando -sin complejo alguno- que en nuestro ordenamiento jurídico “ya no rige un sistema puro de individualización científica, sino que el sistema se limita en función de razones de prevención general positiva, por lo que en realidad rige un sistema mixto”.

La limitación que realizaba ya –y sigue realizando hoy– el legislador a las penas superiores a 5 años pone de manifiesto el fundamento tautológico de la reforma pues con ello se está afirmando a su vez que la pena privativa de libertad, tal como la ha diseñado el legislador en la LOGP, sólo cumple su finalidad –la reinserción social– en las penas de prisión inferiores a 5 años, es decir, que las penas superiores, no tienen otro fundamento que el castigo por la inobservancia de la norma y están dirigidas a satisfacer las supuestas demandas punitivas de la sociedad.

V. La satisfacción de la responsabilidad civil

La LO 7/2003 incluyó dentro del art. 72 de la LOGP un requisito más para la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario “al margen de los establecidos por el Código penal”⁸⁰⁶: “que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito”⁸⁰⁷ que, como se sabe, no es la única ocasión en que el legislador penal recurre a ella para aplicar determinados institutos penales⁸⁰⁸. Si se tiene en cuenta que el requisito esencial para la concesión de la libertad condicional es que el penado esté clasificado en tercer grado, puede entenderse que la satisfacción de la responsabilidad civil condiciona simultáneamente el tercer grado y la libertad condicional, lo que es tanto como afirmar que la satisfacción de una

.....
⁸⁰⁶ Con ello se está haciendo referencia al art. 36 en los supuestos en que se trate de penas de duración superior a cinco años.

⁸⁰⁷ Considerando a tal efecto “la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales; las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera; las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura; la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición”. A estos efectos, la LO 7/2003 ha reformado también el art. 989.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante: LECr), en virtud del cual “1. Los pronunciamientos sobre responsabilidad civil serán susceptibles de ejecución provisional con arreglo a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil. 2. A efectos de ejecutar la responsabilidad civil derivada del delito o falta y sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los Jueces o Tribunales podrán encomendar a la Agencia Estatal de Administración Tributaria o, en su caso, a los organismos tributarios de las haciendas forales, las actuaciones de investigación patrimonial necesarias para poner de manifiesto las rentas y el patrimonio presente y los que vaya adquiriendo el condenado hasta tanto no se haya satisfecho la responsabilidad civil determinada en sentencia”.

⁸⁰⁸ Así, en el Libro I del Código, el art. 81.3 considera condición necesaria para suspender la ejecución de la pena privativa de libertad “que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieran originado”, eso sí, “salvo que el Juez o Tribunal sentenciador, después de oír a los interesados y al Ministerio Fiscal, declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas”; para sustituir unas penas por otras, ha de estarse, entre otras cuestiones, al “esfuerzo para reparar el daño causado” (art. 88.1); la cancelación de antecedentes penales requiere “tener satisfechas las responsabilidades civiles provenientes de la infracción, excepto en los supuestos de insolvencia declarada por el Juez o Tribunal sentenciador, salvo que el reo hubiera venido a mejor fortuna”. En el Libro II, también se hace referencia en determinados delitos a la reparación o disminución del daño a la víctima como criterio de determinación de la pena.

obligación de naturaleza civil determina el acceso a los grados de cumplimiento de la pena privativa de libertad más abiertos por cercanos a la vida en libertad. Lo que no deja de haber mercantilizado la ejecución de esta pena.

Aun así, no puede dejar de subrayarse el dato de que la misma LO 7/2003, modificó también de forma expresa los requisitos para acceder a la libertad condicional, incluyendo dentro del art. 90 una nueva letra c, en la que se establecía que “no se entenderá cumplida la circunstancia anterior si el penado no hubiera satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito”: es decir, de nuevo la satisfacción de la responsabilidad civil se convierte en la traducción del requisito de la buena conducta y del pronóstico individualizado y favorable de reinserción social.

“Singularmente” esta disposición se aplicará a los supuestos en los que el interno hubiera sido condenado por la comisión de un delito en los que exista un gran perjuicio o beneficio económico (delitos contra el patrimonio y contra el orden económico que bien hubieran revestido “notoria gravedad”, o hubieran perjudicado a una “generalidad de personas”; delitos contra los derechos de los trabajadores; contra la Hacienda pública y contra la Seguridad Social, así como delitos contra la Administración pública de los Capítulos V a IX del Título XIX). Ha de entenderse que a pesar de que señale que “singularmente” dicho requisito va a ser exigido a los supuestos que expresamente señala, nada impide apreciarlo “en general”, en cualquier otro caso, en el que el delito haya dado lugar a responsabilidad civil: el hecho de que no se señale de forma expresa la necesaria apreciación de este requisito hace que se introduzcan en la legislación penitenciaria amplios márgenes a la discrecionalidad judicial, cuya limitación es uno de los factores que han determinado la reforma operada por la propia Ley Orgánica 7/2003.

Sabido es que la responsabilidad civil será liquidada en el mismo proceso en el que se resuelva la responsabilidad penal de la que se deriva o en la jurisdicción civil, si el perjudicado decide reservar sus acciones para ejercerlas en aquella sede (art. 109.2). Si en la sentencia penal o civil se declara la imposibilidad total de hacer frente a la misma, en forma alguna se podrá limitar la concesión del tercer grado a dicho requisito. Por ello ha de entenderse que lo dispuesto en el nuevo art. 72 tendrá validez para aquellos supuestos en los que el sujeto sea solvente, total o parcialmente y no haga frente a ella voluntariamente o por vía de apremio.

Como se puede observar, la finalidad del legislador con la inclusión de esta disposición en la ley penitenciaria no es otra que hacer resurgir los beneficios económicos obtenidos por el delito para evitar el enriquecimiento del reo. A pesar de que dicha finalidad pueda ser considerada loable, han de puntualizarse sin embargo algunas cuestiones. Así, ha de destacarse que en él se está afirmando que la satisfacción o no de la responsabilidad civil va a determinar la clasificación o progresión hacia el tercer grado: esto es, una sanción que está dirigida a satisfacer intereses privados va a determinar la forma de cumplimiento de la pena privativa de libertad. A ello ha de añadirse que si la responsabilidad civil ha prescrito, no podrá condicionarse la clasificación penitenciaria al pago de la misma; en este caso, ante el silencio del Código y en la medida en que como su propio nombre indica esta clase de responsabilidad es de naturaleza civil, habrá que estar al plazo de prescripción que establece el Código Civil para esta clase de obligaciones (art. 1968.1 del Código civil).

Por otra parte, el hecho de que haya aflorado el beneficio obtenido por el delito es dato que constantemente es tenido en consideración por la jurisprudencia para determinar la pena (art. 66), por lo que volver a tomar en consideración el mismo dato para una vez determinada y empezada a cumplir la condena, condicionar la clasificación en tercer grado, supone una

violación del principio non bis in idem. En este caso, la referencia a la responsabilidad civil y, con ella, al perjudicado por el delito incorpora a la LOGP criterios pertenecientes a las relaciones existentes entre la víctima y el autor, que ha de permanecer ajena al Derecho penitenciario⁸⁰⁹.

VI. La colaboración con la Administración de justicia

La LO 7/2003 incorporó al art. 72 de la LOGP un número 6 en el que se incluye un criterio específico para la clasificación (algo por definición imposible, porque en ningún caso un interno de los que se hace aquí referencia podrá ser clasificado inicialmente en tercer grado) o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario para los condenados por delitos de terrorismo o por delitos cometidos en el seno de una organización criminal: “que muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas, y además hayan colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado”. A estos efectos lleva a cabo el legislador una inversión de la carga de la prueba, en la medida en que el mismo precepto sigue diciendo que lo anterior “podrá acreditarse” -lo que no impide que sean otros medios los que prueben que el condenado se ha separado de la banda armada, organización o grupo terrorista- “mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades, asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades”.

Al amparo de esta disposición, recién aprobada la reforma, el Juzgado de Vigilancia penitenciaria de la Audiencia Nacional rechazó en bloque la petición de 71 personas condenadas por delitos de terrorismo para acceder al tercer grado de tratamiento penitenciario y luego acceder a la libertad condicional. El magistrado argumentaba que “los presos etarras que han solicitado los citados beneficios penitenciarios no cumplen los requisitos legales para obtenerlos puesto que no han satisfecho las indemnizaciones a las víctimas y no han dado signo alguna de haber abandonado los fines y los medios terroristas en ninguna de las formas permitidas por la ley: colaboración activa con la Justicia, declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de sus delitos. Tampoco existe informe alguno que acredite que el preso está desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades, asociaciones y colectivos ilegales que la rodean o de su colaboración con las autoridades”. De la lectura de este razonamiento se deduce que a la gravedad de la situación creada tras la reforma operada por la LO 7/2003, ha de añadirse la interpretación restrictiva de la letra de la ley hecha por el Juez, de forma que se pasó a entender que la petición de perdón expresa o el repudio eran los únicos medios para probar el pronóstico de reinserción social, sin admitirse otros⁸¹⁰.

.....
⁸¹⁰ Vid. El País, de 20 de diciembre de 2003.

Por otra parte, puede analizarse el Auto de 19 abril 2004. JUR 2004\122716 del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria que deniega la libertad condicional por motivos humanitarios a un condenado por terrorismo, aunque le concede el tercer grado son cometimiento a medios telemáticos de control por no concurrir en su caso los requisitos de corte subjetivo –como el “perdón” o el “arrepentimiento”- exigidos por el ordenamiento jurídico. En este sentido, el Auto afirma que “de las condiciones que la Ley impone para acceder a la libertad condicional por parte de los terroristas, aún enfermos, algunas dependen de la exclusiva voluntad de estos, pues pueden cumplimentarse con una declaración expresa de repudio de la violencia y petición de perdón a las víctimas de sus delitos, de modo que su ausencia determina la denegación de la libertad condicional. Por el contrario, el incumplimiento de otros requisitos, como la satisfacción de las responsabilidades civiles, no pueden impedir el acceso al beneficio penitenciario en el caso de enfermedad grave con padecimientos incurables por el superior valor de los bienes jurídicos en juego (satisfacción patrimonial-vida)”.

No se puede dejar de lado, por otra parte que, como se sabe, el Código penal en su art. 579 bis 3 (en la redacción dada por la LO 2/2015) atenúa en uno o en dos grados la pena del terrorista por el abandono voluntario de sus actividades, la confesión de los hechos en que haya participado y además por la colaboración activa con las autoridades para impedir la producción del delito o por la ayuda eficazmente en la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otras personas 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. Semejante disposición se incluye en el art. 376 para sujetos condenados por delitos relacionados con el tráfico de drogas. Se consagra legalmente así un bis in idem legal pues el mismo dato sirve para atenuar la pena y para la posterior clasificación penitenciaria. Piénsese en el caso del sujeto que no quiera colaborar con la administración de justicia y sea condenado a una pena de prisión permanente: la revisión de la condena depende de que colabore durante la ejecución de la pena. Y esto puede llegar a ser un impedimento objetivo considerable para que el penado “convierta” en temporal la pena de prisión permanente que le ha sido impuesta.

Si ya puede ser discutible que se atenúe la pena por la delación, el que ahora se condicione la clasificación en tercer grado a este mismo dato, no puede ser más que rechazado. En puridad de principios, la cuestión pasa por responder con sinceridad al siguiente interrogante: la delación ¿puede ser efectivamente considerada por parte de los especialistas de la prisión como un síntoma de “conciencia social”? no se trata de convertir al terrorista en un buen preso, sino en un buen ciudadano, por lo que la contradicción está servida. Entiende Téllez Aguilera que exigir la delación para poder recibir a cambio un tercer grado y una libertad condicional “supone insuflar a las instituciones de un mercantilismo contrario a los criterios científicos que deben presidir la ejecución penal y el tratamiento penitenciario”⁸¹¹, sobre todo si se tiene en cuenta que el art. 102.5 del Reglamento penitenciario ya establece como factor determinante de la clasificación en primer grado “la pertenencia a organizaciones delictivas o bandas armadas, mientras no muestren en ambos casos, signos inequívocos de haberse sustraído a la disciplina interna de dichas organizaciones o bandas”.

⁸¹¹ A. TÉLLEZ AGUILERA, “La Ley de Cumplimiento íntegro y efectivo de las penas. Una nota de urgencia”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2003/4, p. 9.

Más llamativos resultan todavía los medios de prueba a través de los cuales “puede” acreditar el “preso” los signos inequívocos mencionados: “una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia” y “una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito”, además de “los informes técnicos” que acrediten la desvinculación de la organización terrorista, del entorno, de las actividades, asociaciones y colectivos ilegales así como su colaboración con las autoridades, requisito que en iguales términos se exige a la hora de proceder a conceder la libertad condicional. Ello pone de manifiesto un entendimiento erróneo del concepto de resocialización: no se puede condicionar la resocialización individual al genérico requisito del repudio y a la “*petición de perdón*”.

Con ello, el legislador convierte la resocialización en una cuestión de fe y de confianza en el modelo de otro, se comparta o no el modelo. Este último requisito es intentar resocializar a la fuerza al estilo del positivismo criminológico italiano: ha de tenerse en consideración que resocialización no significa hacer prevalecer ningún credo sobre otro. Resocializar, como afirma Barbero Santos, ha de entenderse como intentar que en un futuro un sujeto no vuelva a cometer delitos en la sociedad con independencia de que piense en su foro interno de una manera u otra⁸¹². Por ello, habrá que conformarse con que el condenado no vuelva a colaborar activamente con la organización, lo que no es lo mismo que exigirle que colabore activamente con la Administración de justicia⁸¹³.

VI. La reforma de los arts. 76 y 78 del Código penal

La reforma conjunta de los arts. 76 y 78 vino a prolongar el tiempo de estancia en prisión en los casos de concurso real de delitos, elevando el tiempo máximo de cumplimiento de las penas de 20 a 30 o 40 años, según los concretos delitos que entraran en concurso. Por su parte el art. 78 implementó un mecanismo en virtud del cual se legitimaba ya el cumplimiento de 40 años para quienes sufrieran condena por delitos de terrorismo y cometidos en el seno de organizaciones criminales.

Como se observa, en uno y otro supuesto, sólo se permite lo que expresamente se señala, por lo que hay que entender que no podrán disfrutar de beneficios penitenciarios ni de permisos de salida. Esto significaba una vez más confusión: los permisos de salida no son más que fases del tratamiento y se conceden no como premios sino como parte de aquél; suponen en definitiva, pequeñas dosis de libertad en una vida sin libertad. Por lo mismo, la clasificación en tercer grado, no tiene nada que ver con la clase de pena impuesta sino con la evolución del tratamiento.

Esta disposición lo único que pone de manifiesto es la “*mala conciencia del legislador*” y la creación de un mecanismo diabólico en virtud del cual disfraza bajo la apariencia de “reinserción social” y “respeto formal” del art. 25 CE lo que no son sin más ansias encubiertas de castigo. No se puede pretender alcanzar el fin constitucional mencionado cuando se

.....
⁸¹² M. BARBERO SANTOS, “*La pena de muerte, problema actual*”, en el mismo, Estudios de Criminología y Derecho penal, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1972, p. 170. Como afirman M.M. Díaz Pita, P. Faraldo Cabana (“*La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas del Código penal de 1995*”, cit., pp. 126-127) no se trata de someter al condenado a un “lavado de cerebro”, sino que ha de limitarse “a lograr que los ciudadanos se abstengan de cometer delitos, pero sin intentar que suman como propios valores o creencias que, en ningún caso, deberían entrar a formar parte de su acervo ideológico personal. Se trata, pues, del respeto aséptico a los bienes jurídicos, no de la aceptación sincera de los mismos como algo necesariamente positivo”.

⁸¹³ M. ACALE SÁNCHEZ, “*Del Código penal de la Democracia al Código penal de la Seguridad*”, cit., pp. 1.214 y ss.

condiciona la clasificación en tercer grado de tratamiento penitenciario al cumplimiento de 32 años en primero y segundo grado y la libertad condicional al cumplimiento efectivo de 35 años (tres de los cuales se habrán cumplido en tercer grado). La finalidad pues no es la reinserción, sino el castigo⁸¹⁴. Por ello se trata de una norma inconstitucional que además es muestra no ya de función simbólica del Derecho penal, sino de un puro enmascaramiento “dirigido a cubrir objetivos –ganar elecciones, acallar reivindicaciones sociales, etc.–, ajenos a los declarados. Lo que constituye un importante factor de ilegitimidad tanto política como jurídica”⁸¹⁵: si las penas han de estar orientadas a la reeducación y a la reinserción, no pueden ser impuestas las que impidan que con su ejecución se alcancen estos objetivos a no ser que se parta, como parte Manzanares Samaniego⁸¹⁶ de que hay condenados que son imposibles de resocializar.

El incremento a 35 o a 40 años de la duración de la pena temporal carcelaria así como la introducción –o mejora– en el año 2003 de mecanismos en cuya virtud se aseguraba en todo caso el cumplimiento total de las mismas se traducía ya en la práctica reintroducción de una pena de cadena perpetua en nuestro sistema penal-penitenciario –si se quiere, una cadena perpetua “a la española”-. No otra cosa supuso ya en ese momento la condena a estar internado durante tantos años en un establecimiento penitenciario, sin posibilidad de ser clasificado en tercer grado de tratamiento ni, por lo tanto, de obtener la libertad condicional, o más sencillamente de un permiso de salida por motivos extraordinarios: como consecuencias de esas directrices penitenciarias, se ha ido produciendo –como afirma Cervelló Donderis⁸¹⁷ – el progresivo envejecimiento de la población penitenciaria y las características específicas de ejecución de la pena en el sector de la población penitenciaria anciana, requiere unos establecimientos adaptados arquitectónicamente a sus necesidades, que no coinciden precisamente con las necesidades de la población penitenciaria más joven.

Pero lo más relevante es que las penas de larga duración se han demostrado ineficaces por los efectos desocializadores, desde varios puntos de vista: desde la humanización de las penas, hasta los derechos de los reclusos y, en especial, el respeto debido a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad. Las penas privativas de libertad son penas fundamentalmente temporales, en las que se ha venido observando una lenta pero permanente tendencia a reducir el tiempo máximo de su duración, bien durante la fase de ejecución, a través de los beneficios penitenciarios, bien nominalmente. En esta limitación temporal de la prisión no juegan sólo razones de prevención especial, sino también la sensibilidad histórica que hace que basten para la función de la prevención general penas menos graves que en épocas anteriores.

Una pena de 35 o 40 años de internamiento es una pena inhumana por prolongada en el tiempo. Ha de tenerse en consideración que, a pesar de que ya por su duración pueda ser considerada una pena inhumana, es lo cierto que incluso desde la interpretación que hace el

.....
⁸¹⁴H. KURY, “Sobre la relación entre sanciones y criminalidad, o: ¿qué efecto preventivo tienen las penas”, en AA.VV., *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Universidad de Educación a Distancia, Madrid, 2001, p. 286; T. N. Ferdinand, “¿Funcionan las penas?”, AA.VV., *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, ed. UNED, Madrid, 2001, p. 340.

⁸¹⁵J. M. TERRADILLOS BASOCO, “La Constitución penal. Los derechos de la libertad”, cit., p. 366.

⁸¹⁶J.L. Manzanares Samaniego, “El cumplimiento íntegro de las penas”, en *Actualidad Penal*, 2003/7, p. 199

⁸¹⁷V. CERVELLÓ DONDERIS, *Derecho Penitenciario*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 259.

Consejo, la reforma no pasa el límite mínimo de constitucionalidad: si la humanidad de la pena depende de las condiciones y de las modalidades de cumplimiento, en tanto en cuanto se justifique dicha nueva regulación en atención a criterios preventivos generales que no tienen en consideración la prevención especial, se está contemplado una pena que ignora la dignidad de la persona. No es de extrañar pues que a continuación, el Informe mencionado -cuando analiza los fines de la pena- afirme que la resocialización ni es el único fin de la pena ni, en su opinión, el más importante pues las necesidades de reafirmación del ordenamiento jurídico no pueden ser olvidadas: del art. 25 CE deduce que “en ningún caso el legislador (y menos aún el poder reglamentario) podrá establecer penas privativas de libertad que, sea por su duración, o muy particularmente por su modo de cumplimiento (régimen de beneficios penitenciarios, modalidades del tratamiento de al interno –sic-, etc.) impidan u obstaculicen de modo significativo la reeducación y la reinserción social del condenado”. Por ello, lo que debió afirmar es la inconstitucionalidad de la ampliación del plazo máximo de cumplimiento hasta los 40 años, sobre todo porque el art. 78 impide a estos sujetos obtener permisos de salida, el acceso al tercer grado o la libertad condicional, esto es, lo que les reconoce a los demás internos (en mayor medida además a aquellos que hayan sido condenados por delitos de terrorismo). Luego no es cierto que en estos casos se trate de un “moderno sistema de ejecución de penas”. Terminar en este punto afirmando que a los efectos de la resocialización “no es relevante la duración de la pena impuesta si el penado conserva la esperanza de poder ser liberado, aunque sea después de mucho tiempo, en caso de pronóstico favorable de reinserción” es pura osadía⁸¹⁸.

En definitiva, con la nueva regulación del art. 78 el legislador apunta todavía más claramente a sistemas penitenciarios en los que al entrar, el interno sabe que invariablemente va a cumplir un número de años, a modo de los sistemas norteamericanos. Esta clase de sistemas tienen graves inconvenientes que son los que se eliminan con los sistemas progresivos de ejecución de penas que están concebidos precisamente, sobre la idea de que se sabe con certeza el día del inicio del cumplimiento de la pena, pero la salida de la prisión, en régimen de tercer grado o en libertad condicional, no es previamente determinado; de esta forma se consigue encauzar favorablemente el innato deseo de libertad de los internos, estimulando en ellos la emulación que habría de conducir a la liberación: el fantasma de los sistemas Auburn y filadélfico reaparecen pues por esta vía. Como ha comprobado Cid Moliné, quienes siguen un sistema de individualización científica reinciden mucho menos que aquéllos que recuperan bruscamente su libertad⁸¹⁹.

VII. La reconversión de la libertad condicional en libertad condicionada

La libertad condicional también se ha convertido en foco de atención por parte del legislador, no ya porque se haya puesto en valor su indudable valor para preparar al interno para la vida en libertad, sino porque se ha visibilizado que materialmente significa la excarcelación del penado. En este sentido, si bien ya la reforma que de la misma operó la LO 7/2003 vino a endurecer los requisitos para disfrutar de ella, la LO 1/2015 la ha transformado completamente de fisonomía, al considerarla no ya como una forma de cumplimiento de la última etapa de la pena privativa de libertad, sino al transformarla en un mecanismo de suspensión de la ejecución de la pena. En este sentido, lo más importante en este momento que debe ser

818 M. ACALE SÁNCHEZ, “Del Código penal de la Democracia al Código penal de la Seguridad”, cit., pp. 1.216 y ss.

819 J. CID MOLINÉ, “El sistema penitenciario en España”, en Revista Jueces para la Democracia, 2002/45, p. 22.

resaltado es que de ser considerada un derecho del interno, ha pasado a considerarse un mero “beneficio penitenciario” que le deparará una forma de cumplimiento de la pena más comfortable⁸²⁰.

En este sentido, la discutida naturaleza de la libertad condicional entre quienes afirman que es un cuarto grado y quienes entienden que es un instrumento distinto, parece que se solventa a favor de los segundos, cargando entonces las tintas sobre su aspecto punitivista, más que como fase de tratamiento penitenciario y ejecución progresiva de la pena privativa de libertad.

Los requisitos más o menos coinciden aunque se observa una subjetivización aún mayor en el tercero de ellos, esto es, el que al día de hoy se define en el art. 90.1c) como “que hayan observado buena conducta”. En lugar del pronóstico individualizado y favorable de reinserción social que se ha venido exigiendo, tras la reforma operada por la LO 1/2015, se afirma que “para resolver sobre la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad condicional, el Juez de vigilancia penitenciaria “valorará la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas”. Nótese como se trata de circunstancias que tienen en cuenta el pasado del delincuente y que más o menos son objetivas, sin posibilidad de hacer ningún pronóstico de futuro y lo que al Código penal y a la legislación penitenciaria debe importarle cuando concede o no la libertad condicional es precisamente el futuro, esto es, su proceso de reinserción social. En definitiva, la mera enumeración de estos datos viene a poner de manifiesto que se hacen con independencia de la suerte que corra el penado y, con ello, del propio proceso de reinserción social individual.

Positiva ha de ser por el contrario la valoración que se merece la inclusión en el art. 90.3 del Código de un régimen privilegiado de acceso a la libertad condicional para delincuentes primarios, atendiendo como afirma el Preámbulo a los “penados primarios que presentan un pronóstico favorable de reinserción”. Eso sí, se prevé expresamente que “este régimen no será aplicable a los penados que lo hayan sido por la comisión de un delito contra la libertad e indemnidad sexuales”: no se entiende por qué solo se excluyen estos sujetos y no por ejemplo, los condenados por violencia de género. Se propone la eliminación de la excepción, en la medida en que hay que confiar que también el delincuente sexual es “recuperable”, porque también él es reinsertable.

Los motivos por los que se prevé que se deniegue la suspensión de la ejecución se relacionan con los datos que acreditan la situación de solvencia del condenado, olvidándose a estos efectos que más que como deudor debería ser tratado como acreedor de posibilidades de libertad –aunque sea condicionada- y de reinserción social. Al día de hoy, el pronóstico individualizado y favorable de reinserción social es el que se utiliza para valorar la colaboración del reo en el pago de la responsabilidad civil derivada del delito.

.....
⁸²⁰ Por todos, véase: C. RODRÍGUEZ YAGÜE, C. Guisasola Lerma, M. Acale Sánchez, “La libertad condicional”, en J. Álvarez García, Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 351 y ss.

En caso de revocación, el número 6 prevé que se ejecute el “resto de pena” y que “el tiempo transcurrido en libertad condicional no será computado como tiempo de cumplimiento de la condena”: este efecto resaca específico de la libertad condicional se incluyó en el Código a través de la LO 7/2003 para los condenados por delitos de terrorismo o por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales. En su momento ya se afirmó que semejante disposición supone un desconocimiento absoluto de la libertad condicional: como se decía, a pesar de su discutida naturaleza jurídica, ésta no es más que la última fase del cumplimiento de la pena privativa de libertad, por lo que el sometido a ella está cumpliendo con su condena, aunque sea en libertad. Desconocer este dato e ignorar el tiempo pasado en dicho estado, supone violación del principio non bis in idem pues se imponen dos penas por el mismo delito: que el incumplimiento de las condiciones puesta para el acceso a la libertad condicional no es delito se pone de manifiesto al no remitirse al delito de quebrantamiento de condena. Por tanto, si el penado en fase de libertad condicional vuelve a delinquir, debe reingresar en prisión, sin que se le compute como tiempo de cumplimiento el tiempo que ha cumplido en libertad condicionada. En el marco de un derecho penal y penitenciario garantista cabría afirmar que el hecho de que no se le compute el tiempo que ha estado en libertad condicional sin delinquir una vez que cometa un nuevo delito, supondría una incursión intolerable en la dignidad del penado. Si el paradigma cambia, y se entiende que la libertad condicional no es un derecho, sino un mero beneficio penitenciario, el ordenamiento jurídico está autorizado para igual que lo concedió, quitárselo.

La excepcionalidad de lo previsto entonces en 2003, se convierta ahora en la regla general: es decir, el originario Derecho penal del enemigo, se extiende a todos los penados, normalizándose. Con lo cual es fácil adivinar que en breve, saltarán voces que reclamen un endurecimiento de las consecuencias del incumplimiento de la libertad condicional para condenados por delitos como los de terrorismo, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, entrando de lleno en una nueva espiral de endurecimiento de la respuesta punitiva.

VIII. El reconocimiento de derechos penitenciarios a la víctima del delito

Las reformas operadas por las LLOO 7/2003 y 5/2010 vinieron a reconocer a la víctima del delito un lugar en un espacio en el que hasta entonces no habían podido entrar: la prisión. Es más, la LO 5/2010 todavía fue más lejos, en el sentido de otorgar un papel relevante no ya a las concretas víctimas de un delito personadas en la causa, sino también a las que no se han constituido en parte.

En este sentido, la primera de ambas leyes condicionó la concesión de la libertad condicional (junto a los tradicionales requisitos de buen comportamiento y clasificación en tercer grado) a la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito (art. 90.1 c del Código penal y 72.5 LOGP) y en los supuestos de condenados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de una organización (art. 90-1 c) del Código penal y 72.6 de la LOGP) el requisito del buen comportamiento y el pronóstico individualizado de reinserción social puede acreditarse a través de la “petición expresa de perdón a las víctimas”, requisito éste que recuerda en cierto sentido a una “ceremonia de degradación pública”⁸²¹.

.....
⁸²¹ A. LAMAS LEITE, “Nueva penología, punitive turn y Derecho penal: quo vadimus? Por los caminos de la incertidumbre pos (moderna)”, cit., p. 44.

Pero además, la víctima adquirió un mayor protagonismo activo en los arts. 36 (periodo de seguridad), 78.3 (cumplimiento efectivo de penas de prisión de determinada duración) y 91.1 y 2 (libertad condicional) en los que se condicionó a partir de entonces la aplicación del régimen general de dichas instituciones a que el Juez de vigilancia penitenciaria oiga al Ministerio Fiscal, a Instituciones penitenciarias y a “las demás partes”, esto es, las acusaciones particular y popular.

Hoy, a esto ha de sumarse las disposiciones contenidas en el art. 13 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito⁸²², que le reconoce, aunque no se haya personado en la causa, y simplemente hubieran solicitado que les sean notificadas las resoluciones que se adopten respecto a la ejecución de la pena del autor de su delito, siempre que sea víctima de una serie tasada de delitos (que incluye según el art. 13.1.a del Estatuto de la Víctima, los delitos que atentan contra bienes jurídicos individuales como la vida, la integridad física, moral, libertad sexual, patrimonio, así como los de terrorismo y de trata de seres humanos) el derecho recurrir el auto del Juez de Vigilancia Penitenciaria sobre el periodo de seguridad del art. 36.2, el cumplimiento íntegro de la condena en caso de concurso real de delitos del art. 78.3, así como el auto por el que se conceda la libertad condicional.

Por su parte, la LO 5/2010 reformó el art. 98, que a partir de entonces, y en el ámbito concreto de la imposición de las medidas de seguridad, prevé que en la resolución por parte del juez sentenciador de la medida que ha de cumplir el sujeto, debe oír además de a la propia o persona sometida a la medida, al Ministerio fiscal así como a “las demás partes”, a lo que añade: “se oírá asimismo a las víctimas del delito que no estuvieren personadas cuando así lo hubieran solicitado al inicio o en cualquier momento de la ejecución de la sentencia y permanezcan localizables a tal efecto”.

Como se sabe, el incremento del papel de la víctima dentro del Derecho penal se plasmó ya en el Código de 1995. Ciertamente, su incorporación al entramado penal ha de hacerse en la medida en que por la comisión del delito entran en contacto autor-víctima-Estado y ninguna resolución del conflicto social que supone el delito puede ser óptima, si se ignoran los intereses de alguna de las partes en la contienda. Cosa distinta es lo que hace el legislador en la reforma practicada: dotar de un papel activo a la víctima en Derecho penitenciario, paso que no debió darlo; una vez que la víctima haya visto su responsabilidad civil satisfecha (no hay que olvidar la existencia de programas de acción de indemnizaciones a las víctimas de determinados delitos, en particular, de los delitos de terrorismo) su papel debe terminar. Hacerle que pasados más de 35 años tenga que informar sobre si se concede o no la libertad condicional a un sujeto que lleva interno todos esos años supone “condenarla” también a ella a la pena de prisión de otro y no tiene ni sentido ni justificación. Ni sentido, porque de esta forma lo único que se consigue es que la víctima sea víctima siempre perpetuando sus necesidades de venganza; ni tampoco justificación, porque el Derecho penitenciario es una rama del ordenamiento jurídico en virtud de la cual el Estado, que es el titular del ius puniendi, articula la privación del bien más importante del que dispone una persona después de la vida: la libertad. La víctima no puede más que reclamar castigo –de hecho, es la que mayor necesidad retributiva de pena presenta dentro de los protagonistas del hecho delictivo- lo que difícilmente es conciliable con el Derecho penitenciario que tiene que estar orientado a la reinserción social.

.....
⁸²² Por todos, véanse los trabajos de C. Villacampa Estiarte, “La protección de las víctimas en el proceso penal: consideraciones generales e instrumentos de protección”, en J.M. Tamarit Sumalla (coord.), El estatuto de las víctimas de delitos: comentarios a la Ley 4/2015, ed, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 168 y ss.

De esta forma fueron convidadas a participar del “festín” de la ejecución de la pena carcelaria, a pesar de que por el mero hecho de no estar internadas en prisión, carecen por completo de datos sobre la “evolución del tratamiento reeducador”. Este desconocimiento podía dejar de tener relevancia si la clasificación en grados pasaba a ser entendida no ya como una forma de cumplir la pena privativa de libertad, sino como un instrumento en virtud del cual ampliar la aflicción de la prisión en atención a la gravedad del daño y de los sufrimientos causados a las víctimas.

En cualquier caso, llama poderosamente la atención el hecho de que si bien se ha permitido el acceso a la víctima en el ámbito de la prisión (aunque sea por esta puerta secundaria), cuando al autor del delito se le imponga una pena de alejamiento, la víctima quedará literalmente sometida a la misma pena que el autor, impidiéndosele que lleve a cabo el acercamiento por su propia voluntad que prohíbe la norma. Este hecho es todavía más grave en los casos de violencia doméstica, para los cuales el art. 57 prevé en cualquier caso la imposición del alejamiento, esto es, sin oír siquiera las necesidades y la opinión que al respecto tenga la víctima.

El hecho de que por una parte se le invite a participar del festín penitenciario y simultáneamente se le impida opinar sobre la imposición de la pena de alejamiento, pone de manifiesto que falta un modelo victimológico dentro de nuestro Código penal, lo que permite claramente la utilización de las víctimas del delito según los intereses políticos coyunturales que se produzcan. Paradójicamente, como se verá posteriormente, la LO 1/2015 ha vuelto a poner de manifiesto que carece de criterio serio sobre la participación de la víctima en la ejecución de la pena de prisión permanente revisable, que se introduce en el Código, según se dice, para protegerlas más, o para protegerlas a “toda costa”.

Se trata fundamentalmente del derecho penal reivindicado por algunos colectivos de víctimas, que sin duda alguna atesoran remordimientos difícilmente olvidables hasta tanto desaparezca su dolor. Dolor que desaparece con políticas positivas que tiendan a hacerles superar el proceso victimal sufrido, no a perpetuarlas en el mismo, meciéndolas en una especie de balancín de la victimización, que no les permite mirar hacia delante, sino alternativamente hacia atrás y hacia delante, dejándole poca libertad de movimiento. En este sentido hay que plantearse si es oportuno que las víctimas sean “la fuente” de canalización de los sentimientos de la sociedad y por tanto, convertirse en la conciencia de la política criminal de orientación, porque no podrán ser objetivas precisamente por el dolor que les ha causado el delito⁸²³. Con razón afirma Lamas Leite⁸²⁴ que “el protagonismo del papel de las víctimas en el proceso penal puede suponer la pérdida del papel central del acusado en el proceso, hacia una perspectiva más comunitarista de protección de la sociedad”. Y una política criminal “subjetivizada” de esta forma es una política criminal orientada a la satisfacción de la necesidad de las víctimas, no a la protección de bienes jurídicos.

.....
⁸²³ A. CUERDA RIEZU, *La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: por qué son inconstitucionales en España*, ed. Atelier, Barcelona, 2011, p. 27.

⁸²⁴ A. LAMAS LEITE, “Nueva penología, punitive turn y Derecho penal: *quo vadimus? Por los caminos de la incertidumbre pos(moderna)*”, cit., p. 7.

IX. La reintroducción de la cadena perpetua bajo el nombre de prisión permanente revisable

Finalmente, este proceso descarnado de desmantelamiento del sistema progresivo y de individualización científica de la pena privativa de libertad, que busca la reinserción social del condenado, ha culminado con la reintroducción en el Código penal de la pena de cadena perpetua, bajo el nombre de “*prisión permanente revisable*”⁸²⁵.

En efecto, tras la reforma operada por la LO 1/2015, ha vuelto a primera línea de batalla una pena diseñada para privar de libertad de por vida, denominada la pena de prisión permanente revisable, una pena que se creía felizmente superada desde finales del siglo XIX. Este dato viene a poner sobre aviso de nuestro supuesto talente “democrático”.

En efecto, en el marco legal que establecen los arts. 36, 78 bis y 92, la pena de prisión permanente revisable es una pena de prisión para siempre, porque la propia pena no garantiza la salida con vida de la prisión, y su eventual revisión depende del comportamiento penitenciario del penado, que debe respetar los cánones de un “buen preso” si quiere salir de la cárcel vivo: solo sobre él recae todo el peso de la ley. Incluso en el caso de condenados enfermos muy graves con padecimientos incurables o septuagenarios, la recuperación de la libertad depende especialmente de su “escasa peligrosidad”. En este contexto de endurecimiento de la respuesta punitiva, que se constata al leer las expresiones que usa el legislador para hablar con quienes cometen delito (como “cumplimiento íntegro”, “prisión efectiva”, “respuesta contundente” o “preso”), llama la atención la confianza que deposita en el recluso, de quien espera que arrepintiéndose y colaborando con él, se convierta en su aliado, salvando por él la constitucionalidad de la propia pena.

En efecto, la Exposición de Motivos se afana en enfocar el análisis de la prisión permanente desde el prisma de la reinserción social a pesar de que se evita mencionar el art. 25.2 CE; esta forma de proceder, esto es, subrayando una idea y omitiendo el soporte de la idea, pone de manifiesto que más que un fin, la reinserción social parece un obstáculo a superar, de ahí que se difumine su fuerza y se convierta en mero pretexto. Y si es cierto que el legislador no puede garantizar la constitucionalidad de la pena, al admitirla, incumple el mandato que establece el art. 25.2 de “orientar la política penal y penitenciaria” a la reinserción social (STC 28/1988, de 23 de febrero, 72/1994, de 3 de marzo, y 75/1998, de 31 de marzo).

A esto ha de unírsele el efecto bonsái que han causado sobre la pena de prisión las sucesivas reformas del Código desde 2003, diseñando un sistema en virtud del cual los condenados cumplen sus condenas dentro de los establecimientos penitenciarios, por más tiempo y en grados menos proclives –por cerrados- a la reinserción social. Por tanto, el deterioro actual de la prisión cuando es temporal, es un aviso del fracaso futuro de la pena cuando sea permanente.

Por otra parte, la complejidad de la vida en prisión cuando de personas que tienen derecho a recuperar su libertad se trata es muy elevada: basta observar los índices de infracciones disciplinarias. Si a esto se le añade la pérdida del derecho a saber con certeza cuánto tiempo puede el Estado privarle a una de libertad, a fin de poder ir organizando el resto de su vida, puede entenderse que se trata de una pena que vendrá a hacer más violenta la violenta vida carcelaria. Sin duda alguna, los riesgos de fuga y de comportamientos más peligrosos son superiores que cuando de otras penas se trata, en la medida en que la mayor pena pendiente y las peores condiciones de cumplimiento, envalentonarán a los condenados, a quienes les merecerá la pena “*arriesgarse*”.

Pero la excepcionalidad de esta pena es aún mayor si se tiene en cuenta que se trata de una pena fija, dispuesta como pena única, lo que priva al tribunal sentenciador de su facultad de graduar la cantidad de injusto y de culpabilidad a través del sistema general de una pena base conformada por un límite mínimo y otro máximo. De esta forma, se desprecian las circunstancias atenuantes y/o agravantes que concurran y que no determinen la imposición de pena inferior en grado, con lo que se puede estar causando el efecto criminógeno de que los autores actúen de la forma más atroz posible, porque si el plus de daño que causan no es por sí mismo constitutivo de delito, sale gratis.

Tras la reforma, los arts. 36, 78 bis y 92 del Código penal contienen un verdadero compendio de derecho penitenciario especial para la prisión permanente y su inclusión ahí, en vez de en la LOGP tiene mucha significación, porque pone de manifiesto que la verdadera finalidad que tiene el legislador al incorporar esta pena al ordenamiento jurídico es la de ampliar la afflictividad de la reclusión para los condenados. Con este simple gesto, se confunden los fines preventivos generales y especiales de la pena con la reinserción social, única finalidad que ha de perseguir el Derecho penitenciario, que a su vez, al aterrizar en el conjunto de un Código penal tan embrutecido, saborea esa mezcolanza de fines también.

De ahí que resulte sorprendente que la entrada en vigor de la pena de prisión permanente no se haya hecho coincidir con otros cambios legales. En este sentido, en primer lugar, a pesar del conjunto de disposiciones penitenciarias incluidas en el Código penal, la LOGP necesita urgentemente ser reformada a fin de que se recoja el régimen de vida de estos condenados (cuáles son los establecimientos penitenciarios de máxima seguridad que ejecutarán estas penas y dónde estarán ubicados; qué régimen va a pautar la vida en su interior ¿un régimen de primer grado “agravado”?; ¿una especie de aislamiento en celda permanente?; cuáles son los derechos de los que van a poder disfrutar los penados (recibir visitas, correspondencia, asistencia sanitaria en caso de hospitalización; separación por sexo; madres con hijos, etc.).

Muy urgente es también la reforma de la LECr, porque se deben aclarar cuestiones básicas sobre el control de la ejecución de la pena y sobre todo, sobre el órgano al que se encarga la “revisión” de la prisión permanente: el “tribunal” de vigilancia penitenciaria al que se refiere el Código penal, no nato hoy, pero que convive teóricamente desde el pasado 1 de julio de 2015 con los juzgados de vigilancia penitenciaria que carecen de competencia en la ejecución de la pena de prisión permanente⁸²⁶. Esto significa que a la fecha del nacimiento de la pena no estaba ya aprobado el órgano que velará por los derechos de los reclusos condenados a ella. El mero hecho de que no se haya sincronizado la entrada en vigor de la reforma penal y de la regulación de los tribunales que han de velar por su ejecución deja al descubierto cierta falta de sensibilidad y de compromiso con las garantías del penado por parte del legislador, por ejemplo, asegurando ab initio, como se señalaba anteriormente, la existencia de un turno de oficio en los Colegios de Abogados que garanticen asistencia letrada especializada en prisión en materia penitenciaria.

Quedan pues cuestiones procesales de trascendental importancia pendiente de futuros cambios, que sin duda alguna serán tenidas en consideración por el Tribunal Constitucional cuando tome partido por la constitucionalidad o no de la inclusión en el Código penal de la pena de prisión permanente revisable.

.....
⁸²⁶ J. MUERZA ESPARZA, “La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en España”, en Revista de Derecho y Proceso Penal, 2009/1, p. 35.

La falta de coincidencia en el tiempo de estas necesarias reformas pone de manifiesto que se trata de una pena de prisión permanente, que es lo esencial. Su revisión no es más que un mero accesorio penológico.

Con tanta carga de agresividad, parece que el legislador hace más que Derecho penitenciario, una suerte de química penitenciaria, en la que sustituye acciones por reacciones, derechos por deberes, cárceles por laboratorios, e ignora que la ley penitenciaria debe ser proactiva, esto es, ir dirigida a facilitar la vuelta de quien está cumpliendo la pena a vivir en libertad, no a impedirlo, como así hacen los arts. 36.3, 78 bis y 92, si el propio recluso no lo impide.

En este sentido, el modelo de Estado social y democrático de derecho diseñado por la Constitución de 1978, obliga a los poderes públicos, a remover los obstáculos para que la libertad y la igualdad de las personas y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas. Penas como la prisión permanente revisable, aprobadas por las mayorías parlamentarias pertinentes son penas democráticas porque así lo determina una simple operación matemática, pero no por ello son ya “ajustadas a derecho”, atributo que les garantiza su legitimidad material.

La democracia no puede quedar jamás reducida a un mero procedimiento.

X. Conclusión

El examen sobre la sustitución del sistema progresivo y de individualización científica de la ejecución de la pena privativa de libertad en España ha puesto de manifiesto que al día de hoy, el legislador ha revestido a la ejecución de la pena y con ella al Derecho penitenciario de un carácter punitivo propio del Código penal: de ahí que con la excepción de la reforma del art. 72.7 de la LOGP, el resto de disposiciones que han sido utilizadas para darle forma al nuevo modelo “penal-penitenciario” se encuentran ubicadas dentro del Código penal. Esto significa que el Derecho penitenciario ha dejado de ser un cuerpo extraño al Derecho penal: ambos persiguen ya idénticos fines, pasando el de reinserción social del condenado, que en exclusiva perseguía el Derecho penitenciario, a quedarse fuera del tablero de ajedrez en el que ha quedado reducido el nuevo sistema: jaque mate.

Bibliografía

- 📖 ACALE SÁNCHEZ, M., “Del Código penal de la democracia, al Código penal de la seguridad”, en F. Pérez Álvarez, Serta in Memoriam Alexandri Baratta, ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004.
- 📖 ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho. Especial referencia al Tratamiento penológico del delincuente imputable peligroso*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2010.
- 📖 ACALE SÁNCHEZ, M., “Química penitenciaria”, en *Nueva Tribuna*, www.nuevatribuna.es, 29 de junio de 2015.
- 📖 ACALE SÁNCHEZ, M., *La prisión permanente revisable: ¿pena o cadalso?*, ed. Iustel, Madrid, 2016.

- 📖 ANTÓN ONECA, J., Derecho penal, ed. Reus, Madrid, 1930.
- 📖 BARBERO SANTOS, M., “La pena de muerte, problema actual”, en el mismo, Estudios de Criminología y Derecho penal, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1972.
- 📖 BARBERO SANTOS, M., Pena de muerte (el ocaso de un mito), ed. Depalma, Buenos Aires, 1985.
- 📖 BRANDARIZ GARCÍA, J.A., Política criminal de la exclusión, ed. Comares, Granada, 2007.
- 📖 Cervelló Donderis, V., Derecho Penitenciario, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2015.
- 📖 CID MOLINÉ, J., “El incremento de la población reclusa en España entre 1996-2006: Diagnóstico y remedios”, en Revista Española de Investigación Criminológica (www.criminología.net), 2008/2.
- 📖 CID MOLINÉ, J., “El sistema penitenciario en España”, en Revista Jueces para la Democracia, 2002/45.
- 📖 CID MOLINÉ, J., y Larrauri Pijoán, E., Penas alternativas a la prisión, ed. Bosch, Barcelona, 1997.
- 📖 CUERDA RIEZU, A., La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: por qué son inconstitucionales en España, ed. Atelier, Barcelona, 2011.
- 📖 DE GIORGI, A., El gobierno de la excedencia. Postfordismo y control de la multitud, ed. Traficantes de Sueños. Mapas, Madrid, 2006 (traducción: José Ángel Brandariz García y Hernan Bouvier).
- 📖 DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., El trabajo penitenciario resocializador. Teoría y regulación positiva, ed. Caja de Ahorros Provincial de Guipúzcoa, San Sebastián, 1982.
- 📖 DÍAZ PITA, M.M. y Faraldo Cabana, P., “La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas del Código penal de 1995”, en Revista de Derecho y Proceso Penal, 2002/7.
- 📖 DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, en AA.VV., Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología, Universidad de Educación a Distancia, Madrid, 2001.
- 📖 DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “La evolución del sistema de penas en España: 1975-2003”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, www.criminet.ugr.es/recpc 2006 (una versión más reducida de este trabajo puede verse en Jueces para la Democracia, 2004/49).
- 📖 FERDINAND, T. N., “¿Funcionan las penas?”, AA.VV., Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología, Universidad de Educación a Distancia, Madrid, 2001.
- 📖 FOUCAULT, M., Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión, ed. Siglo XXI, Madrid, 2009 (traducción: A. Garzón del Camino).

- 📖 GARCÍA ARÁN, M., Fundamentos y aplicación de las penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995, ed. Aranzadi, Pamplona, 1997.
- 📖 GARCÍA RIVAS, N., El poder punitivo del Estado democrático, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996.
- 📖 GARCÍA RIVAS, N., El poder punitivo en el Estado democrático, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996.
- 📖 GARCÍA VALDÉS, C., Derecho penitenciario (Escritos, 1982-1989), ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.
- 📖 GARCÍA VALDÉS, C., La ideología de la reforma penitenciaria española del Siglo XIX, ed. EDISOFER, Madrid, 2006.
- 📖 GÓMEZ BRAVO, J., “El desarrollo penitenciario en el primer franquismo (1939-1945), en Hispania Nova. Revista de Historia Contemporánea, 2006/6, <http://hispanianova.rediris.es>.
- 📖 GRIJALBA LÓPEZ, J.C., “La redención de penas por el trabajo y el adelantamiento de la libertad condicional: la Disposición Transitoria 2ª. a) del Reglamento Penitenciario”, en Revista de Derecho Penitenciario, 1995/246.
- 📖 Grupo de Estudios de Política Criminal, Una propuesta alternativa al sistema de penas y su ejecución, y a las medidas cautelares personales, ed. Grupo de Estudios de Política Criminal, Málaga, 2005.
- 📖 HORMAZÁBAL MALAREÉ, H., “Política criminal en el Estado Democrático”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1984/XXXVII.
- 📖 JIMÉNEZ DE ASÚA, L., Antón Oneca, J., Derecho penal conforme al Código penal de 1928, ed. Reus, Madrid, 1929.
- 📖 JIMÉNEZ DÍAZ, M.J., Seguridad ciudadana y Derecho penal, ed. Dikynson, Madrid, 2004.
- 📖 KURY, H., “Sobre la relación entre sanciones y criminalidad, o: ¿qué efecto preventivo tienen las penas”, en AA.VV., Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología, Universidad de Educación a Distancia, Madrid, 2001.
- 📖 LAMAS LEITE, A., “Nueva penología, punitive turn y Derecho penal: quo vadimus? Por los caminos de la incertidumbre pos(moderna)”, en InDret, 2013/2.
- 📖 LANDROVE DÍAZ, G., El nuevo Derecho penal, ed. Tiran lo Blanch, Valencia, 2009.
- 📖 MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “El cumplimiento íntegro de las penas”, en Actualidad Penal, 2003/7.
- 📖 MAPELLI CAFFARENA, B., Principios fundamentales del sistema penitenciario español, ed. Bosch, Barcelona, 1983.

- 📖 MESTRE DELGADO, E., “La reforma permanente como (mala) técnica legislativa en Derecho penal”, en *La Ley Penal, Revista de Derecho penal, Procesal y Penitenciario*, 2004/1.
- 📖 MUERZA ESPARZA, J., “La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en España”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 2009/1.
- 📖 MUÑOZ CONDE, F., “El nuevo derecho penal autoritario: consideraciones sobre el llamado ‘Derecho penal del enemigo’”, en G. Portilla Contreras, *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, ed. Universidad Internacional de Andalucía-Akal, Madrid, 2005.
- 📖 MUÑOZ CONDE, F., “La transformación jurídica de las dictaduras en democracia y la elaboración jurídica del pasado”, en *Revista Penal*, 2008/22.
- 📖 MUÑOZ CONDE, F., “Penas y medidas de seguridad: monismo versus dualismo”, en el mismo, *Derecho penal y Control social*, ed. Fundación Universitaria de Jerez, Jerez, 1985.
- 📖 PACHECO, J.F., *El Código penal. Concordado y comentado, Tomo I*, imprenta de la Viuda de Perinat y Compañía, Madrid, 1856.
- 📖 PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- 📖 RIVERA BEIRAS, I., (dir.), *La cuestión carcelaria. Historia, Epistemología, Derecho y Política penitenciaria*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.
- 📖 RODRÍGUEZ YAGÜE, C., Guisasola Lerma, C., Acale Sánchez, M., “La libertad condicional”, en J. Álvarez García, *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- 📖 ROLDÁN BARBERO, H., “El uso de la libertad condicional y su influencia en el tamaño de la población reclusa en España”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, RECPC* www.criminet.ugr.es/recpc 12-04 (2010).
- 📖 SALLILLAS, R., *La vida penal en España*, imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1888, edición facsímil a cargo de Jiménez Gil, Pamplona, 1999.
- 📖 SANZ DELGADO, E., “Los orígenes del sistema penitenciario español: Abadía y Montesinos”, en J.M. Terradillos Basoco, (coord.), *Marginalidad, cárcel, las “otras” creencias: primeros desarrollos jurídicos de “La Pepa”*, ed. Servicio de Publicaciones de la Diputación de Cádiz, Cádiz, 2008.
- 📖 SANZ DELGADO, E., *El humanitarismo penitenciario español del siglo XIX*, ed. EDISOFER, Madrid, 2003.
- 📖 TÉLLEZ AGUILERA, A., “La Ley de Cumplimiento íntegro y efectivo de las penas. Una nota de urgencia”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2003/4.

- 📖 TERRADILLOS BASOCO, J.M., “La Constitución penal. Los derechos de la libertad”, en J.R. Capella Hernández (dir.), *Las sombras del sistema constitucional español*, ed. Trotta, Madrid, 2003.
- 📖 TERRADILLOS BASOCO, J.M., “La revisión del pasado y la ley de memoria histórica”, en F. Muñoz Conde y T. Vormbaum (dirs.), Humboldt-Kolleg “La transformación jurídica de las dictaduras en democracias y la elaboración jurídica del pasado”, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 245 y ss (publicado también en Alemania: “Die Aufarbeitung der Vergangenheit in Spanien und das Gesetz sur geschichtlichen Erinnerung”, en *Jornal der Juristischen Zeitgeschichte*, 2009/1, pp. 1 y ss).
- 📖 TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Regulación española de las medidas de seguridad y garantías individuales*, ed. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1980.
- 📖 VALEIJE ÁLVAREZ, I., “La reforma del régimen de la accesoriedad penal. Especial referencia al Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código Penal de 2007”, en J. Álvarez García (dir.), *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- 📖 VALEIJE ÁLVAREZ, I., “La regulación de las penas accesorias en el Código penal de 1995”, en ADPCCPP, 2007/60.
- 📖 Varona Gómez, D., “Ciudadanos y actitudes punitivas: un estudio piloto de población universitaria española”, en *Revista Española de Investigación Criminológica*, www.criminologia.net, 2008/6.
- 📖 VIADA Y VILASECA, S., *Código penal reformado de 1870*, ed. Tipografía de Manuel Ginés Hernández, Madrid, 1890.
- 📖 VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La protección de las víctimas en el proceso penal: consideraciones generales e instrumentos de protección”, en J.M. Tamarit Sumalla (coord.), *El estatuto de las víctimas de delitos: comentarios a la Ley 4/2015*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- 📖 VIVES ANTÓN, T.S., “Reforma política y Derecho penal”, en el mismo, *La libertad como pretexto*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- 📖 ZAFFARONI, E.R., *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, cit., ed. EDIAR, Buenos Aires, 2009.

● ¿CÓMO PRESENTAR ARTÍCULOS PARA LAS PUBLICACIONES DE LA ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL?

Se hace extensiva la invitación a todos los profesionales del derecho a continuar brindando sus aportes en las diversas publicaciones de este Consejo, puede enviar sus artículos, ensayos, investigaciones o reseñas a:

Dirección postal:

Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo” del Consejo Nacional de la Judicatura, Final Calle Los Abetos N° 8, Colonia San Francisco, San Salvador. El Salvador

Dirección electrónica:

comiteditorial@cnj.gob.sv.

Los ejes de interés de nuestra revista giran en torno a tópicos jurídicos y sobre el funcionamiento administrativo y judicial del sistema de administración de justicia en El Salvador. Las contribuciones deberán cumplir con los siguientes requisitos:

Extensión y abstracto

Los artículos no deberán superar las 25 páginas, escritas a espacio y medio, en letra times 12 o equivalentes para artículos o ensayos; las reseñas bibliográficas no deben sobrepasar las 3 páginas.

Tanto artículos como ensayos deben contener un abstract o resumen de un aproximado de 10 líneas, así como un sumario, con los principales apartados que se desarrollan. En cuanto a las reseñas o recensiones llevarán un título, relacionado a su contenido, y una descripción de la obra reseñada que seguirá este esquema: AUTOR, título, año, número de páginas.

Datos curriculares.

Todas las contribuciones deberán incluir una pequeña referencia a los datos curriculares del autor: su formación o profesión, publicaciones –si las hubiera- o áreas profesionales de trabajo, adscripción institucional, y dirección electrónica de contacto, pudiendo adjuntarse el CV del autor.

Sistema de citas

De preferencia puede utilizarse el sistema tradicional de citas bibliográficas con notas a pie de página, o también el abreviado o Estilo APA donde la referencia bibliográfica va incorporada entre paréntesis dentro del texto y remite a una bibliografía final, o el Chicago.

De forma ejemplificativa, a continuación indicamos la estructura de citas en texto bajo los estilos o modelos referidos: APA y Chicago.

Sistema APA.

Forma de citar en el texto principal de un documento:

Las citas textuales deben ir entrecomilladas.

Ejemplo: *“La violencia contra el niño puede ser ejercida en diversos espacios como la escuela, el trabajo, en las instituciones estatales mismas encargadas de proteger el niño, y también en el hogar”* (Prado, 2014: 79).

Para citar una publicación producida por una organización, la primera referencia a ésta incluirá su nombre completo, y en las citas subsiguientes se podrán utilizar las siglas que la identifican.

La primera vez: Las mujeres latinoamericanas (Instituto Interamericano de Derechos Humanos –IIDH–, 1997: p. 85).

Las ulteriores veces:

La situación de los derechos de las mujeres (IIDH, 1997: p.8).

Formas de presentar la bibliografía al final del trabajo

Las referencias bibliográficas deben presentarse del siguiente modo:

Libro:

Autor, iniciales (Año). Título del libro. Lugar de la publicación: Editor.

Ejemplo: Pisarello, G. (2007). Los derechos sociales y sus garantías. Madrid: Trotta.

Artículos en revistas científicas.

Autor, iniciales. (año). Título del artículo. Título de la revista, volumen (número, si hay), páginas donde inicia y finaliza el artículo.

Ejemplo: De la Torre, A. (2005). Los derechos humanos: su fundamentación y alcances.

En Ventana Jurídica, II (6), 173-184.

Prado, L. (2014), ¿Es el uso del castigo corporal y humillación una pauta de crianza con reconocimiento legal en El Salvador? En Ventana Jurídica, Vol.2 (Año VII), 68-103.

Artículos en revistas de circulación masiva o periódicos.

Autor, iniciales.(año, fecha). Título del artículo. Título de la revista o periódico, páginas en las que inicia y finaliza el artículo.

Ejemplo: Portillo, R. (2012, 15 de julio). El código de Las Palmas. Séptimo Sentido, La Prensa Gráfica, pp. 6-11.

Publicaciones oficiales de algún gobierno.

País. Dependencia gubernamental.(año). Título del documento. Lugar de publicación: Editorial. Gran Bretaña. Ministerio del Interior. (1994). Política de las prisiones para Inglaterra y el País de Gales. Londres: HMSO.

Estilo Chicago.

Las citas textuales deben ir entrecomilladas.

“La violencia contra el niño puede ser ejercida en diversos espacios como la escuela, el trabajo, en las instituciones estatales mismas encargadas de proteger el niño, y también en el hogar” (Rodríguez y Prado, 2014, 79).

Formas de presentar la bibliografía al final del trabajo.

Cita de monografías o libros:

Foucault, Michael. 1996. La verdad y las formas jurídicas. Barcelona: Gedisa.



IMPRESO EN
EL SALVADOR, C.A.

por: Asociación Institución
Salesiana

IMPRESA Y OFFSET RICARDONE

Final Av. Hno. Julio Gaitán,
Santa Tecla Telefax: 2229-0308

1275 Ejemplares
c.1592 / noviembre 2016

CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA

SEDES

ZONA CENTRAL

CALLE LOS ABETOS N°13-A,
COL. SAN FRANCISCO, SAN
SALVADOR, TEL. 2523-3200
Y 2523-3202.

EMAIL: ECJ@CNJ.GOB.SV

ZONA OCCIDENTAL

1ª CALLE ORIENTE Y 5ª
AVENIDA SUR #53 SANTA
ANA, TEL. 2486-3701 Y
2486-3725.

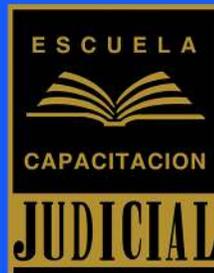
EMAIL: OAVILES@CNJ.GOB.SV

ZONA ORIENTAL

4AV. SUR # 604 BIS, CUADRA
Y MEDIA AL SUR DEL EX CINE
BARRIOS, BARRIO EL
CALVARIO, SAN MIGUEL.
TEL. 2661-4430 Y
2661-5094

EMAIL:OANDRADE@CNJ.GOB.
SV

NUESTRO SITIO WEB
WWW.CNJ.GOB.SV



Miembros del Pleno

Lic. María Antonieta Josa de Parada
Presidenta

Lic. Alcides Salvador Funes Teos
Consejal

Licda. Doris Deysi Castillo de Escobar
Consejal

Licda. María Petrona Chávez Soto
Consejal

Lic. Santos Cecilio Treminio Salmerón
Consejal

Licda. Gloria Elizabeth Álvarez Álvarez
Consejal

Lic. Carlos Wilfredo García Amaya
Consejal

