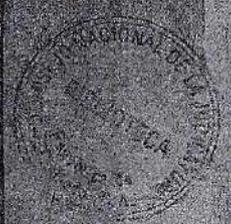


Ventana

J u r í d i c a

No. 7

Año IV - Vol. 1
Enero - junio 2008



“Proyecto de Reducción y Control de la Impunidad en los Delitos
Violentos Contra los Hombres y Mujeres. Fase III (AECID-UTE-CNJ)”

“Proyecto de Reducción y Control de la Impunidad en los Delitos
Violentos Contra los Hombres y Mujeres. Fase III (AECID-UTE-CNJ)”

**PUBLICACIÓN DEL
CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA**



6 0 0 7 1 6

600716

VENTANA JURÍDICA

**PROYECTO DE CONTROL Y REDUCCIÓN DE LA IMPUNIDAD
EN LOS DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD FÍSICA
DE HOMBRES Y MUJERES. FASE III (AECID-UTE-CNJ)**

No. 7

REPÚBLICA DE EL SALVADOR

Año IV - Vol. 1

Enero - Junio 2008

PLENO DEL CONSEJO

Presidencia

Lic. David Gonzalo Cabezas Flores

Consejales Propietarios

Dr. Jorge Efraín Campos

Lic. José Ricardo Chigüila Durán

Licda. Margarita Romagoza de López Bertrand

Lic. Santos Cecilio Treminio Salmerón

Licda. Nora Montoya Martínez

Lic. Carlos Arnulfo Cándido

Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo
Proyecto de Control y Reducción de la Impunidad en los Delitos Contra la
Vida y la Integridad Física de los Hombre y Mujeres. Fase III (AECID-CCSJ)

Juan Ignacio Pita, Coordinador de la Oficina Técnica de Cooperación
Embajada de España en El Salvador.

Dr. Roberto Rodríguez Meléndez, Director del Programa de Justicia.

ISSN 2070-3120

Los artículos publicados son de la exclusiva responsabilidad de sus autores

Consejo Nacional de la Judicatura
Final Calle Los Abetos N°. 8 Colonia San Francisco, San Salvador
Tels. 2245-2449, 2245-2450 y 2245-2451.

1.	Derecho Penal y contratación bancaria.....	1
	<i>Adán Nieto Martín</i>	
2.	La valoración de la prueba: verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión.	55
	<i>Jordi Ferrer Beltrán</i>	
3.	La pericia sicológica	81
	<i>Eduardo de Urbano Castrillo</i>	
4.	Evaluación forense de la psicopatía mediante la psychopathy screening versión. Peligrosidad del psicópata: pronóstico. Perfiles criminales en el escenario del crimen... 91	
	<i>Dr. Ángel Cuquerella Fuentes</i>	
5.	Respuesta penal frente a fraudes cometidos en internet: estafa informática y los nudos de la red.....	117
	<i>Javier Gustavo Fernández Teruelo</i>	
6.	La fuerza vinculante del precedente judicial	145
	<i>Juan Igartua Salaverría</i>	

PRESENTACIÓN

Con la edición número siete de la revista *Ventana Jurídica*, el Consejo Nacional de la Judicatura y su Escuela de Capacitación Judicial "Dr. Arturo Zeledón Castrillo", pretenden continuar con el esfuerzo institucional de difundir temas, estimular más reflexiones e intensificar el debate académico, para acrecentar –y diversificar– mucho más el pensamiento jurídico entre: la planta funcionarial y operacional del sistema administrador de justicia, el gremio jurídico en ejercicio libre, estudiantes de jurisprudencia y la comunidad jurídica en general.

Quienes disfruten de esta revista, podrán determinar que el contenido y contexto socio-geográfico de los artículos: *Derecho Penal y contratación bancaria* (de Nieto Martín) y *Respuesta penal frente a fraudes: estafa informática y los nudos de la red* (rubricado por Fernández Teruelo), son dos interesantes parcelas temáticas, extraídas de la colosal y dinámica realidad de nuestros días, que apurados corren por el acelerado mundo globalizado que, hoy más que ayer, opera con la vertiginosa industria de las tecnologías informáticas y comunicativas, que van desplazando prácticas, influyendo conductas y generando nuevos referentes que modifican imparablemente las ideas, aspiraciones y relaciones de las sociedades en general, independientemente estén ubicadas en los centros –o en los márgenes– mundiales del desarrollo histórico.

Especial interés podrán despertar en nuestra población destinataria, los otros tres aportes de este número –*La valoración de la prueba: verdad de los enunciados probatorios* (suscrito por Jordi Ferrer Beltrán); *La pericia psicológica* (creado por Eduardo de Urbano Castrillo) y *Evaluación forense de la psicopatía...* (escrito por Ángel Cuquerella Fuentes)– temas que, por tratar aspectos temáticos muy específicos, gravitan en las complejas dimensiones en las que se desempeñan las funcionarias y funcionarios judiciales, responsables de examinar y decidir delicados casos como los penales, familiares, penitenciarios y de justicia penal juvenil. Tales labores judiciales se complejizan cada vez más, debido al ritmo con que la tecnología va influyendo todos los hechos de la realidad humana, incluso los de relevancia jurídica –a cada paso más sofisticados– que demandan mayores niveles de: conocimientos, análisis, habilidades técnicas e integridad humana y profesional.

El artículo de Juan Igartua Salaverría –*La fuerza vinculante del precedente judicial*– podría ser una valiosa oportunidad para reflexionar sobre un campo en el que las fronteras de las competencias naturales de los órganos legislativo y judicial, contraponen claramente la generalidad-abstracción de la norma jurídica

y la particularidad-concreción que la jurisprudencia enfrenta y resuelve a cada momento. Sin duda que éste ha sido, es y será —quizá siempre— uno de los temas en que las potestades de los órganos-instituciones colisionan frontalmente con uno de los más importantes principios que rigen a los órganos-personas de la administración de justicia...la independencia judicial.

El Pleno del Consejo Nacional de la Judicatura y el equipo de trabajo de la Escuela de Capacitación Judicial, confían en que los temas de esta séptima edición de *Ventana Jurídica*, podrán ser estímulos intelectuales para quienes —desde sus diferentes roles— integran y dinamizan el sistema de administración de justicia. En igual sentido, se espera que todas las experiencias, inquietudes y necesidades temáticas, dignas de ser "puestas en común", puedan llegar a constituir el principal afluente para continuar con este esfuerzo editorial que busca —mediante esta alternativa para el debate académico y empírico— cualificar constantemente el servicio de administración de justicia.

CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA

1. DERECHO PENAL Y CONTRATACIÓN BANCARIA

Adán Nieto Martín
Prof. Titular de derecho penal
Instituto de derecho penal europeo e internacional
Universidad de Castilla la Mancha

SUMARIO

I. Derecho penal bancario. II. Las entidades de crédito como *law enforcement agencies*. II.1. Blanqueo de capitales. II. 2. Financiación del terrorismo. II. 3 Fraude fiscal. III. 4. Secreto bancario. IV. Falsificación y uso abusivo de tarjetas. IV Protección penal de crédito. IV.1. Estafa de crédito. IV. 2. Estafa mediante letra de cambio, negocio cambiario ficticio o en blanco. IV. 3. La obtención fraudulenta de crédito a través de tarjetas de crédito. IV. 4. El delito de falsedad en las cuentas anuales y la estafa de crédito (art. 290). IV. 5. Administración desleal en la concesión del crédito y en la gestión de valores.

Las conductas delictivas que pueden cometerse con ocasión de la contratación bancaria son tan numerosas y variopintas que un estudio de todas ellas podría convertirse fácilmente en un abreviado compendio de Parte Especial, donde se abordase desde el estudio de delitos como la estafa, las falsedades documentales, la administración desleal, hasta otros como el blanqueo de capitales, la falsificación de tarjetas de crédito, el delito publicitario etc.. Con el fin de mostrar las distintas tipologías y variantes delictivas, sin necesidad de realizar un desarrollo temático semejante, la primera parte de este trabajo (I) ofrece un esquema general en el que se sistematizan las relaciones entre la actividad bancaria y el derecho sancionador (penal y administrativo), para a continuación abordar, más pormenorizadamente, el estudio de las modalidades delictivas que pueden considerarse más importantes para la práctica: (II) blanqueo de

capitales, secreto bancario y conductas de participación del banco en comportamientos delictivos de clientes (III), falsificación de tarjetas (IV), estafa de crédito y administración desleal en la concesión de crédito.

I. El derecho penal bancario

A diferencia de lo que ocurre en países cercanos, entre nosotros apenas si existen estudios doctrinales en los que se intente sistematizar las relaciones entre la actividad bancaria y el derecho penal (vid. por ejemplo d'Agostino/Salomone/Santiorello, *I reati bancari, Trattato di diritto penale dell'impresa*, diretto da Di Amato, Cedam, Milan, 2004, o Otto, *Bankentätigkeit und Strafrecht*, Carl Heymann, Köln, 1983; el único intento sistemático en la doctrina española es el de Silva Sánchez, *El derecho penal bancario en España*, Actualidad Penal, 1994, nº 48). Seguramente esta circunstancia se deba a la elección de política jurídica consistente en utilizar el derecho sancionador administrativo, en lugar del derecho penal, con el fin de tutelar la estabilidad del sistema bancario y los intereses de los consumidores. Como es conocido, la intervención del *ius puniendi* en el sector bancario se articula a través de la Ley de disciplina e intervención de las entidades de crédito (LDIEC). Igualmente el derecho penal español carece de tipos penales específicos con el fin de sancionar la actividad delictiva del banco o contra los intereses de la entidad de crédito. Esta situación no impide, sin embargo, que el derecho sancionador bancario español carezca de coherencia. Las distintas infracciones administrativas enlazan con un tipo penal (estafa, administración desleal, obstaculización a la actuación de supervisión administrativa, falsedad en las cuentas anuales o delito publicitario) que sirve para sancionar los supuestos más graves, actuando como precepto de cierre. De modo aproximado puede decirse que las infracciones administrativas sancionan comportamientos que suponen únicamente un peligro abstracto para los intereses patrimoniales relacionados con la actividad bancaria, mientras que la intervención penal aparece bien cuando este peligro se concreta o aumenta (delito publicitario, falsedad en las cuentas anuales), bien cuando se produce un perjuicio patrimonial. La relación entre ambos bloques normativos se resuelve a través de la actuación del principio constitucional de *ne bis in idem*, sin que la ubicación de la disciplina bancaria como una relación de sujeción especial o como un ordenamiento sectorial, deba afectar a su plena vigencia, pues tal como se acaba de indicar en la mayoría de los casos las infracciones penales y las sanciones administrativas tutelan un mismo bien jurídico existiendo entre ellas una relación de consunción. Ello exige

que el art. 2 LDICE se interprete de modo conforme con la Constitución (Celemín Santos, *Derecho sancionador y mercado de crédito*, Bosch, Barcelona, 2001, p. 122; De León Villalba, *Acumulación de sanciones penales y administrativas* 1998, p. 340 ss; Nieto Martín, *El delito de administración fraudulenta*, Praxis, Barcelona, 1996, p. 153).

La situación del ordenamiento español contrasta en cualquier caso con lo que ocurre, por ejemplo, en Italia donde la Ley bancaria contiene tipos penales, que además de multas establecen penas privativas de libertad de seis meses hasta tres años para conductas como la admisión de ahorro público sin haber obtenido la perceptiva autorización o el ejercicio de cualquier otra actividad financiera; la utilización indebida del nombre de banco (vid. art. 130-133 del Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (d. lgs. 1 settembre 1993, n. 385 - TUB -); la comunicación de hechos falsos a la Banca de Italia o la obstaculización del ejercicio de sus funciones de vigilancia (art. 34 del TUB). El *testo unico* contiene además otros delitos que podrían ser considerados supuestos específicos de estafa de crédito - el *mendacio bancario* art. 137.1 del TUB), de administración desleal en la concesión del crédito (art. 137.2 TUB) o de falsedad en la información societaria (art. 139.2 y art. 140.2 del TUB). Igualmente tanto en Francia como en Alemania constituye delito el ejercicio habitual de la actividad bancaria sin autorización, la utilización de denominaciones fraudulentas que entrañan confusión sobre el tipo de actividad que desarrolla la empresa (art. 10 y 75 loi nº 84-86 du 24 janvier 1984 y §§ 3 y 54 Gesetz über das Kreditwesen KWG), el incumplimiento de obligaciones contables (art. 54 ss, 80 ss loi nº 84-86 du 24 janvier 1984, la obstaculización de las labores de inspección (art. 79 loi nº 84-86 du 24 janvier 1984, § 55 a) b) KWG) o la estafa de crédito (§ 265 b del Código penal alemán) (para el derecho italiano vid. Foffani, en *Manuale di diritto penale dell'impresa*, 2ª ed, Monduzzi Editore, Bologna, 1998, p. 445 ss; sobre Alemania Kniere, en *Wabnitz/Janovsky, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, 2. Auf, Beck, München, 2004, p. 503 ss; para Francia Delmas Marty/Giudicelli Delage, *Droit pénal des affaires*, 4 edition, 2000, p 429 ss).

Aunque el ordenamiento comunitario ha armonizado en buena medida el derecho bancario de los países de la UE (Directiva del Consejo 89/646/CEE) no existen hasta la fecha proyectos de armonización en materia penal. El Banco central europeo tampoco ha asumido las competencias sancionadoras que están previstas en el 110.3 del TCE. Aunque entre sus competencias figura ya la supervisión prudencial de las

entidades de crédito y del sistema financiero, esta competencia se ejerce con pleno respeto a la labor supervisora de los bancos centrales nacionales (arts. 105.5 TCE, 25.2 de los Estatutos del SEBC y Celemín Santos, Derecho sancionador, op. cit, p. 45). Lo que si se ha implantado es un sistema de coordinación entre las autoridades nacionales supervisoras (vid. art. 6.1 del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio. Adaptación del derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades Europeas). La doctrina ha elaborado propuestas doctrinales de armonización del derecho penal económico, como los denominados *Eurodelitos*, en donde la intervención del derecho penal en la actividad bancaria se dota de figuras específicas como la estafa de crédito (art. 49), la administración fraudulenta en la concesión del crédito y en la intermediación financiera (art. 50 y 54, respectivamente), la realización no autorizada de operaciones bancarias (art. 55) y las falsas informaciones a las autoridades de control en el ejercicio de las actividades económicas (vid. Foffani, en Klaus Tiedemann (Hrsg), *Wirtschaftsrecht in der EU*, Kart Herman, Köln, 2002, p. 335 ss; una versión reducida en castellano en Tiedemann (dir), Nieto Martín (coord), *Eurodelitos. El derecho penal económico en la Unión Europea*. Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha, Cuenca, 2003, p. 109 ss).

El derecho sancionador bancario tutela en primer término bienes jurídicos supraindividuales, institucionales o colectivos (Silva Sánchez, *El derecho penal bancario*, op. cit, p. 901). La actividad bancaria no podría desarrollarse si no existiera una intervención sancionadora encaminada a tutelar la confianza en la correcta gestión, estabilidad y eficiencia de la entidad y sus administradores o la tutela de los consumidores. La consecución de este objetivo hace necesaria además una potente supervisión, por parte del Banco de España y de las autoridades de consumo, cuya correcta actuación es objeto de tutela por el derecho administrativo, pero también, en el caso del banco central, por el derecho penal (art. 294 CP). Naturalmente la tutela de intereses supraindividuales tiene su razón de ser en última instancia en la protección del patrimonio de los ahorradores, pero ésta vertiente patrimonial no es la directamente tutelada. Esta situación, aunque en sentido inverso, acaece también con aquellas infracciones cuyo bien jurídico inmediato es el patrimonio, como la estafa. Así por ejemplo en la estafa (art. 248 CP) que tiene como objeto la captación del crédito, se protege también indirectamente un bien jurídico de naturaleza supraindividual como es la economía crediticia. La duplicidad de intereses afectados por las conductas delictivas que van a estudiarse

deben tenerse en cuenta por ejemplo a la hora de la determinación de la pena (Martínez Buján, *Derecho penal económico*, Parte General, Valencia, 1998, p. 92).

Aunque el objetivo genérico del derecho bancario sea la tutela de la confianza, correcta gestión y protección del ahorro, este macrointerés podría descomponerse en siete conjuntos diferentes:

El primer grupo de infracciones son las que tutelan la *capacidad e idoneidad de la entidad de crédito*. El instrumento más básico para la protección de la confianza en el sistema bancario es controlar a priori, a través de una autorización previa, la idoneidad para ejercer esta actividad (art. 28 y 29 LDIEC). Este control posteriormente se extiende a todos los actos destacados en la vida de la entidad de crédito (fusiones, adquisición de participaciones que suponen el control de la entidad etc., vid. arts. 4. y 62 de la LDIEC, para mayores detalle Nieto Martín, *El delito de administración fraudulenta*, op. cit., p. 149 ss). Dentro de este grupo de infracciones habría que incluir también aquellas que protegen la *transparencia en la composición del accionariado*. Pues la idoneidad de la entidad no sólo depende de sus condiciones financieras, sino también de los accionistas que vayan a atener en ella una participación significativa, interés que es especialmente importante en el derecho bancario europeo, y que está justificado, hoy más que nunca, desde un punto de vista criminológico debido al peligro de que la criminalidad organizada se introduzca en esta actividad (Foffani, en *Diritto penale dell'impresa*, op. cit, p. 458, y más extensamente Foffani, *Proprietà e trasparenza nella disciplina dell'intermediazione finanziaria: riflessi penali*, Banca, Impresa, Società, 1992, n° 1). En el derecho comparado estos comportamientos, especialmente los denominados bancos de hecho, son sancionados penalmente. La aparición en los depositantes de un perjuicio patrimonial como consecuencia de haberse ocultado que la entidad carecía de la autorización necesaria, y, por tanto, de las condiciones de idoneidad para el ejercicio de esta actividad, puede ser constitutiva de un delito de estafa.

La *correcta gestión de la entidad de crédito*, con el fin de evitar cualquier riesgo para su patrimonio o el de los ahorradores, es el interés protegido por el segundo grupo de infracciones. Forman parte de este conjunto la falta de cobertura del coeficiente de recursos propios (art. 4 b) y c) LDIEC); las dotaciones insuficientes de reservas obligatorias y provisiones para insolvencias; el reparto de reservas sin la perceptiva

autorización (art. 4 a) 3 LDIEC); el incumplimiento de las normas vigentes en materia de límite de riesgos o de cualquier otra limitación al volumen de determinadas operaciones de activo o pasivo; la concesión de préstamos a empresas del mismo grupo o a una misma entidad (art. 5. i LDIEC, y art. 16.2 e la Ley 31/1985 sobre normas básicas de los órganos rectores de las Cajas de Ahorro); o, finalmente, el ejercicio por parte de la entidad de crédito de actividades ajenas a su objeto exclusivo legalmente determinado (arts 4 d) y 5 c). En este ámbito el delito de administración desleal de patrimonios o, en su caso, el de apropiación indebida actúan como preceptos de cierre, con el fin de sancionar los comportamientos más intolerables, caracterizados porque los administradores de la entidad bancaria infringiendo su deber de salvaguarda patrimonial lesionan dolosamente su patrimonio con el fin de beneficiarse ellos mismos o un tercero. Dentro de nuestro marco de estudio constituye un supuesto especialmente relevante, la concesión desleal de un préstamo por parte de un empleado de la entidad (cfr. Nieto Martín, El delito de administración desleal, p. 164 ss).

El interés supraindividual más relevante del derecho penal bancario es la *veracidad e integridad de la información* con el fin de asegurar frente a terceros la transparencia de la entidad. Las funciones que cumple este interés son varias e importantes. De un lado, el sistema bancario y singularmente los lazos de solidaridad existentes entre las entidades que conforman este ordenamiento sectorial, sólo son posibles si se establecen unas relaciones claras y transparentes, en cuya virtud las entidades financieras quedan obligadas a suministrar a sus homónimas y a la autoridad cabeza de grupo una información veraz sobre su estado financiero (Suay Rincón, en T. R. Fernández, Comentarios a la Ley de Disciplina e intervención de las entidades de crédito, 1989, p. 39). Pero lógicamente además de la importancia de la transparencia de la entidad hacia la autoridad bancaria, la corrección de la información es también decisiva para todos aquellos actores económicos que van a tomar decisiones económicas vinculadas con ésta. La transparencia de la información se refiere fundamentalmente a la situación patrimonial o financiera de la entidad. De este modo, se consideran infracciones muy graves el carecer de la contabilidad exigida legalmente o llevarla con irregularidades que impidan conocer la situación patrimonial y financiera de la entidad (art. 4. f) LDIEC), y el incumplimiento de la obligación de someter las cuentas anuales a auditoría conforme a la legislación vigente en la materia (art. 4 g) LDIEC). Otras infracciones contables, de carácter más formal en cuanto se refieren al incumplimiento de la normativa vigente, se consideran infracciones muy graves (art. 5 p

LDIEC). El art. 4 j) LDIEC sanciona como infracción grave “el incumplimiento del deber de veracidad informativa debida a sus socios, a los depositantes, prestamistas y al público en general, siempre que, por el número de afectados o por la importancia de la información, tal cumplimiento pueda estimarse como especialmente relevante”.

Al igual que ocurría con el interés consistente en una correcta gestión, este conjunto de sanciones administrativas constituyen el ámbito previo del art. 290 del Código penal donde se sanciona la falsedad de todo documento que deba reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la sociedad o a terceros. La tenue e insegura línea que separa a las infracciones previstas en la LDIEC de este precepto es de carácter cuantitativo, y debe buscarse en la idoneidad de la inexactitud de la información para generar un error en un agente económico medio a la hora de adoptar una decisión económica con relevancia patrimonial (más detalles Faraldo, Los delitos societarios, Valencia, 2000, p. 167 ss.).

La tutela eficaz de los intereses a los que acabamos de referirnos y, en líneas generales, la confianza en el sistema bancario se asegura merced al poder de supervisión que se le otorga a la autoridad bancaria, el Banco de España, cuyo poder fiscalizador se extiende a toda la actividad bancaria, y que es el órgano competente en la instrucción de los expedientes sancionadores por las infracciones previstas en la LDIEC. El cuarto componente del derecho sancionador – penal y administrativo – bancario es el dedicado a la protección de estos poderes de supervisión administrativa. La LDIEC considera infracción muy grave la negativa o resistencia a su actuación inspectora, siempre que medie requerimiento expreso y por escrito al respecto (art. 4 h). La falta de remisión al órgano competente de cuantos datos o documentos deban remitirse o requiera en el ejercicio de sus funciones, o la falta de veracidad en los mismos se considera infracción muy grave si con ello se dificulta la apreciación de la solvencia de la entidad (art. 4. y leve, en caso contrario (art. 5.1)). El art. 294 del Código penal actúa como precepto de cierre sancionando con pena de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses a los administradores de hecho o de derecho de la entidad sometida a supervisión que negaran o impidieran la actuación de las autoridades de supervisión. De acuerdo con el segundo párrafo del art. 294 la entidad de crédito podría ser sancionada con alguna de las medidas previstas en el art. 129 del Código penal. Las diferencias entre el tipo penal y las infracciones

administrativas de la LDIEC residen en un aspecto cuantitativo. La obstrucción punible es aquella que comporta un impedimento absoluto de la actividad inspectora o supervisora (cfr. Martínez Buján, Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial, Valencia, 2005, p. 451; monográficamente Martínez Ruiz, La tutela jurídico penal de las potestades administrativas de supervisión e inspección de los mercados financieros, Madrid, 2001).

Conjuntamente con estos sectores, forma parte también del derecho sancionador bancario aquella que tiene por objeto la *protección de los ahorradores en tanto que consumidores*. Si las infracciones anteriores se preocupan por la protección de la estabilidad y solvencia del sistema financiero, o dicho de una forma más concreta, de la tutela del derecho de los depositantes a la devolución de las cantidades depositadas, el conjunto de infracciones a la que ahora nos referimos tienen como misión proteger los derechos de los clientes en los diversos actos de contratación bancaria. De este modo, el art. 5 e) en conexión con el art. 48.2 a) de la LDIEC, considera como infracción grave el incumplimiento de las normas dictadas por el Ministerio de Economía y Hacienda que versen sobre: (a) los requisitos a los que están sujetos la formalización de los distintos contratos y los contenidos que en ellos necesariamente deben figurar; (b) la publicidad, por cualquier medio, de las operaciones activas y pasivas de las entidades de crédito; (c) y el control por parte de la administración de las condiciones relativas a las operaciones de activo y pasivo. Estas infracciones administrativas suponen la antesala del delito publicitario del art. 282 CP, que tutela el interés del grupo colectivo de los consumidores en la veracidad de los medios publicitarios. Hasta el momento, debe indicarse, los tribunales no han aplicado esta infracción a entidades bancarias en el momento de la contratación; lo que indica la efectividad del sistema de control administrativo y de su aparato sancionador (vid. Cuadrado Díez, en *Malas Prácticas Bancarias*, dir. Lunas Díaz, Madrid, 2002, p. 47 ss). El CP de 1995 inexplicablemente derogó el delito de usura, presente en todos los ordenamientos vecinos, que habría que incluir también en éste apartado.

Una de las líneas en auge de la política criminal contemporánea es la asignación a determinados operadores privados en un papel "policial" que les obliga a colaborar con la administración en la lucha contra determinadas tipologías delictivas, con ello no se pretende otra cosa que mejorar el *law enforcement* de determinadas disposiciones sancionadoras y propiciar un mayor control (Niето Martín, ¿Americanización o Europeización

del derecho penal económico europeo, Revista Penal, nº 19, Enero, 2007). El caso paradigmático es el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo (Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 1373 (2001) y Ley 12/2003, de 21 de Mayo, de prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo), más también este nuevo papel institucional ha provocado un recorte importante del secreto bancario, y hace igualmente posible que el incumplimiento de los deberes de colaboración de los empleados bancarios pueda utilizarse para fundamentar su castigo a título de partícipes - en comisión por omisión - en delitos como el fraude fiscal. Este cometido institucional es con toda seguridad el principal riesgo penal hoy existente para los operadores bancarios al realizar operaciones tan cotidianas como una apertura de cuenta de depósito o una transferencia. Aunque los bienes jurídicos protegidos por estos tipos penales son diversos, no cabe duda que la utilización de las entidades de crédito para el blanqueo de actividades delictivas puede poner en peligro tanto la solidez y estabilidad de la entidad o institución en cuestión como la credibilidad del sistema financiero en su conjunto y ocasionar con ello la pérdida de confianza del público (literalmente Directiva 2005/60/CEE relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo).

La estabilidad y la confianza en el sistema financiero no se pone en peligro únicamente por la conducta de las entidades bancarias y de sus empleados, sino que lógicamente también puede verse afectada por el *comportamiento de terceros*. El ejemplo paradigmático es el delito de *aggiotaggio bancario* del derecho italiano (art. 2637 del Código civil italiano) que sanciona con pena privativa de libertad de uno hasta cinco años la realización de operaciones simuladas o cualquier otro artificio idóneo encaminado no sólo a alterar el precio de instrumentos financieros, sino también a incidir de modo significativo en la confianza del público en la estabilidad patrimonial de un banco o de un grupo bancario. Aunque el delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas (Art. 284 CP) se refiere únicamente a los precios, dejando de lado la confianza en la entidad, en realidad puede desempeñar una función parecida en la tutela de la confianza, pues dado el carácter bursátil de las entidades de créditos es difícil imaginar un supuesto de alteración con la confianza que no se refleje en una alteración del precio de cotización de las acciones del banco, aspecto éste que sí queda cubierto por las maquinaciones. Mas dentro de la práctica española, las conductas de terceros más significativas son aquellas que afectan no a la estabilidad del sistema financiero, sino a

determinados contratos bancarios, como el descuento de letras de cambio, o documentos tan esenciales en las relaciones económicas actuales como las tarjetas de crédito o débito (ampliamente Varona Gómez, Estafa y falsedad en títulos valores, Pamplona, 2002).

II. Las entidades de crédito como *law enforcement agencies* (Blanqueo de capitales, financiación del terrorismo, fraude fiscal y secreto bancario).

II.1 Blanqueo de capitales.

La normativa sobre blanqueo de capitales y financiación del terrorismo afecta a la mayoría de la práctica bancaria. En operaciones tan cotidianas como la apertura de una cuenta o libreta de ahorros, las operaciones con dinero electrónico, la realización de una transferencia bancaria o la concesión de un préstamo, los empleados bancarios están obligados a realizar una serie de deberes de comprobación con el fin de evitar su utilización en el proceso de legalización de fondos o financiación del terrorismo. El incumplimiento de estas obligaciones puede dar lugar a responsabilidad administrativa y penal de los empleados del banco, y administrativa de la propia entidad bancaria. La reciente Directiva 2005/60/CE incrementa además la responsabilidad, ya sea a través del derecho penal o administrativo, de las personas jurídicas.

Como es conocido, los orígenes sobre el blanqueo de capitales provienen de los intentos de autorregulación de las propias entidades bancarias con el fin de poner fin a este tipo de prácticas. La Declaración del principios del Comité de Basilea de 1988, o lo que es lo mismo de los representantes de los diez bancos centrales del grupo de los países más industrializados, contenía el embrión de los principios de control que después se han recogido por todas legislaciones, a partir de su positivización, tres años más tarde, por la Directiva 91/308/CEE del Consejo de 10 de junio relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, que tras ser modificada posteriormente por la Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2001, ha sido derogada recientemente por la Directiva 2005/60/CE del parlamento europeo y del consejo que además de la prevención del blanqueo de capitales tiene como objetivo evitar la financiación del terrorismo. A esta normativa, habría que añadir el Convenio del Consejo de Europa y el Convenio de Naciones Unidas de 1988 sobre tráfico de

de Europa y el Convenio de Naciones Unidas de 1988 sobre tráfico de drogas. La transposición de toda esta normativa se encuentra en los art. 301-303 del Código penal y en la Ley 19/1993, el RD 925/1995 y varias órdenes ministeriales que concretan determinados aspectos (Abel Souto, El blanqueo de dinero en la normativa internacional, Santiago de Compostela, 2002; Martínez Buján, La dimensión internacional del blanqueo de capitales, en El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica, 61, Estudios de derecho judicial, 2005, p. 179 ss).

Dicho de la manera sencilla el sistema de prevención del blanqueo de capitales está conformado por dos ejes: la sanción penal de las conductas de blanqueo de capitales (art. 301 del CP) y la imposición de obligaciones de colaboración a determinados "sujetos obligados", a los que se convierte en "ayudantes" del sistema policial estatal. La infracción de estas obligaciones es en principio constitutiva de una infracción administrativa, cuyos sujetos activos pueden ser tanto personas físicas como personas jurídicas, salvo que constituya el delito de blanqueo de capitales.

La característica común de estos dos ámbitos es sin duda el de su progresiva expansión que se ha manifestado por tres vías diferentes. El primer vector de expansión ha sido el propio concepto de blanqueo de capitales. En un primer momento se vinculaba "como es sabido" a los bienes procedentes del tráfico de drogas, posteriormente a cualquier delito grave, concepto éste que como ocurre en el CP español abarca cualquier tipo de delito, y en la reciente Directiva comunitaria a cualquier delito sancionado con pena superior a seis meses de privación de libertad. La inclusión de la financiación del terrorismo en la Directiva 2005/60/CE da carta de naturaleza al denominado "blanqueo al revés". Si el blanqueo de capitales pretende impedir que bienes procedentes de actividades delictivas se integren en la economía legal, la financiación del terrorismo pretende evitar justamente que fondos legales financien actividades ilícitas como el terrorismo. A partir de la transposición de la Directiva 2005/60/CE los sujetos obligados y las obligaciones de control son similares para impedir ambos fenómenos.

La ampliación del círculo de sujetos obligados por la normativa sobre blanqueo de capitales representa la segunda vía de expansión. Si en la primera Directiva sobre prevención del blanqueo de capitales, las

personas obligadas a colaborar con la administración eran básicamente las entidades financieras, la directiva del 2001 se caracterizó por incluir también a determinados profesionales (abogados, notarios, auditores de cuentas...). La Directiva del 2005/60/CE incluye también a los proveedores de servicios de sociedades y fideicomisos o cualquier persona física o jurídica que comercien con bienes y admitan pagos en metálico por importe igual o superior a 15.000 Å.

Finalmente, la expansión de la normativa antiblanqueo ha afectado también a las obligaciones que pesan sobre los sujetos obligados, concretando y elevando el estándar de diligencia. Aunque la Directiva 2005/60/CE no debe ser transpuesta hasta el 15 de diciembre de 2007, algunas de sus disposiciones, en cuanto suponen una concreción de principios de control ya existentes, tienen ya un cierto efecto directo, por ello sus contenidos se tendrán en cuenta en la breve descripción que a continuación realizaré de las mismas (es fundamental en este punto Blanco Cordero, Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales, Granada, 1999).

La obligación más básica es la conocida como *conozca a su cliente*. En virtud de este principio los sujetos obligados, antes de entablar cualquier tipo de relación comercial deben exigir a sus clientes los documentos acreditativos que consideren necesarios. Lógicamente los fines que persigue esta obligación pueden ser fácilmente eludidos si se emplean sociedades pantalla o testaferros, razón por la cual la Directiva 2005/60/CE a lo que obliga es a conocer al cliente o titular real, esto es, a la persona o personas físicas por cuenta de la cual otra persona natural realiza una transacción o actividad, o a las personas físicas que controlan a una persona jurídica, incluyendo no sólo los socios de control, sino también los administradores de hecho de la entidad que por cualquier otro medio, distinto al de la posesión de accionariado, controlen la gestión de la entidad. Consecuencia evidente de este principio es la prohibición de cuentas y libretas de ahorro anónimas.

La obligación de conocer al cliente abarca desde el momento de establecer la relación de negocios, a momentos posteriores de la relación comercial en la que pueda llevar a cabo operaciones sospechosas, que no encajen dentro de su perfil (art. 7 Directiva 2005/60/CE). Por ello en realidad, el deber de examen (art. 3.2 de la Ley de prevención del blanqueo de capitales, art. 5 RD 925/1995), que exige examinar con cuidadosa

atención cualquier operación que pueda estar aparentemente vinculada con el blanqueo de capitales, no es sino una manifestación de esta obligación, razón por la cual en la Directiva 2005/60/CE este deber ha perdido su autonomía. El deber de cuidado impuesto requiere no sólo exigir al cliente documentación acreditativa, sino también la comprobación de su identidad a partir de fuentes fiables e independientes. La entidad de crédito a partir de un análisis de riesgo debe determinar las medidas que son aplicables a cada tipo de cliente. La obligación de conocer al cliente se relejan cuando éste es una entidad de crédito o financiera, o una sociedad bursátil que opera en la UE o en mercados con controles equivalentes y, por el contrario, se intensifican en casos en los que el cliente no está físicamente presente para su identificación, en supuestos de relaciones de corresponsalía bancaria transfronteriza o con personas naturales que hayan desempeñado cargos políticos o sus familiares. La obligación de identificación y de examen se exceptúa también en relación a pequeñas operaciones – no superiores a 2.500.000, en caso de dinero electrónico vid. art. 11.5 d) Directiva 2005/60/CE -, y otras como la contratación de seguros de vida y planes de pensiones.

La *obligación de denuncia* constituyó el punto de tensión más importante entre las entidades bancarias y el legislador en la generación de la normativa sobre blanqueo. Ello no debe extrañar en cuanto que afecta a uno de los pilares del negocio bancario como es el secreto bancario, y a la relación de confianza entre el banco y el cliente. Esta obligación exige informar por iniciativa propia y sin demora a la autoridad pública encargada de combatir el blanqueo de capitales, en nuestro país el Servicio para la prevención del blanqueo de capitales, de cualquier operación de la que sepan, sospechen o tengan motivos racionales para sospechar que se realiza con el fin de blanquear capitales o financiar ilegalmente el terrorismo (sobre el contenido de la información art. 7.4 del RD 925/1995). La Ley 19/1993 ha consagrado un sistema mixto. Además de las operaciones sospechosas, existe una obligación automática de denuncia para operaciones que lleven aparejado el movimiento de moneda metálica por más de 5.000.000 pts; operaciones que ser realizen con personas físicas o jurídicas residentes en paraísos fiscales, o cualesquiera otra que a juicio de la Comisión de prevención del Blanqueo de Capitales o Infracciones Monetarias se recojan en las disposiciones de aplicación del Reglamento. La obligación de denuncia no pesa directamente sobre el empleado bancario, sino que éste ha de informar inmediatamente al órgano de control interno del banco, que será quien, tras el análisis de la información, realizará la comunicación

al Servicio (Art. 3 4 a) de la Ley 19/1993). El art. 7.3 del Reglamento exceptúa de la obligación de comunicación cuando se trata de operaciones relativas a clientes habituales, de los que se conozca que de forma suficiente la licitud de sus actividades.

Detectada una transacción sospechosa las entidades bancarias deben *interrumpir su ejecución* hasta el momento en que se produzca la denuncia. A partir de este momento las autoridades administrativas pueden dar instrucciones al respecto. En los casos en que no sea posible paralizar la operación o ésta pueda comprometer el procesamiento, las entidades obligadas pueden realizarla a condición de informar inmediatamente a la autoridad de vigilancia (art. 24 Directiva 2005/60/CE). Igualmente deben abstenerse de relevar al cliente ni a terceros que en relación a sus operaciones se ha transmitido algún tipo de información (art. 28 Directiva 2005/60/CE). La combinación del deber de denuncia con la obligación de interrumpir la ejecución tiene una importante relevancia jurídico penal: los empleados bancarios no realizan un delito de blanqueo de capitales cuando realizan una operación sospechosa tras su comunicación al Servicio Ejecutivo, su conducta es atípica (vid. Blanco Cordero, Responsabilidad penal, p. 179).

El conjunto de obligaciones que acaba de ser descrita no podrían ser ejecutadas correctamente, si los sujetos obligados, no estuvieran obligados a adoptar determinadas *medidas de autoorganización* (sobre esta técnica de intervención administrativa, Darnaculleta i Gardella, Autorregulación y derecho público: la autorregulación regulada, Barcelona, 2005). Por ello tanto la normativa europea como la nacional les impone la obligación de contar con políticas y procedimientos adecuados para cumplir con el patrón de diligencia debida, que en el caso de las entidades de crédito deben extenderse también las sucursales y filiales que tengan en terceros países. Los deberes de autoorganización exigen, por ejemplo, el nombramiento de *compliance officer*, la instauración de códigos de conducta que han de estar debidamente difundidos entre los empleados, deber de conservación documental, la protección de *Whistleblowers* etc. La eficacia de este programa de cumplimiento es el elemento clave para establecer la culpabilidad de la entidad bancaria, o cualquier otro sujeto obligado, en el momento de imponer las sanciones administrativas contenidas en la Ley 19/1993 (vid. especialmente art. 4.2 en conexión con los apartados 7 y 8 del art. 3), e igualmente es de gran importancia a la hora de plantear la posible responsabilidad civil de la entidad, por conductas de sus empleados

que lesionen indebidamente los intereses de los clientes, ordenando por ejemplo la paralización de una transacción y su comunicación en supuestos en los que no existe ningún riesgo.

Descritas sumariamente el conjunto de obligaciones que pesan sobre las entidades bancarias y sus empleados, esquematizaré a continuación las posibles responsabilidades penales en las que pueden incurrir, cuando como consecuencia de operaciones de contratación bancaria realicen operaciones de blanqueo de capitales.

El tipo penal de blanqueo de capitales sanciona a quien entre en contacto, a través de cualquier tipo de intercambio económico, con bienes procedentes de actividades delictivas o, aún sin tener un contacto directo con los bienes, colabore en su transmisión o conversión. Por esta razón operaciones contractuales que instrumentalizan intercambios económicos perfectamente lícitos (la venta de una vivienda o de un automóvil) son delictivas si el autor conocía o debía conocer el origen delictivo de los bienes. Las ansias punitivas del legislador son tales que, de un lado, castiga con iguales penas conductas constitutivas de tentativa de blanqueo (art. 301.1 CP) con otras que suponen la efectiva ocultación o el encubrimiento de los bienes o de su origen (art. 301.2 CP) y, de otro, castiga el blanqueo de capitales cometido por imprudencia grave, con el fin de sancionar a quien, como los operadores bancarios, desconocen el origen ilícito de los bienes, debido a un incumplimiento grave del conjunto de obligaciones que anteriormente se examinaron (art. 301.3 CP). La descripción de la conducta típica admite tanto modalidades activas, como omisivas, lo que es particularmente relevante en nuestro caso. Mayoritariamente se entiende que de las normas administrativas relativas al blanqueo de capitales se extrae un deber de garantía de los empleados bancarios y, sobre todo, de las personas que dentro de la entidad han sido designadas para analizar la información e informar al Servicio Ejecutivo. Con ello se cumple el requisito principal que el art. 11 del CP impone para la equiparación entre comportamientos activos y omisivos.

Este repaso de las características esenciales del delito de blanqueo de capitales evidencia que el riesgo penal de los empleados y directivos de las entidades de crédito es muy elevado. El empleado bancario para ser procesado no tiene además que desempeñar necesariamente un papel activo en el blanqueo de capitales, realizar la operación que su cliente le indica sin cumplir las obligaciones de control exigibles puede resultar, en

principio, suficiente para su procesamiento (Blanco Cordero, Responsabilidad penal, p.177 ss). Este riesgo penal se concreta en dos situaciones diferentes según se trata de empleados que tiene un contacto directo con los clientes o de los órganos de control interno de la entidad.

En el primer caso la modalidad delictiva más usual será un blanqueo de capitales imprudente, como consecuencia de ejecutar a instancias del cliente una operación que objetivamente sirve para blanquear bienes (una transferencia, la apertura de una cuenta de crédito y la admisión de depósitos, la compra de acciones o cualquier otro título valor), que no ha comunicado al responsable de control interno de la entidad, por omitir las obligaciones de examen que la ley le impone. El aspecto más importante a la hora de considerar la relevancia penal de esta conducta es analizar si el incumplimiento de las obligaciones de examen, es decir del deber objetivo de cuidado por parte del empleado puede considerarse como muy grave, pues el tipo penal sólo incrimina la imprudencia grave. A la hora de valorar esta circunstancia deben tenerse en cuenta el deber de autoorganización de la entidad bancaria que exige realizar la oportuna valoración del riesgo de cada operación y cliente, con el fin de concretar y estandarizar la actuación que en cada caso deben desempeñar sus empleados. El deber de cuidado está pues en el ámbito bancario muy estandarizado y no sólo por las disposiciones legales, sino por la propia normativa de control interno de la entidad. De este modo, el empleado que cumple con los protocolos de actuación interno no incurre en responsabilidad penal.

Cuestión distinta es que la empresa o sus directivos no puedan ser en estos casos sancionadas administrativamente (art. 7 y 9.2 de la Ley 19/1993 de prevención del blanqueo de capitales), en los casos más graves cabría igualmente aplicar a la entidad alguna de las consecuencias accesorias previstas en el art. 129 del CP (art.202.2 CP). En este supuesto el blanqueo de capitales se debe a una culpabilidad derivada del incumplimiento de los deberes de autoorganización, y no a la culpabilidad individual del empleado. En el momento de establecer la responsabilidad colectiva debe repararse que el Servicio Ejecutivo supervisa la idoneidad de los sistemas de control interno de los sujetos obligados, teniendo capacidad para proponer las medidas correctoras oportunas (art. 11.6 RD 925/1995), y que igualmente estos deben ser sometidos periódicamente a una auditoría externa en orden a evaluar su idoneidad. Tanto el control externo privado, como el público, sirven para establecer con mayor

seguridad jurídica el deber objetivo de cuidado y en la eficacia de los programas de cumplimiento de las entidades obligadas (Blanco Cordero, Responsabilidad penal, p. 137).

En orden a valorar la responsabilidad del empleado bancario debe tenerse presente que a éste tampoco podrá reprochársele un comportamiento imprudente, ni mucho menos, un comportamiento imprudente grave si, pese a la existencia de medidas de control interno adecuadas, su ejecución por parte de la entidad no es correcta. En este sentido, debe tenerse en cuenta que una parte esencial del sistema preventivo que debe desarrollar la entidad, consiste en adiestrar y formar a su personal en el correcto cumplimiento de las normas de comportamiento que ha establecido. E igualmente tampoco puede desdeñarse que pese a la corrección sobre el papel del diseño del control interno, las condiciones de trabajo del empleado pueden hacer imposible el cumplimiento de los protocolos de actuación que la entidad ha fijado concretando el deber de examen.

El ámbito de responsabilidad penal de la persona encargada del control interno empieza cuando el "empleado de ventanilla" le comunica una operación sospechosa, y ésta, incumpliendo nuevamente el deber de diligencia, decide no comunicarla al Servicio Ejecutivo, ejecutándose la operación. La probabilidad de que en este momento aparezcan comportamientos imprudentes penalmente relevante es mucho mayor, primero, porque quien está situado en este nivel posee ya el grado de competencia suficiente como para cumplir correctamente con la obligación de examen, y en cualquier caso le es exigible que adquiera esta formación, por lo que en caso contrario podría hablarse de una culpa por asunción (art. 12.3 del RD 925/1995). Asimismo dado que su capacidad de organización de la actividad es mayor que la del empleado bancario su posibilidad de desplazar la responsabilidad hacia factores organizativos es menor. Pero también sus responsabilidades son mayores, porque no puede ampararse tan fácilmente en los estándares de cuidado fijados por la entidad. Función del oficial de cumplimiento es precisamente revisar y actualizar constantemente el programa de cumplimiento de la entidad, por lo que si ante una determinada operación éstos son manifiestamente inadecuados no puede excusarse en el nivel de diligencia que previamente ha determinado. Ahora bien, lo que no puede considerarse una conducta penalmente relevante por parte del sujeto encargado del control interno es simplemente el mal diseño de las medidas de control o su deficiente ejecución, cuando éstas dan lugar a un comportamiento defectuoso por

parte del "empleado de ventanilla". Este comportamiento es acreedor únicamente de las sanciones administrativas fijadas en el art. 5.2 de la Ley 19/1993. No puede considerarse que existe un delito de blanqueo por no formar adecuadamente a los empleados bancarios.

Aunque desde el punto de vista político criminal (carácter fragmentario del derecho penal), el castigo de la imprudencia grave en el blanqueo de capitales pueda criticarse, lo cierto es que resulta un instrumento útil, primero para salvar innumerables problemas probatorios, y segundo para evitar una aplicación extensiva de la figura de dolo eventual. En la práctica existiría el serio peligro de que del hecho objetivo de existir indicios razonables de que una operación es sospechosa de blanqueo de capitales, y del conocimiento por parte del empleado bancario de los mismos, se diera por probado que éste conocía que la operación que efectuaba a instancias del cliente generaba un riesgo no permitido para alcanzar la ocultación o encubrimiento de la naturaleza del bien (acerca de la prueba de indicios en el tipo penal del blanqueo de capitales vid. STS núm. 755/1997, de 23 de mayo (RJ 1997, 4292); 15 de abril de 1998 núm. 356/1998 (RJ 1998, 3805); 9 de mayo de 2001, núm. 774/2001 (RJ 2001, 9949) 14 de septiembre de 2005 (RJ 2005\7053) . Con todo debe señalarse que hasta el momento, la mayor parte de empleados bancarios, que han sido castigadas penalmente, son claramente dolosas, y que no se ha hecho un uso excesivo ni del tipo imprudente, ni tampoco de la figura del dolo eventual (vid. por ejemplo STS de 23 de diciembre de 2003, RJ 2003/9348, donde se califican de imprudentes comportamientos que están mucho más cercanos al dolo).

II.2 Financiación del terrorismo

A imagen y semejanza de la normativa sobre blanqueo de capitales, las entidades de crédito se han convertido también en colaboradoras forzosas de las autoridades estatales encargadas de la persecución de actividades terroristas, en nuestro país la Comisión de Vigilancia de Actividades de Financiación del Terrorismo. Este papel afecta por ello al desarrollo de numerosas operaciones. Tras la Ley 19/2003 de 21 de mayo, de prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo las obligaciones son ya prácticamente similares a las existentes a las que acabamos de analizar en el blanqueo de capitales: (art. 4 c) obligación de examen, (4 d) comunicación a la Comisión de Vigilancia de operaciones sospechosas,

(4 g) no revelación al cliente, (4 f), abstención de realizar operaciones y (4 h) deberes de autoorganización. Entre ambos regímenes existe además una pasarela situada en el art. 15 2 g) de la Ley 19/1993, que obliga a la Comisión de Prevención del blanqueo de capitales a prestar toda la asistencia necesaria a la Comisión de prevención en materia financiación del terrorismo. Esta comunidad que se acentúa tras la Directiva 2005/60/CE que regula conjuntamente ambas actividades, no debe ocultar que conceptualmente se trata de comportamientos distintos. Mientras que en el blanqueo se trata de dinero "manchado" por proceder de una actividad delictiva, en la financiación del terrorismo se trata de que fondos "limpios" no lleguen a este tipo de organizaciones. Lógicamente nada impide que ambas infracciones se mezclen, cuando el dinero procedente de una actividad delictiva, tras ser blanqueado, se utilice en la financiación del terrorismo.

Entre ambos conjuntos normativos existen, en cualquier caso, algunas diferencias que han de ser reseñadas. En efecto, la responsabilidad penal de los empleados de crédito es menor que en el delito de blanqueo – en cuanto que la financiación del terrorismo (art. 576 CP) no admite la modalidad imprudente –, por lo que la responsabilidad de empleados y entidades bancarias en este ámbito es administrativa (art 6 Ley 12/2003). Por otro lado, además del conjunto de obligaciones coincidentes con el blanqueo de capitales, las entidades bancarias tiene también el deber de colaborar para hacer efectivo el bloqueo de cuentas ordenado por la Comisión de prevención en materia de terrorismo o la prohibición de abrir cuentas en entidades financieras o sucursales (art. 4 a) y b); sobre el concepto de bloqueo art. 1.2 Ley 12/2003).

El punto débil de todo este sistema se encuentra en las escasas garantías de defensa y de tutela judicial que tiene la inclusión por instancias internacionales (ONU – Resolución 1373 (2001) medidas para combatir el terrorismo y en especial su financiación – y UE Posición Común 2001/930/PESC relativa a la lucha contra el terrorismo y Reglamento CE nº 2580/2001 sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo) dentro de las "listas negras" de personas o entidades declaradas "vinculadas a grupos o organizaciones terroristas" titulares de las cuentas, saldos o posiciones financieras o ordenantes de algún tipo de transacción (art. 7). A diferencia de las resoluciones de la Comisión de prevención en esta materia que son impugnables en vía contencioso administrativa (art. 3 Ley 12/2003), los

Reglamentos de la UE o resoluciones Naciones Unidas no son susceptibles de recurso alguno (vid. SsTJCE de 21 de septiembre de 2005, asun. T 306/01, T 315/01, caso Gestoras; y de 12 de diciembre de 2006, asun. T-228/02, Blázquez Navarro/Espósito Massici, REDE 17, 2006, p.123 ss).

II. 3 Fraude fiscal

Si en el blanqueo de capitales la actuación bancaria tiene como objeto bienes procedentes de actividades, en las conductas que ahora van a examinarse los empleados del banco colaboran con particulares con el fin de ocultar rendimientos sujetos a gravamen – que pueden también tener origen ilícito - ante la Administración tributaria. Aunque en el marco del blanqueo de capitales los deberes de colaboración son mucho más intensos, también en el ordenamiento tributario existen deberes de colaboración y en cualquier caso una derogación del secreto bancario.

Durante los últimos años de la década de los 80 y primeros 90 diversas entidades bancarias crearon productos financieros, cuyo principal atractivo para los clientes era la opacidad fiscal, de forma tal que la Hacienda pública no conocía la identidad de los clientes, ni mucho menos cuáles eran sus rendimientos. En algunos casos los bancos cooperaron aún de forma más activa en el fraude obstaculizando la actuación de los inspectores de hacienda. Dado que el delito fiscal es un tipo especial del que sólo pueden ser autores los obligados tributarios, la conducta del banco sólo puede ser calificada de cooperación necesaria. Aunque las penas de la cooperación necesaria en nuestro ordenamiento resultan similares a las de la autoría, de acuerdo con el principio de accesoriadad de la participación, la conducta del obligado tributario debe ser necesariamente típica y no verse amparada por ninguna causa de justificación. La presencia de este requisito puede ser problemática cuando el obligado tributario se encuentre en una situación de error, inducida por el propio banco. Si una entidad bancaria ofrece a sus clientes productos, cuya adquisición supone ventajas fiscales, estos no tienen en principio por qué dudar acerca de la ilicitud de este comportamiento, a no ser que al cliente se le sugieran formas de ocultación (vgr. presentación de documentación falsa) que hace difícilmente creíble la existencia de error. Admitida la presencia de error la responsabilidad de los directivos y empleados de la entidad depende de la calificación que se le otorgue al mismo. Si el error acerca de la obligación tributaria se considera error de tipo (art. 14.1 CP), el cliente no será responsable penalmente, por el contrario si el error sobre esta obligación constituye un

error de prohibición (art. 14.3 CP), que únicamente afecta a la culpabilidad del autor, más no al carácter típico y antijurídico de su conducta, si que resulta posible admitir la cooperación necesaria pese a que el error sea considerado invencible. Un problema ulterior, que se deriva del tipo objetivo, se produce cuando el banco coopere en múltiples evasiones tributarias que no alcanzan individualmente los 15.000.000 de pts.

Mayor complejidad suscitan aquellos casos en los que las entidades no desempeñan un papel activo, sino que simplemente y a iniciativa del cliente se limitan a realizar una operación cotidiana mediante la que éste pretende eludir sus obligaciones fiscales (ejemplo: el cliente solicita al empleado bancario que realice una transferencia de fondos a una sociedad con sede en Gibraltar). Hasta el momento doctrina y jurisprudencia mayoritaria se inclinan, a la hora de analizar este tipo de responsabilidad, por criterios básicamente subjetivos. De este modo todo depende de si el autor conocía o no que mediante su comportamiento contribuía a la realización de un fraude fiscal. Este criterio me parece rechazable en cuanto que hace descansar la punibilidad de la conducta en un rasgo puramente azaroso como es si el autor conocía o no las intenciones del cliente, político criminalmente además el criterio subjetivo a lo que incita es a que las entidades bancarias cierren los ojos ante el fraude fiscal, pues saben que el no conocer les beneficia. De este modo, a mi juicio, no existe participación del operador bancario cuando a través de un comportamiento cotidiano contribuye causalmente a la realización del fraude fiscal. Como tampoco existe cooperación en un delito de corrupción por mucho que el empleado bancario que realiza la transferencia de un constructor al Alcalde de la localidad, conozca que esta cantidad supone la ventaja patrimonial de la corrupción. Este tipo de conductas han de considerarse normalmente socialmente adecuadas, y por tanto no generan un riesgo jurídicamente desaprobado si el empleado bancario no tiene por qué saber, en cuanto que esto no es de su incumbencia o competencia profesional, cuál es el destino o finalidad de una determinada operación. La adecuación social cesa cuando la acción se inserta en un contexto en el que ex ante, desde un punto de vista objetivo, es previsible para cualquiera que la acción requerida contribuirá a la realización de un hecho delictivo concreto. E igualmente no existe adecuación social, sino participación punible cuando los empleados de la entidad bancaria en una determinada contratación infringen normas jurídicas, o incluso de control interno, que persiguen evitar que determinadas operaciones bancarias sean utilizadas para defraudar a la Hacienda pública (ampliamente sobre esta cuestión vid. la SAP de

Barcelona, de 25 de julio de 2002, JUR 2005\183591, FJ 16º ss; en la doctrina la cooperación a través de conductas habituales se ha discutido sobre todo en relación al blanqueo de capitales, vid. Ragués i Vallés, *Blanqueo de capitales y negocios estandar*, en Silva Sánchez (dir), *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Barcelona 2003, p. 127 ss).

II.4. El secreto bancario.

Tanto la normativa sobre blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, como la relativa a la lucha contra el fraude fiscal han alterado notablemente los límites del secreto bancario, a estos ámbitos habría que sumarle además los deberes de colaboración y cooperación existentes con la administración de justicia a fin de colaborar en la investigación y el esclarecimiento de actividades delictivas. Como veremos además existen puentes entre estos deberes. De este modo, por ejemplo, la información sobre un cliente suministrada por el banco con fines fiscales, puede ser posteriormente transmitida al MF con el fin de esclarecer un comportamiento delictivo.

El secreto bancario es una clase de secreto profesional, cuyo fundamento más importante debe buscarse en la protección de la intimidad (STC de 26 de noviembre de 1984). Por esta razón la violación injustificada de este secreto por parte de un operador bancario es constitutiva del delito del delito de revelación de secretos, realizado por profesional, previsto en el art. 199 CP. No cabe duda de que pese al grado de anonimato que tienen muchas de las operaciones bancarias, y a la división del trabajo dentro de la entidad que despersonaliza las relaciones con el cliente, la banca se presenta ante éste como una unidad y su relación debe considerarse unitaria, aunque se realice a varios niveles. Aunque la obligación de secreto recae, en primer término sobre la institución, en el ámbito penal resulta autor cualquier empleado o directivo que por las funciones que desempeña tenga acceso a la información confidencial (Pedrazzi, *Aspetti penali e processuali del segreto bancario*, el mismo, *Sulla professionalità del segreto bancario*, en Pedrazzi, *Scritti di Diritto penale dell' economia*, Vol 4, Milano, 2003, p. 272 ss y 285 ss). Más discutido es la virtualidad y el fundamento del secreto bancario en relación a las personas jurídicas. Aunque el art. 200 CP sanciona también la revelación de datos reservados de personas jurídicas, la doctrina entiende que la revelación de estos datos solo es penalmente relevante cuando

afecta de algún modo a la intimidad de personas físicas (Morales Prat, en Quintero Olivares (dir), *Comentarios a la Parte Especial del Código penal*, Pamplona, 2004). De este modo, en relación a datos que afectan exclusivamente a personas jurídicas, la ruptura del secreto bancario puede tener relevancia penal si considerado como secreto de empresa afecte a su capacidad competitiva (art. 279 CP). Todo ello con independencia de que al ser el secreto bancario un uso mercantil, y que como tal integra el contenido de los distintos contratos bancarios, su ruptura injustificada por parte de la entidad de crédito pueda dar lugar al ejercicio acciones de responsabilidad civil.

El que el secreto bancario derive del derecho a la intimidad implica que su restricción como consecuencia de la actuación de los poderes públicos sólo esté justificada allí donde resulta conforme con el principio de proporcionalidad. Tal como ha puesto de manifiesto la doctrina, la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto del levantamiento del secreto bancario tanto en el caso de fraude fiscal como en el del blanqueo de capitales está fuera de toda duda (Blanco Cordero, *Responsabilidad penal*, p. 96 ss; STC 26 de noviembre de 1984). Ello no implica lógicamente que, en el caso concreto, cualquier tipo de comunicación o denuncia pueda estar justificada. Como se encarga de señalar el art. 4 de la Ley de prevención del blanqueo de capitales, la responsabilidad penal o civil sólo se excluye cuando la comunicación por parte tanto de la persona designada expresamente para informar al Servicio Ejecutivo, como excepcionalmente, de cualquier otro empleado o directivo se realice de buena fe. Esta expresión tiene un significado subjetivo en el marco penal. Al no inculparse la revelación imprudente de secretos resulta irrelevante, por ejemplo, que los sujetos obligados hayan informado sobre operaciones que en absoluto podían ser consideradas sospechosas. Otra cosa ocurre en el ámbito civil donde la revelación sólo está justificada en cuanto que se hayan cumplido correctamente con el deber de examen, y las obligaciones de organización empresarial que garantizan que éste se realiza correctamente.

En el ordenamiento tributario el art. 93 LGT obliga, entre otros sujetos, a las entidades bancarias a proporcionar a la Administración tributaria toda clase de datos, informes, antecedentes y justificantes con trascendencia tributaria deducidos de sus relaciones económicas, profesionales o financieras con otras personas. Esta obligación de información que se cumple en ocasiones con carácter general, en la forma

información que se cumple en ocasiones con carácter general, en la forma y plazos que reglamentariamente se determinen, o mediante requerimiento individualizado de la Administración tributaria no se ve afectada por el secreto bancario (art. 93.2 LGT). Con el fin de salvaguardar el principio de proporcionalidad en la recolección individualizada de datos, cuya afectación es mucho más intensa, en los supuestos en los que se requieren datos concretos sobre movimientos de cuentas corrientes, depósitos de ahorro y a plazo, cuentas de préstamos y créditos u otras operaciones de activo y pasivo, la inspección tributaria debe contar con la autorización de la Administración tributaria competente.

La compatibilidad de la revelación o comunicación de datos o informaciones sobre los clientes con el principio de proporcionalidad no sólo depende de las causas que justifican en primer término su aportación, sino también el uso que posteriormente puede hacerse de los mismos por parte de la Administración a que han sido suministrados. El principio general en este punto es que los datos suministrados con un determinado fin – la lucha contra el fraude fiscal o el blanqueo de capitales – únicamente pueden utilizarse con esta finalidad. Su utilización con fines diversos debe verse amparada nuevamente por el principio de proporcionalidad. En este punto, el art. 95 de la LGT, tras señalar que los datos, informes o antecedentes obtenidos sólo pueden ser utilizados para la efectiva aplicación de los tributos o recursos o para la imposición de sanciones, permite su comunicación ulterior con el fin de cumplir determinados fines públicos: investigación y persecución de delitos públicos y semipúblicos, recaudación de tributos y cuotas a la seguridad social, lucha contra el blanqueo de capitales y el fraude fiscal, ejecución de resoluciones judiciales firmes, etc. Fuera de estos casos, la comunicación indebida por parte de la administración tributaria de los datos suministrados por, en nuestro caso, las entidades bancarias constituye una infracción tributaria grave, o, si se dan el resto de los requisitos, el delito de revelación de secretos por funcionario público del art. 417.2 CP. Una función equivalente al art. 95 cumple el art. 26 del RD 925/1995 que impone un deber de sigilo en relación a las comunicaciones recibidas por las autoridades en la lucha contra el blanqueo de capitales.

III. Falsificación y uso abusivo de tarjetas.

La aparición de nuevas formas de delincuencia origina siempre distorsiones e incertidumbres en la aplicación del Código penal hasta que

el legislador o la jurisprudencia encuentran su ubicación adecuada. Y esto es lo que ha ocurrido con las diversas conductas delictivas en las que las tarjetas bancarias se utilizan con el fin de lesionar el patrimonio. Tanto en el análisis jurisprudencial como el doctrinal se han discutido de manera sucesiva dos problemas distintos. En una primera fase la cuestión más debatida fue la calificación que había de darse a la utilización de tarjetas bancarias por persona distinta a su titular en cajeros automáticos, conducta que hoy, como después se analizará, se considera de forma prácticamente unánime como un delito de robo con fuerza en las cosas.

En la actualidad la discusión gira en torno a cómo sancionar las distintas modalidades de falsificación de tarjetas bancarias. Aunque el art. 387 del CP señala que se “consideran moneda las tarjetas de crédito, las de débito y las demás tarjetas que puedan utilizarse como medio de pago, así como los cheques de viaje”, y por tanto la falsedad de tarjeta se equipara a la de moneda, este tratamiento punitivo, que supone la imposición de penas de hasta 12 años de prisión, es difícil de conciliar con el principio de proporcionalidad. Este régimen penal que procede del CP de 1995, y que posteriormente fue modificado por la LO 15/2003, pretende dar respuesta a las exigencias de la Decisión marco de 28 de mayo de 2001 sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo. No obstante, debe subrayarse que la norma europea no obliga a imponer penas tan draconianas (art. 6) y, que de otro lado, el concepto de medio de pago distinto al efectivo que utiliza esta norma (art. 1 a) es más amplio que el contenido en el art. 387.

Esta elevada penalidad, y el margen de maniobra que permite la Decisión marco, ha motivado a que el TS, en su acuerdo del pleno no jurisdiccional de 28 de junio de 2002 (JUR 2002\192448), solicite al gobierno que incluya en el CP un “precepto específico que contemple los actos de falsificación de tarjetas, con establecimiento de penas adecuadas para cada supuesto”. El reciente Anteproyecto de reforma de Código penal extrae, con buen criterio, la falsificación de medios de pago del marco de la falsedad de moneda y añade una nueva sección al capítulo de las falsedades titulada “de la falsificación de tarjetas de crédito y debito y cheques de viaje, donde se sanciona con penas de cuatro a ocho años la falsedad, copia o reproducción de tarjetas o cheques de viaje o su tenencia en cantidad que permita suponer que está destinada a la distribución o tráfico, y con penas de prisión de dos a cinco años el que sin haber intervenido en la falsificación, las utilice en perjuicio de otro y a sabiendas

de su falsedad (art. 399 bis). Con ello, como vamos a comprobar seguidamente, se solventa la segunda gran objeción que puede hacerse a la situación actual, el tratamiento punitivo dispar para supuestos semejantes (sobre las necesidades de reforma Marza Martín, en Marza Martín (dir), Tarjetas Bancarias y derecho penal, CGPJ, 2002, p.215 ss; un resumen de las críticas que pueden hacerse a la situación actual en Bravo García, en Marza Martín (dir), Tarjetas Bancarias, op. cit, 2001, p.171 ss).

Aunque la casuística que hace referencia a la utilización y falsificación de tarjetas de crédito y débito es muy extensa, realizaré a continuación un exposición de los supuestos más habituales (sobre el concepto de tarjeta, Bravo García, en Tarjetas bancarias, op. cit, p. 177, también Fernández Entralgo en el mismo número):

Como ya hemos adelantado, confeccionar una tarjeta de crédito falsa se castiga como un delito de falsedad de moneda. Tras algunas vacilaciones el TS consideró que también debía encuadrarse en el art. 386 CP – “fabricar” - la conducta consiste en incorporar a la banda magnética de uno de estos instrumentos de pago datos obtenidos fraudulentamente, conducta que anteriormente fue considerada como falsedad en documento mercantil. Con ello el TS otorgó un tratamiento unitario a las dos “falsedades” más frecuentes: la clonación, es decir, la confección de la tarjeta incluyendo signos o logos y la copia en la banda magnética de una tarjeta no falsificada de los datos ocultos de tarjetas robadas o leídas, o incluso de datos imaginarios (vid. Acuerdo acuerdo del pleno no jurisdiccional de 28 de junio de 2002 (JUR 2002/192448; de acuerdo Jaen Vallejo, Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 04-jul 2002).

La inclusión de la falsedad de tarjetas dentro del capítulo de las falsedades conduce a aplicar el art. 400 a la tenencia de útiles o programas de ordenador destinados a la falsedad de tarjetas. De este modo la mera tenencia de un lector grabador de tarjetas o un CD en el que se contenga un programa informático llevan aparejadas una pena de al menos ocho años de prisión. No es de extrañar por ello que en la práctica sea frecuente la petición de un indulto parcial (vid. por ejemplo SAP Barcelona de 22 de mayo de 2005 (Jur 2005/177586). La tesis de la equiparación entre tarjetas y monedas implica también que la tenencia de tarjetas falsas se equipare a la posesión de moneda falsa con el fin de expedirla o distribuirla (STS de 16 de septiembre de 2005 (RJ 2005\7175), e igualmente que la introducción de tarjetas falsificadas en nuestro país se sancione conforme

al art. 386.2 (vid. por ejemplo STS de 23 de diciembre de 2004, RJ 2005\611).

La equiparación entre falsedad de tarjeta y moneda ha tenido también como efecto colateral que se haya discutido la competencia de la Audiencia Nacional, en cuanto que ésta, de conformidad con lo dispuesto en el art. 23.3 e) de la LOPJ es competente para conocer de la falsificación de moneda española y su expedición. El TS mediante los Autos de 23 de noviembre de 1998 y de 7 de diciembre de 2000 cerró definitivamente la polémica señalando que la mencionada equiparación lo es únicamente a los efectos del CP, lo cual resulta coherente con el principio de protección de intereses estatales que inspira el art. 23.3 de la LOPJ. Mientras que la moneda es expresión de la soberanía, no lo es lógicamente la emisión de tarjetas o eurocheques (reclama no obstante una modificación del art. 23 para atribuir competencias a la Audiencia Nacional, Fungairiño, en Tarjetas de crédito y derecho penal, op. cit., p. 123).

Que la asimilación de la falsedad de moneda a la de tarjetas no ha sido meditada por le legislador, lo demuestra, finalmente, el que resulta inaplicable la pena de multa proporcional al valor aparente de la moneda falsificada con que se sanciona la falsedad de moneda (art. 386.1 CP).

Examinada la relevancia penal de la “falsificación” de tarjetas, me ocuparé a continuación de las consecuencias penales que lleva aparejada el uso indebido de tarjetas.

El supuesto que probablemente ha levantado una mayor polémica ha sido la utilización de tarjetas ajenas en cajeros automáticos, comportamiento que fue calificado doctrinal y jurisprudencialmente como robo, hurto o estafa. En la actualidad, aunque no sin algún que otro punto de incertidumbre, el TS considera que se trata de un delito de robo con fuerza en las cosas. Esta calificación se sustenta, de un lado, en que de acuerdo a lo dispuesto en el art. 239 en el CP las “tarjetas magnéticas” tienen la consideración de llaves, que al haber sido obtenidas ya sea mediante un delito o falta contra la propiedad (robo, hurto etc) o mediante su falsificación, tienen la consideración de falsas (ya antes de la entrada en vigor del CP vid. en el mismo sentido STS de 25 de abril de 1996, pero en contra por creer que se trataba de una interpretación analógica SAP de Madrid de 10 de abril de 2002, JUR 2002\206096). El aspecto más discutido a la hora de considerar esta conducta como robo con fuerza en

las cosas fue demostrar que mediante la tarjeta "se accedía al lugar donde las cosas se encontraban" tal como requiere el tipo penal de robo con fuerza en las cosas (art. 237). Para algunos más que un acceso, lo que se producía en este caso era una estafa informática (art. 248.2): mediante el engaño ("manipulación informática o artificio semejante") consistente en hacerse pasar por el titular de la tarjeta, se obtenía la transferencia consentida de un activo patrimonial (vid. en contra rotundamente STS de 16 de marzo de 1999). Otros señalaban, que no podía hablarse ni de robo, por no haber acceso, ni de estafa, en cuanto que realmente no había ningún tipo de manipulación informática. Quien introduce correctamente la clave no realiza ningún tipo de manipulación o artificio. Por esta razón consideraban que o bien se trataba de una conducta atípica atipicidad (vid. por ejemplo el voto particular que sostiene Bacigalupo Zapater en la STS de 8 de mayo de 1992), o bien un delito de hurto. En algunas decisiones ésta era también la calificación que se daba a supuestos de utilización de tarjetas en cajeros automáticos situados en la vía pública y que no tenían ninguna portezuela o cortina que permitiera acceder al teclado (vid. STS 22 de diciembre de 1988). La tesis correcta es mantener que en todos los supuestos existe un delito de robo con fuerza las cosas. Pues el término acceder a que se refiere el art. 237 CP no sólo abarca el acceso físico al bien que ha de sustraerse. En un sentido normativo se accede al "dinero" mediante la introducción de la tarjeta y la clave, y la consiguiente puesta en marcha del proceso de entrega del dinero en el cajero automático (vid. con ulteriores referencias jurisprudenciales y doctrinales, Bolea Bardón/Robles Planas, La utilización de tarjetas ajenas en cajeros automáticos: ¿Robo, hurto, o estafa?, La Ley, 14 de mayo de 2001).

Si la tarjeta perdida, robada o falsificada no se utiliza para extraer dinero, sino que con ella se realiza una compra en un establecimiento comercial, el tipo penal que se aplica suele ser el de estafa, acompañado normalmente del de falsedad en documento mercantil como consecuencia de la firma del recibo (vid. por ejemplo STS 738/2000 de 3 de mayo; Fernández Entralgo, en Tarjetas bancarias y derecho penal, op. cit., p. 36 ss). En los casos en que la utilización de la tarjeta es considerada un delito de estafa es necesario demostrar que su utilización constituye un engaño bastante. Por esta razón, cuando la falsificación de la propia tarjeta o de los documentos con que se acompaña es muy burda - o inidónea para causar error en una persona media -, debe negarse la existencia de estafa. E igual ocurre si existe una falta de diligencia de la persona engañada, que omite ante la presentación de la tarjeta medidas de cuidado tan

extendidas como solicitar la documentación correspondiente o comprobar que el carnet entregado se corresponde con el nombre que figura en la tarjeta (Fernández Entralgo, en Tarjetas bancarias y derecho penal, op. cit, p. 58 ss, STS 738/2000, de 3 de mayo). Aunque pueda resultar *prima facie* dudosa la calificación del recibo como documento mercantil, la jurisprudencia señala que "el recibo" es en realidad una orden de pago que da el titular de la tarjeta de crédito para que el precio de compra se cargue en una determinada cuenta abierta en la entidad bancaria o financiera que ha expedido el documento que se utiliza para la adquisición de bienes o efectos. En lo que concierne al delito de estafa, el engaño consiste precisamente en utilizar indebidamente la tarjeta perdida, robada o falsificada aparentando ser su titular (SAP Valencia, de 12 de julio de 2005, JUR 2005\202823). Si la tarjeta no se utiliza físicamente, sino que sus datos se introducen con el fin de realizar compras a través de Internet, existe un delito de estafa informática (art. 248.2 CP). Si se compara la sanción que reciben este último supuesto, con aquellos donde si tiene lugar su utilización, se comprueba la insostenible disparidad de marcos punitivos. Mientras que en el primer caso las penas conforme al art. 249 es de seis meses a tres años, en los segundos asistimos normalmente a una relación concursal entre: (a) falsedad de la tarjeta (Art. 386) + robo con fuerza en las cosas o (b) falsedad en la tarjeta (art. 249) + estafa en concurso medial con una falsedad en documento mercantil como consecuencia de la firma del recibo.

La sola conducta de obtener los datos de la tarjeta tiene una valoración diversa. Resulta por sí sola una conducta atípica, y que no puede además considerarse como tentativa, si se trata de obtener los datos, por ejemplo el número de identificación personal, con el fin de utilizarlos posteriormente ya sea en una compra electrónica, ya sea con el fin de utilizar en un cajero automático o en un establecimiento comercial una tarjeta perdida o sustraída. Por el contrario, como ya se ha indicado, si los datos se obtienen utilizando cualquier tipo de útil de los mencionados en art. 400 CP, con el fin posteriormente de falsificar la tarjeta (clonarla, o incluirlos en una banda magnética) la conducta se sanciona con penas de prisión de ocho a 12 años.

IV. Protección penal del crédito: estafa y administración desleal.

La institución del crédito es fundamental para el desarrollo de la vida económica, y el eje principal de la actividad bancaria (sobre las diversas acepciones del término Nuñez Castaño, La estafa de crédito,

diversas acepciones del término Nuñez Castaño, La estafa de crédito, Valencia, 1998, p. 47 ss). En el derecho penal la tutela del crédito se escinde en dos conjuntos normativos diferentes, que obedecen a dos fases distintas de la vida de la relación crediticia. El primero es el que conforman los delitos de insolvencia en lo que se sanciona, expresado de modo sintético, es a quien dolosamente genera su propia incapacidad de pago y a quien situado en una situación de crisis económica realiza comportamientos incompatibles con una gestión ordenada (art. 257 ss CP). La conducta de quien se insolventa frente al banco no plantea peculiaridad alguna, como no sea el que el banco es, frente al resto de acreedores, el menos indefenso de todos. Sus créditos están fuertemente asegurados a través de hipotecas o cualquier otro tipo de garantía real o personal, y suele tener un acceso rápido y completo acerca de la evolución económica de sus deudores. Esta mayor información aumenta notablemente su capacidad de autoprotección frente a las insolvencias.

El segundo espacio donde interviene en el derecho penal es en el nacimiento de la relación crediticia o en una situación similar cuando el crédito se renegocia o renueva. Y aquí existen a su vez dos posibilidades delictivas: que el cliente intente obtener un crédito del banco ocultándole su capacidad o voluntad de pago; que exista una colusión entre el cliente y el empleado o directivo bancario que tiene competencias para conceder el crédito, de modo que éste lo otorgue bajo condiciones desventajosas para la entidad. El primer supuesto es el que designamos como estafa de crédito y el segundo como administración desleal en su concesión. Tal como se advertía, en el derecho comparado existen tipos penales específicos en ambos casos, lo que se justifica por la dificultades de aplicación que plantean los delitos comunes de estafa y administración desleal y porque también se piensa que el crédito en cuanto institución imprescindible en los intercambios económicos.

V.1. La estafa de crédito.

La estafa de crédito se define doctrinalmente como la alegación de datos o hechos falsos para obtener crédito que, de ser conocidos, hubieran conducido a su denegación (vid. Nuñez Castaño, La estafa de crédito, p. 33 ss). Este concepto comprende desde supuestos de estafa realizados en el marco de un contrato de préstamo bancario, incluyendo los supuestos de estafa a través del descuento de letras de cambio, como la estafa que se produce en la contratación, en la que la realización de

una de las contraprestaciones – generalmente la entrega del precio por el comprador - no se produce de inmediato, tipología que en la práctica forense se conoce como “contratos civiles criminalizados”. Aunque el momento más frecuente en que aparece el comportamiento defraudador es en el momento de la celebración de contrato, también es imaginable que se produzca en momentos posteriores: con ocasión de su renegociación o para impedir la no revocación del contrato, cuando la parte engañada tenía capacidad para poner fin a la relación comercial o cuando el engaño pretende que el crédito no se bloquee (vgr. se emiten certificados de obra falsos con el fin de que la entidad bancaria siga poniendo cantidades a disposición del beneficiario). Toda esta tipología de supuestos plantean problemas teóricos semejantes, que en este lugar se expondrán y resolverán dentro del marco específico de la contratación bancaria.

El tipo objetivo de estafa requiere en el CP español un engaño bastante, que genere un error en la víctima que lleve a ésta a realizar un acto de disposición patrimonial, consecuencia del cual se produzca el perjuicio patrimonial. Como vamos a analizar, en el marco de la estafa referente a la obtención de crédito bancario, los aspectos más discutidos son el engaño y el momento a partir del cuál puede entenderse que existe perjuicio patrimonial.

El engaño en la estafa debe versar sobre circunstancias relevantes para adoptar una disposición patrimonial por un operador económico razonable. En el marco de la estafa de crédito el aspecto esencial es la voluntad y sobre todo la capacidad de pago. En orden a determinar la capacidad de pago resultan determinantes, además de la verdadera identidad de quien toma el préstamo (vid. STS de 19 de junio de 2006, nº 1181/2003), los datos relacionados con la situación patrimonial, lo que comprende circunstancias relacionadas con la situación económica del sector e incluso con el grado de salud patrimonial de los principales deudores del tomador del préstamo (vid. Lenckner/Perron, en Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Auf. 2006, § 265 b) marg. 30). Más discutido es si resulta relevante el engaño sobre el destino que el tomador piense darle al crédito. Aunque en determinadas ocasiones la utilización del préstamo no incide sobre la capacidad de pago, y por tanto resulta irrelevante, si que su destino es importante cuando se había solicitado para incrementar el rendimiento empresarial y este aspecto ha sido determinante para su concesión (Tiedemann, en Leipziger Kommentar zum StGB, § 263 marg. 81). En cualquier caso, aunque teóricamente el

engaño puede versar sobre múltiples aspectos, cuando estos son fácilmente comprobables por la entidad, como por ejemplo ocurre con la situación económica del sector, será difícil afirmar el carácter bastante del engaño.

Una de las discusiones clásicas en la conformación del engaño ha sido determinar si éste puede versar, además de sobre hechos, sobre juicios de valor, disputa que está estrechamente vinculada a la construcción del modelo de víctima dentro de la estafa. Negar que los juicios de valor son irrelevantes en el engaño encuentra fundamento en la imagen de que el hombre razonable solo confía en hechos, más no en juicios de valor, que no pueden ser ni verdaderos ni falsos por constituir opiniones. Aunque a diferencia de lo que ocurre en el derecho alemán, el tipo de estafa del CP español no excluye los juicios de valor, alguna decisión aislada del TS ha mantenido la irrelevancia del engaño construido sobre juicios de valor, como lo es singularmente el precio de un objeto (STS de 5 de enero de 2001, vid igualmente Bajo Fernández, Los delitos de estafa en el CP, Madrid, 2004, p. 43 ss). Negar que en estos supuestos pueda existir engaño tendría una repercusión importante en los casos de estafas sobre préstamo, pues documentos tan decisivos como los balances (Tiedemann, en Leipziger Kommentar zum StGB, New York, 2000, § 263, marg. 13), la tasación de los activos representan juicios de valor. Asimilables a este tipo de juicios son las afirmaciones sobre hechos futuros como un dictamen sobre las expectativas económicas o la prognosis de que existirá capacidad de pago en el momento del vencimiento de la deuda.

Doctrina y jurisprudencia han recortado sin embargo notablemente la tesis de la inidoneidad como forma de engaño de los juicios de valor. Así, por ejemplo, no cabe duda de que los juicios de valor son típicos cuando se basan en hechos que son falsos. Incluso en la doctrina se destaca que es un hecho la discordancia entre el juicio de valor que emite la persona, y su posición interna acerca de su veracidad (ejemplo: por mucho que afirme A que será solvente en el momento del pago, es un hecho que psíquicamente el está convencido de que no es así). Toda la jurisprudencia sobre negocios civiles criminalizados gira en torno a demostrar un hecho interno similar: si en el momento de la contratación el deudor tenía intención de cumplir correctamente con su obligación. Tampoco puede dudarse de la aptitud para engañar del juicio de valor emitido por un experto, como el dictamen del especialista valorando un bien o de un abogado acerca de la posibilidad de ganar un proceso (más detalles en Pastor Muñoz, La determinación del engaño típico en la estafa, Barcelona,

2004, p. 194 ss). De este modo en realidad la cuestión de los juicios de valor no es otra que la de la idoneidad del engaño o, dicho de un modo más exacto, si teniendo en cuenta el modelo de víctima (en nuestro caso una entidad bancaria) es razonable y funcional para los intercambios económicos que adopte decisiones económicas sobre la base de juicios de valor cualesquiera que estos sean. Así mientras que en la contratación entre particulares puede ser razonable que el ordenamiento promueva como patrón de comportamiento aceptable "la palabra" del comprador indicando que pagará la deuda en el momento de su vencimiento (por lo que habrá estafa si esta circunstancia no resulta cierta), en el marco de la contratación bancaria, tanto la capacidad de los bancos para obtener información patrimonial sobre sus clientes, como la responsabilidad social que tienen para optimizar la colocación del ahorro de los depositantes debe llevar a exigir un mayor nivel de autoprotección en virtud del cual no habrán de considerarse idóneos los hechos internos o los juicios de valor, a no ser que estos últimos se expresen en documentos que tienen una pretensión de veracidad tan intensa como el balance de una entidad. Tanto la función que este documento tiene en las relaciones económicas, como el deber de la empresa en reflejar en él la "imagen fiel" del patrimonio lo convierten en un instrumento idóneo.

Mas esta última argumentación nos sitúa de pleno en lo que sin duda constituye el nudo gordiano del delito de estafa en la actualidad. En efecto, toda esta discusión acerca de la materia sobre la que puede versar el engaño y los criterios de razonabilidad económica sobre los que se construye, han de situarse dentro del proceso de normativización que viene experimentado el tipo de estafa desde hace más de una década. De una concepción fundamentamente causal donde lo decisivo es que el engaño originara un error en la víctima, se ha evolucionado a una concepción normativa de la estafa, mediante la cual se tiende a prestar protección no a cualquier víctima de un engaño, sino solo aquella que encaja en un determinado modelo de racionalidad económica. Para la concepción hoy dominante en la jurisprudencia y la doctrina, la tipicidad en la estafa es principalmente una cuestión de distribución de riesgos entre las partes de una relación, en la que normativamente debe fijarse cuáles son los deberes de veracidad de una parte, cuya infracción genera un riesgo no permitido, y cuál es el marco de la responsabilidad o incumbencia propio de la víctima, en virtud del cual, le corresponde adoptar medidas de autoprotección. Si la víctima no se autoprotege, y no actúa, por tanto, como un operador económico razonable, se entiende que el perjuicio patrimonial es obra de

su propio comportamiento, es de su incumbencia, y no debe imputársele al autor del engaño (en la doctrina el trabajo más completo es el de Pastor Muñoz, La determinación del engaño típico, *passim*; vid. también Nieto Martín, El papel del engaño en la construcción de un delito de estafa en la UE, en Arroyo Zapatero/Nieto Martín, Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude, Cuenca, 2004, p. 238 ss; en la jurisprudencia muy instructiva la STS de 29/12/2005, nº 1453/2005).

Este proceso de normativización, tal como acabamos de ver, influye determinando *ex ante* cuáles son los engaños típicos (ejemplo: no es ningún engaño típico por parte del vendedor indicar que todos los vecinos del barrio han comprado ya el producto, por mucho que esta afirmación sea inveraz y determine el acto de disposición de la víctima). Pero el elemento del tipo sobre el que con mayor intensidad se ha proyectado este proceso de normativización es sobre el *engaño bastante*, que mayoritariamente se entiende que hace mención a la necesidad de una relación de imputación objetiva entre el engaño y el error. De esta manera, ha de demostrarse no sólo si:

(a) desde un plano estrictamente causal o empírico el error es consecuencia del engaño, sino.

(b) que desde un punto de vista normativo el engaño genera un riesgo jurídicamente desaprobado de perjuicio patrimonial, de modo tal que la "exageración o falta de veracidad amparada por criterios como la adecuación social o los usos presentes en el tráfico no dará lugar a la apreciación de la relación de imputación objetiva, por mucho que desde el plano estrictamente causal haya generado el error", y

(c) que finalmente este riesgo no permitido es el que se realiza en el resultado, y forma parte además del conjunto de riesgos que quieren ser evitados por el delito de estafa. Fuera del ámbito de protección de la estafa, conforme se viene indicando, quedan los casos de perjuicio patrimonial que son incumbencia del propio ámbito de responsabilidad de la víctima, por haber actuado de modo negligente.

Una de las características más sobresalientes de la jurisprudencia en las dos últimas décadas es que en el ámbito de los negocios bancarios ha considerado atípicos un buen número de engaños, debido precisamente a que el banco ha actuado negligentemente. Con ello la jurisprudencia española ha abandonado una interpretación causal o subjetiva del delito de estafa, para lo cual lo único relevante es que el engaño, sea cual sea

su entidad, cause un error, siendo la teoría de la imputación objetiva del resultado ha sido el vehículo a través del que se ha producido éste abandono. La imputación del error a un determinado engaño requiere no solo una relación causal, sino que además el engaño genere un riesgo no desaprobado, lo que habrá de establecerse a través de los usos del tráfico existentes en cada caso, que este riesgo sea el que se exprese en el resultado y sea además parte del ámbito de protección de la norma. Es en este último paso donde la jurisprudencia más reciente analiza el comportamiento de la víctima o, lo que viene a ser similar, el carácter bastante del engaño.

Sin afán de ser exhaustivos, he aquí una muestra relevante de decisiones jurisprudenciales, que afectan a un buen número de prácticas y contratos bancarios (vid. Pastor Muñoz, La determinación del engaño típico, *op. cit.*, p. 149 ss, y recientemente Gallego Soler, Fundamento y límites de los deberes de autoprotección de la víctima en la estafa, en ADPCP, vol. LVIII, 2005, p. 529 ss, de donde se extraen buena parte de las decisiones que a continuación se enumeran). Aunque la casuística es muy variada existen dos grandes grupos de casos. El primero tendría que ver con operaciones de caja (retirada de dinero de cuenta corriente o cobro de cheques). En este caso las decisiones se fijan en si las víctimas han adoptado medidas de protección tan básicas como cerciorarse de si el DNI presentado se corresponde con el del titular de la cuenta (vid. STS de 29 de octubre de 1998; Sentencia de la AP de Gran Canaria de 13 de noviembre de 2000). El nivel de autoprotección es similar al que existe en la utilización de tarjetas de crédito para efectuar compras cuando los comerciantes no comprueban la identidad (vid. por ejemplo SsTS de 2 de mayo de 2000 y de 3 de junio de 2003). También se tienen en cuenta medidas de autoprotección básicas en el caso de cobro de cheques. Así en la STS de 22 de diciembre de 2000 se niega el carácter bastante del engaño en un caso en que el empleado abona unos cheques, sin confirmar, por un valor cercano a 30 millones de pesetas, indicando que los usos mercantiles del ámbito bancario establecen retrasar el cobro hasta el momento en que el cheque ha sido cobrado por la entidad o bien ponerse en contacto telefónicamente con la oficina destinataria para que esta reserve la cuantía en beneficio del cheque que corresponde.

Un ámbito en el que esta línea jurisprudencial es muy reiterada y utilizada es en el de las estafas que se cometen a través del descuento bancario. el Tribunal Supremo ha considerado estafa el descuento bancario cuando el acusado tras conseguir una línea de descuento, emite letras vacías o de colusión, con librados imaginarios, o reales pero no deudoras, se apropia el precio del descuento y cuando las letras regresan devueltas se ha hecho insolvente o simplemente no paga (vid. STS de 16 de febrero, RJ 1982, 667] 2 de abril de 1982 [RJ 1982, 2062], 21 de diciembre de 1983 [RJ 1983, 6718], 18 de septiembre de 1985, [RJ 185, 4411], 12 de diciembre de 1986 [RJ 1986, 7907], y 10 [RJ 2000, 4175] y 19 de junio del 2000 [RJ 2000, 6315]. Esta doctrina general admite sin embargo importantes excepciones cuando el banco no adopta medidas de protección. Así, por ejemplo, la STS de 27 de noviembre de 2000 absuelve a quien presentó al descuento diversas letras de cambio no aceptadas y que no se correspondían con ninguna operación real, porque el empleado no desplegó actividad alguna encaminada a averiguar que los recibos descontados no correspondían a operación comercial alguna, lo que era perfectamente factible. En sentido similar la STS de 29 de diciembre de 2005 en un caso donde se habían presentado al descuento letras firmadas por empleados y familiares del autor, el tribunal niega la existencia del engaño. También se ha negado la calificación de estafa si las letras de cambio que se aceptan no han sido aceptadas por sus librados, pues entonces la entidad bancaria descuenta en atención únicamente a la solvencia que le merece el librador (STS de 19 de diciembre del 2001). Igualmente, y con razón se descarta la tipicidad de las letras de favor, a no ser que exista colusión por parte del librado para perjudicar a la entidad de crédito (en este sentido SAP Ciudad Real, de 12 de febrero de 2001, ARP 2001\220) (monográficamente Varona Gómez, Estafa y Falsedad en Títulos Valores, Pamplona, 2002).

En el marco del contrato de préstamo también encontramos sentencias en el mismo sentido cuando la entidad no realiza determinadas indagaciones con el fin de comprobar la solvencia que el autor manifiesta tener. No existe engaño bastante, por ejemplo, en los supuestos en que la entidad de crédito confía en

la simple declaración del autor acerca de la posesión del bien, sin exigirle justificación documental alguna. Es el caso de la STS de 9 de junio de 2003. En este sector, con una argumentación en parte similar consistente en que los engaños burdos no debían dar lugar a responsabilidad y con el texto vigente anterior a la reforma de 1983 en el que no aparecía el término "bastante", habían negado la existencia de estafa la STS de 25 de junio de 1982 y de 19 de noviembre de 1983 (RJ 1883/5667) en las que también se niega la existencia de engaño en un caso en que el préstamo se concedió con la simple afirmación de ser propietarios de inmuebles (más detalles en Fernández Teruelo, Los créditos bancarios y el derecho penal, La Ley 21 de diciembre de 2000).

Esta forma de entender el delito de estafa tiene el serio inconveniente de que desdibuja notablemente el ámbito de lo punible, y que además puede resultar perjudicial para la fluidez de los intercambios económicos, en cuanto que parece instaurar como principio la desconfianza en las relaciones comerciales (vid. por ejemplo en este sentido STS de 26 de junio de 2000 nº 634/2000; SAP Sevilla de 16 de mayo de 2001 JUR 2001\225482). Mas con independencia de estas críticas, éste camino exige concretar cuanto antes cuál es el ámbito de responsabilidad propio de la víctima, el nivel de autoprotección que ésta debe desplegar para ser considerada un sujeto económicamente razonable y estar amparada por el delito de estafa. Jurisprudencia y doctrina utilizan en este punto criterios como (más detalles en Gallego Soler, Fundamento y límites de los deberes de autoprotección, op. cit, p.547 ss y en la STS de 29/12/2005, nº 1453/2005): a) los usos y costumbres del sector del tráfico, en nuestro caso de la práctica de la contratación bancaria; b) la facilidad de ejecución y el costo económico de las medidas de autoprotección; c) la importancia de la operación y el nivel de riesgo que genera en el patrimonio de la víctima; d) el grado de peligro que presenta el patrimonio, razón por la cual difieren las precauciones a adoptar frente a un particular (vid. SsTS 264/2001 de 20 de diciembre, RJ 2002\279; 534/2005 de 28 de abril, 2005\4701); e) las relaciones existentes en concreto entre autor y víctima – relación de confianza previa - y el conocimiento que el autor pueda tener de determinadas características de la víctima (inexperiencia).

A mi juicio, y más allá de criterios concretos, los casos más razonables en aras a negar la existencia de tipicidad son aquellos en los que existe una política de la entidad bancaria que está dispuesta a correr

riesgos, porque tras realizar un análisis de costes y beneficios comprueba que le es más rentable conceder créditos con cierta ligereza, aunque finalmente existan algunos impagados, que establecer y comprobar unos requisitos mínimos de solvencia. Cuando el engaño cae dentro de la zona de riesgo que el propio banco asume debiera negarse su tipicidad. Mas, en cualquier caso, lo que el juez debe tener en cuenta es que los deberes de veracidad y nivel de autorresponsabilidad deben ser fijados teniendo en cuenta no sólo la situación real (vgr. los usos comerciales existentes), sino también lo que resulta deseable o más útil desde un punto social. Así, por ejemplo, pese a que se instaurara la práctica de la desconfianza, burocratizando la celebración de cualquier contrato bancario, la construcción normativa de la estafa debiera influir en la consecución de unas relaciones comerciales más ágiles, no gravando – quitándoles la protección del delito de estafa – a quienes deciden suprimir controles que resultan excesivamente gravosos para alguna de las partes.

El tercer aspecto problemático de la estafa de crédito reside en determinar cuál es el instante en que se produce el perjuicio patrimonial, y con ello la consumación. En orden a resolver esta cuestión es preciso distinguir entre tres momentos secuencialmente diferentes: (a) el de la perfección del contrato de crédito; (b) el momento posterior, en el cual la parte engañada realiza la transferencia del patrimonio y el instante en que el que el autor debe cumplir con su obligación (c). La opinión jurisprudencial y doctrinal mayoritaria en nuestro país señala que el simple acuerdo que da lugar al contrato no puede considerarse como un perjuicio patrimonial. La estafa se consumaría cuando el elemento patrimonial se desplaza al patrimonio del autor, lo que lógicamente supone considerar que éste es el acto de disposición patrimonial (por todos, y con ulteriores detalles Valle Muñiz, *El delito de estafa*, Barcelona, 1987, p. 241 ss). La fase señalada en último lugar constituiría simplemente la fase de agotamiento del delito. Esta explicación no resulta tan evidente como *prima facie* parece. Así, por ejemplo, y en lo que afecta a la fase (a) doctrina y jurisprudencia alemana consideran que el mero acuerdo de voluntades – la perfección del contrato-, con independencia de la ejecución, supone un perjuicio patrimonial si la víctima no tiene posibilidad jurídica para evitar que el valor salga de su patrimonio o, dicho de un modo más exacto, el ordenamiento no le garantiza posibilidad para ejercer su poder sobre el objeto patrimonial. Desde el concepto de patrimonio que mayoritariamente se mantiene, el económico, no hay duda de que en estas circunstancias el valor económico de un patrimonio concebido como un todo, sobre el que pesa un peligro concreto

de disminución puede tener un valor menor, al que formalmente aparenta. Los tres momentos citados pueden ser concebidos como una línea continua en la que la intensidad del perjuicio va aumentando progresivamente, y en la que a partir de criterios normativos debe fijarse el instante en que se produce el perjuicio patrimonial.

Pues bien, atendiendo a este tipo de consideraciones, para decidir el momento de la consumación de la estafa debe tenerse presente el principio de *ultima ratio*, los intereses y el comportamiento de la propia víctima, e igualmente el espacio de juego que se le desee dar al desistimiento, que será tanto más pequeño a medida que adelantemos el momento de evaluar el perjuicio patrimonial. Tras ponderar este haz de intereses creo que la solución aportada por la jurisprudencia y doctrina española es correcta para la gran mayoría de supuestos. Primero porque hasta el momento en que efectivamente se ejecuta el contrato el autor tiene en su mano normalmente mecanismos jurídicos suficientes como para no sufrir perjuicio alguno. Sólo si en algún supuesto se ve compelido a realizar su obligación, careciendo de mecanismos jurídicos para negarse a su ejecución, habrá que considerar que existe estafa. La posibilidad de autoprotegerse por parte de la víctima y el principio de *ultima ratio* aconsejan esta solución, que además concede un espacio suficiente al desistimiento. Entregada la cosa y constatado el engaño del autor, la posterior ejecución, aun dentro de plazo constituirá únicamente la atenuante de arrepentimiento. Considerar que la consumación no se produce hasta el momento en que la obligación era exigible, o más aun, tener en cuenta las acciones que ofrece el ordenamiento jurídico para resarcirse a la víctima supone una desprotección del patrimonio. En un contrato como el de préstamo, según entiendo, demostrado el ánimo de incumplimiento, se estará ante un caso de dolo civil que permite a una de las partes su impugnación, y por tanto el no cumplimiento de su prestación (para más detalles sobre el peligro como perjuicio patrimonial, Gallego Soler, *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Valencia, 2002, p. 386 ss).

El aspecto más peculiar y problemático de la estafa de crédito es el que afecta al tipo subjetivo. En un número considerable de casos quien aporta datos falsos acerca de su situación económica para obtener un préstamo tiene intención de cumplir con sus obligaciones, aunque no sea más porque esto significa que ha superado la situación de crisis o que su negocio o empresa se ha consolidado. De hecho, para parte de la doctrina esta circunstancia, la ausencia de dolo directo en relación al perjuicio

patrimonial, es lo que caracteriza a la estafa de crédito. Esta situación conlleva lógicamente que sea complejo afirmar tanto el dolo de causar un perjuicio patrimonial, como el ánimo de lucro ilícito. Quien acepta un préstamo y confía en su capacidad para devolverlo no puede decirse que tenga dolo de engañar a la entidad acerca de su voluntad de pagar. E igualmente podría decirse que en cuanto que confía en que va a ser capaz de cumplir con su obligación en el momento del vencimiento, porque está convencido de que su situación económica mejorará entre otras cosas debido a la inyección de fondos procedente del préstamo, tampoco tiene intención de engañar acerca de su capacidad de pago.

Si tal como entiende un importante sector doctrina el dolo eventual no tiene cabida dentro de la estafa, habrá que considerar atípicos los casos de estafa de crédito en los que no pueda probarse la intención – el dolo directo – del autor de incumplir con la obligación (vid. Valle Muñiz, El delito de estafa, op. cit, p. 271 ss). El principal argumento en contra del dolo eventual de la estafa, la presencia del ánimo de lucro, no resulta convincente. Lo que caracteriza a los casos de estafa de crédito es que el autor desplaza el riesgo patrimonial que pesa sobre su patrimonio a quien le concede el crédito, y en esta circunstancia precisamente debe verse el ánimo de enriquecerse ilícitamente (Nuñez Castaño, La estafa de crédito, op. cit, p. 133 ss). La relación entre este enriquecimiento y el acto de disposición patrimonial es además directa. Sentado que no es incompatible la existencia de ánimo de lucro y dolo eventual, la existencia de éste depende de cómo el autor valora la posibilidad de la lesión al bien jurídico. Si el sujeto activo cree, sin un mínimo de racionalidad, que la obtención del préstamo le permite continuar en el mercado y realizar negocios que le van a permitir salir de su situación económica existirá dolo eventual (vid. Nuñez Castaño, La estafa de crédito, p. 128 s).

En los denominados negocios civiles criminalizados, categoría a la que pertenece la estafa de crédito, se ha negado tradicionalmente la relevancia del *dolo subsequens*. De este modo, no existe estafa, por falta de elemento subjetivo, cuando sólo en un momento posterior a la realización del comportamiento engañoso el autor surge la certeza de que no le será posible cumplir con la devolución. El principio de coincidencia que exige que todos los elementos subjetivos y objetivos del delito sean coetáneos impide tomar en cuenta este tipo de dolo. Ahora bien, distintos a los verdaderos casos de dolo sobrevenido son aquellos en los que el dolo aparece en un momento posterior al inicio de una relación negocial

continuada. El supuesto emblemático es el de las estafas que se realizan a través del descuento bancario donde es frecuente que en el momento de la formalización e incluso durante una primera fase no exista ninguna intención fraudulenta, y posteriormente el autor aprovechándose e la confianza surgida entre las partes presente efectos falsos o vacíos. El TS ha señalado que en estos casos “el contrato de descuento bancario no excluye el dolo de la estafa si la ideación defraudatoria suge en un momento posterior durante la ejecución del contrato” (vid. Acuerdo TS Sala de lo penal, de 28 de febrero de 2006 JUR 2006\103395, posteriormente STS de 26 de julio de 2006, RJ 2006\6331).

La posibilidad de castigar la comisión por omisión constituye otro de los aspectos claves de las estafas de crédito. Dos son los casos relevantes. El primero es el referente a la omisión de cierta información, importante para decidir la concesión del préstamo, en el momento de la negociación o perfección del contrato. El caso arquetípico sería la ocultación de datos necesarios para apreciar la situación de solvencia de la entidad. De acuerdo con la dogmática del delito de estafa la solución de la mayor parte de estos supuestos no viene de la mano de la comisión por omisión, sino de la teoría de las acciones concluyentes. Si de acuerdo con los usos del tráfico resulta habitual que una de las partes de la relación contractual suministre determinada información o existe legalmente una obligación de informar, el silencio acerca de la misma o su ocultación se interpreta como la afirmación de que esa circunstancia no existe (Tiedemann, LK § 263, marg. 14). La necesidad por tanto de acudir a la comisión por omisión, en este primer grupo de casos, es muy reducida, pues allí donde existe una obligación legal o contractual de actuar normalmente puede, a través de la teoría de las acciones concluyentes, establecerse un comportamiento activo (Nuñez Castaño, La estafa de crédito, op. cit, p. 95 ss).

Los supuestos donde se plantean más dificultades para admitir la comisión por omisión son aquellos en los que el tomador del préstamo ignora en el momento de la negociación y perfeccionamiento del contrato un determinado hecho relevante que sólo después conoce (vgr. la insolvencia de uno de los deudores principales del tomador del préstamo) y omite ponerlo en conocimiento de quien concede el préstamo. Consecuencia de esta omisión este bien realiza el acto de disposición, entregando la cantidad acordada, bien procede a la renovación del préstamo o, en supuestos donde se haya pactado que el préstamo será abonado en cantidades distribuidas en un periodo de tiempo, realiza entregas parciales. La opinión

mayoritaria considera en nuestro país que el tenor literal el art. 248 CP impide considerar la comisión por omisión. La necesidad de una relación secuencial entre el engaño y el error, impide considerar típicos casos, como el presente, en el que lo que se le reprocha al autor es no sacar del error a su partenaire en la relación contractual (un resumen de la situación doctrinal en Choclan Montalvo, El delito de estafa, Barcelona, 2000, p. 140 ss, los pronunciamientos jurisprudenciales en relación a hechos que presenten esta estructura son escasos, vid por ejemplo, SAP Bizkaia de 21 de febrero de 1995, ARP 1995\89;). La situación es distinta, por ejemplo, en el derecho como el alemán donde el tipo penal expresamente menciona como conductas típicas tanto la de engañar, como la de "no sacar del error".

V.2 Estafa mediante letra de cambio o negocio cambiario ficticio o en blanco.

La agravación contenida en el art. 250.1.3º CP tiene su razón de ser en que el legislador conjuntamente con el patrimonio tutela la importancia que para el tráfico económico tienen instrumentos de pago distintos al efectivo, como son el cheque, el pagaré o la letra de cambio. En el ámbito de la contratación bancaria, los supuestos más interesantes de las estafas que pueden ser incluidas dentro de esta agravación son los que se producen a través del contrato de descuento bancario, cuyos problemas acaban de analizarse en relación a la estafa de crédito. De entre ellos es singularmente relevantes el relativo al engaño bastante y la capacidad de autoprotección de la entidad, y el relativo al dolo *subsequens*.

Baste recordar pues que la mera aparición en una relación contractual de una letra de cambio de favor o falsificada o de un cheque no basta para afirmar la existencia de un engaño en caso de que posteriormente resulte un perjuicio patrimonial. Especialmente poco aptas para constituir un engaño bastante son aquellas letras firmadas con el fin de favorecer al librador, en las que el banco al aceptar el descuento simplemente se confía en la solvencia de ésta persona (letras de favor), salvo que exista entre librado y librador un pacto con el fin de engañar al banco descontante (letras de colusión). Sancionar por estafa en el caso de las letras de favor constituiría simplemente una prisión por deudas (vid. claramente SAP Ciudad Real de 12 de febrero de 2001 ARP 2001\220: "debe diferenciarse lo que es la letra falsa o ficticia de la letra de favor, pues mientras aquélla es desde cualquier punto de vista nula y, en su

caso, puede constituir el correspondiente delito, la segunda es válida y produce sus efectos. Así, mientras las primeras son pura y sencillamente una invención que a nada real responde, son letras de favor aquellas por las que el favorecedor emite su declaración cambiaría con la sola idea de procurar crédito a otra persona mencionada en la letra, sin que entre ellos exista otra causa que la que dimana del favor cambiario"). Mas aún en el resto de casos como en el citado de las letras de colusión o allí donde las letras se giran a personas inexistentes, o en que se falsifica la firma del librado la absoluta falta de diligencia del banco en orden a comprobar la solvencia del librado conduce a negar el carácter bastante del engaño (Nuñez Castaño, La estafa de crédito, op. cit, p. 152 ss).

No existe acuerdo en relación a cómo abordar los problemas concursales entre la estafa y las falsedades en los casos que ahora nos ocupan. Para entender esta polémica resultan necesario conocer que tanto en el caso de cheques, pagarés o letra de cambio existen dos supuestos diferentes. El primero de ellos es que el autor realice una falsedad material sobre alguno de estos instrumentos (vgr. finge la firma de un tercero, altera la cantidad del efecto, o hace figurar en él a personas ficticias, art 390. 1. 1º, 2º, 3º)), en este caso además de apreciar el delito de estafa existe una falsedad en documento mercantil que, conforme a la opinión mayoritaria, conforma un concurso medial con el delito de estafa. El segundo grupo de supuestos es aquel en el que la conducta que el autor realiza sobre el documento mercantil no es constitutiva de un delito de falsedad. Es el caso de quien gira un cheque contra su propia cuenta que carece de fondos o realiza la estafa a través de letras de un negocio cambiario ficticio en el que el librado y librador desde el primer momento tienen ánimo de perjudicar al banco (sobre la inexistencia de falsedad en estos supuestos vid. ampliamente STS 29 de diciembre de 2005; muy claramente STS de 12 de julio de 2002, RJ 2002\771: "No puede hablarse de simulación de documento por el hecho de que unas letras de cambio carezcan de causa porque el negocio cambiario es constitutivamente abstracto: una letra vacía de contenido puede ser, eventualmente, un instrumento engañoso idóneo para cometer un delito de estafa pero, en ningún caso, una letra jurídicamente falsa o simulada").

A partir de estos dos grupos de casos, la primera de las posiciones doctrinales en liza señala que la aplicación del tipo de estafa agravado debe reservarse para este último tipo de casos. Mientras que allí donde se produce un delito de falsedad ha de aplicarse el tipo básico de la estafa

en concurso medial con el art. 392. Una segunda opción mantiene que en ambos supuestos es de aplicación el supuesto agravado del 250.1.3ª), señalando además que en caso de que concurra alguna falsedad material existirá un concurso de normas, comprendiendo la agravación de la estafa el desvalor procedente de la falsedad material (art. 8.2 CP). Esta tesis supone, pues, establecer un marco unitario para ambos supuestos (vid. Valle Muñoz, en Gonzalo Quintero (dir), Comentarios al Código penal. Parte especial. Pamplona. 1996, p. 1144; más detalles en Nuñez Castaño, La estafa de crédito, op. cit, p. 136 ss). El TS mediante su acuerdo plenario de ha adoptado una posición un tanto más punitiva que esta último opción: «la falsificación de un cheque y su utilización posterior por el autor de la falsificación para cometer una estafa, debe sancionarse como concurso de delitos entre estafa agravada del art. 250.1.3ª y falsedad en documento mercantil del art. 392 del mismo cuerpo legal». Entiende el TS, de un lado, que el tenor literal del art. 250 avoca a esta solución y, de otro, que no existe vulneración alguna del principio de ne bis in idem al existir un doble desvalor en los supuestos en que existe falsedad. Al propio del tipo agravado (patrimonio + protección de determinados medios de pago) se le suma el bien jurídico tutelado por las falsedades documentales, lo que justifica una mayor severidad punitiva (STS de 26 de julio de 2000 RJ 2000\6922; 9 de diciembre de 2005 RJ 2005\7658).

La estafa a través de letra de cambio, cheque o pagaré en blanco responde a una tipología distinta la del abuso de confianza. En ella lo que el autor consigue, mediante engaño, es que el obligado al pago estampe su firma en un documento dejando en manos del autor el que complete el documento en aspectos esenciales como la cuantía del mismo. El art. 12 de la Ley 19/1985 cambiaria y del cheque señala que la letra así emitida es perfectamente válida. De acuerdo con la opción mantenida anteriormente, al abordar la causación de un perjuicio patrimonial a través de la puesta en peligro del patrimonio, la simple firma de la letra o del cheque en blanco no supone ya un perjuicio patrimonial, en cuanto que el obligado dispone de mecanismos jurídicos para defenderse en caso de que se haya realizado un uso abusivo del poder de completar la letra (Nuñez Castaño, La estafa de crédito, op. cit, p. 148; sobre las peculiaridades del engaño cuando existe una relación de confianza, Pastor Muñoz, La determinación, op. cit, p.259 ss).

V.3. La obtención fraudulenta de crédito a través de tarjetas de crédito.

En un apartado anterior se analizaron las conductas delictivas realizadas por quien no está legitimado para el uso de la tarjeta o mediante tarjetas falsas. Más también se ha discutido la relevancia penal de la utilización de una tarjeta de crédito por importe superior al concedido. La posición mayoritaria considera que no existía delito de estafa debido a la actuación negligente de la víctima. En efecto, entre las cláusulas contractuales que rigen las relaciones entre la entidad emisora de la tarjeta y el comerciante suele aparecer una obligando al comerciante a pedir autorización al establecimiento emisor, de tal forma que en caso contrario la entidad emisora no se hace cargo de las obligaciones contraídas. Con ello la víctima, ya sea la entidad emisora o el comerciante, tendría siempre la posibilidad de protegerse en circunstancias que hacen que el engaño normalmente no pueda considerarse bastante (Nuñez Castaño, La estafa de crédito, op. cit, p. 170 ss). La jurisprudencia, si bien de forma aislada, entendió que "el engaño surge cuando «consciente» de que el límite de crédito concedido no podía superar la cifra de las cincuenta mil pesetas, «consciente» de tener agotadas las posibilidades crediticias, y «consciente» de su estado de insolvencia, continúa haciendo uso de la tarjeta hasta una suma de un millón cincuenta y siete mil trescientas treinta y cuatro pesetas; es decir, consistió en mantener falazmente la apariencia de crédito en todas las compras realizadas, apariencia en la que estriba el engaño que da vida a la estafa" (STS de 25 de abril de 1984, RJ 1984/3684). En la actualidad las precauciones existentes en contra de una disposición abusiva hacen que este supuesto apenas si aparezca en la práctica (Fernández Entralgo, en Tarjetas bancarias y derecho penal, op. cit, p. 62).

V.4 El delito de falsedad en las cuentas anuales y la estafa de crédito (art. 291).

El análisis de la estafa de crédito ha puesto de manifiesto las dificultades existentes para sancionar penalmente aquellos supuestos que responden a la estructura de la comisión por omisión, o donde no resulta posible afirmar el dolo eventual por confiar el autor, de forma razonable, en poder cumplir con el préstamo. Por esta razón en determinados ordenamientos ha aparecido una figura específica de estafa de crédito que, conformada como un delito de peligro abstracto, requiere únicamente

que con ocasión de la solicitud de un crédito, su mantenimiento, renegociación o con el fin de impedir su revocación realice declaraciones incorrectas o incompletas o aporte documentos falsos o bien, en una segunda variante, que tras la presentación de la solicitud no aporte documentos o no comunique hechos a la entidad que resultan relevantes para la solicitud, renegociación o posible revocación. Estas conductas además sólo son punibles cuando la solicitante del préstamo o de cualquier otro negocio crediticio es una entidad mercantil (vid. sobre el derecho comparado Foffani, en Eurodelitos, op. cit, p. 159 quien realiza además una propuesta de estafa de crédito con el fin de armonizar el derecho penal europeo).

En nuestro ordenamiento, aunque no existe un precepto similar, el art. 290 del CP que contiene el delito societario de falsedad en la documentación social puede cumplir una función semejante para sancionar aquellos supuestos en los que con el fin de obtener, renegociar o impedir la revocación de un préstamo una sociedad presenta ante la entidad de crédito documentos falsos, sin que sea posible demostrar el dolo del autor (sobre esta función del art. 290 como "estafa de crédito", vid. Nuñez Castaño, La estafa de crédito, op. cit, p. 273 ss; en la jurisprudencia sin embargo no existen resoluciones en las que se haya utilizado el art. 290 CP con esta finalidad). Conformado como un delito de peligro hipotético sus elementos típicos son los siguientes (monográficamente sobre esta figura Pérez Valero, El delito societario de falsedad en las cuentas anuales, Valencia, 2001):

El objeto material son las cuentas anuales y el resto de documentos en los que se deba reflejar la situación económica y jurídica de la empresa, lo que se interpreta de forma restrictiva señalando que la falsedad debe producirse en documentos que la empresa tenga la obligación legal de confeccionar (cuentas anuales y documentos que la integran, balances consolidados, proyecto de fusión o escisión, programa de fundación, informes necesarios para los aumentos de capital o modificación de estatutos etc; ampliamente Faraldo Cabana, Los delitos societarios, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 148 ss). De este modo, la falsedad sobre un informe o dictamen realizado ad hoc para acreditar la situación de solvencia ante la entidad bancaria no sería típica en el art. 290 (Pérez Valero, El delito societario, op. cit., p. 325). Dado el carácter colectivo del bien jurídico tutelado, la transparencia patrimonial de la sociedad, esta restricción resulta necesaria, documentos generados con un fin concreto y que no van dirigidos

a la colectividad no tienen cabida dentro del tipo. Igualmente se señala que dentro de este precepto sólo tienen cabida documentos que resultan significativos para evaluar globalmente la situación patrimonial o jurídica de la empresa, de este modo la falsedad en una factura, por ejemplo, queda extramuros del tipo penal, a no ser que ésta después se refleje y forme parte de la alteración esencial de las cuentas anuales (Gómez Benítez, Curso de Derecho penal de los negocios a través de casos, Madrid, 2001, p. 194 ss; Martínez Buján, Derecho penal económico y de la empresa, Valencia, 2005, p. 383 s). Lógicamente las informaciones falsas suministradas oralmente son también atípicas, a diferencia de lo que ocurre por ejemplo en la *Kreditbetrug* del § 265 CP alemán.

El comportamiento típico consiste en falsear, lo que comprende la totalidad de las conductas falsarias descritas en el art. 390 del CP, y por tanto las falsedades materiales e ideológicas (STS de 10 de diciembre de 2004, nº 1995/2004). De este modo, la tutela de los documentos incluidos en el delito de falsedad en la información societaria es considerablemente mayor que la del resto de documentos mercantiles (art. 392 CP), en los que no tiene cabida la conducta de faltar a la verdad en la narración de los hechos (art. 390.1.4º CP, sobre las relaciones entre ambos delitos por todos Gómez Benítez, Curso de Derecho penal de los negocios, op. cit, p. 173 ss). El art. 290 comprende pues cualquier tipo de manipulación material, pero también los denominados artificios contables consiste en omitir determinadas partidas o anotar otras inexistentes. La omisión de una determinada operación o circunstancia que necesariamente se debiera consignar para obtener una imagen fiel del patrimonio o la situación jurídica de la entidad constituye en realidad la afirmación de que este hecho no se ha producido. Por esta razón, y del mismo modo que acaece con las acciones concluyentes dentro del delito de estafa, no es necesario utilizar la comisión por omisión (art. 11 del CP) con el fin de establecer la tipicidad de este comportamiento. El aspecto más complejo e importante en la determinación de la conducta típica es el que atañe a la falsedad en los juicios de valor, pues tanto la contabilidad, que es esencialmente una ciencia valorativa, como muchos de los documentos comprendidos en el art. 290 se fundamentan en apreciaciones. La experiencia comparada muestra también que la tipología delictiva más frecuente es precisamente la sobrevaloración de elementos del activo o, viceversa, la infravaloración del pasivo. La falsedad a través de valoraciones es admitida tanto por la doctrina (cfr. Pérez Valero, El delito societario, op. cit, p. 396 ss; como por la jurisprudencia vid. especialmente STS de 12 de junio de 2004, nº

734/2004). Por imperativo del principio de determinación penal no cualquier valoración es sin embargo típica, sino sola aquella que se basa en criterios de valoración cuya rectitud no puede ser mantenida por nadie. Con ello se llega a una solución similar a la que se había mantenido tradicionalmente en las falsedades documentales: mentira es aquello que resulta incompatible con cualquier versión de la verdad. La restricción de la conducta típica a la falsedad deja fuera comportamiento como llevar una contabilidad desordenada, poco clara o incluso la omisión de toda contabilidad.

El art. 290 requiere que la falsedad sea idónea para ocasionar un perjuicio económico a la sociedad, a los socios o a terceros, si éste se realiza las penas se imponen en su mitad superior (290 segundo párrafo). La idoneidad puede interpretarse como capacidad para llevar a error, en un modo similar a lo dispuesto en el art. 390 del CP, con el fin de dejar fuera interpretaciones burdas, pero también requiriendo que la falsedad tenga la magnitud e importancia suficiente como para afectar negativamente a las decisiones que hayan de tomar terceros o socios con la sociedad (Gómez Benítez, Curso de derecho penal de los negocios, op. cit., p. 192 s; Pérez Valero, El delito societario de falsedad, op. cit., p. 413 ss). La jurisprudencia utilizando este criterio deja fuera del ámbito típico la falsedad en documentos como un poder notarial (STS de 5 de octubre de 2006, nº 932/2006) o incluso la confección de un certificado falso indicando que se ha celebrado la Junta general ordinaria de la sociedad (STS de 14 de abril de 2003, nº 3779/2001), a partir del criterio de idoneidad considera sin embargo que una alteración una desviación contable que no llega al 2.5%, y que equivale a unos 17 millones de pesetas de la cifra de negocios debe considerarse típica, pues de otro modo se consagraría “la posibilidad de apoderamientos sucesivos de pequeña cuantía” (STS de 10 de diciembre de 2005, nº 1995/2003).

La aparición de un perjuicio patrimonial, en la segunda variante del art. 290, plantea el problema de su distinción con el delito de estafa. La resolución debe resolverse teniendo en cuenta, de un lado, la mayor pena del tipo de estafa, sobre todos aquellos casos en que ésta revista una especial gravedad (Art. 250.8). A mi juicio, la función de esta previsión tiene que interpretarse de acuerdo con la función del art. 290, en el que se tutela la veracidad de la información societaria en el marco de unas relaciones económicas despersonalizadas y anónimas. El supuesto más característico sería aquel en que como consecuencia de la falsedad en los balances múltiples inversores han sido perjudicados. Probar en torno

a cada uno de ellos, la cadena causal del delito de estafa – esto es, que la falsedad en la documentación social es la que les ha llevado a error – y su tipo subjetivo resulta poco menos que imposible. El segundo párrafo del art. 290 es pues un delito cualificado por el resultado, en el que basta con demostrar que el riesgo característico que conlleva la falsedad se ha realizado en un perjuicio patrimonial (sobre la necesidad de este requisito vid STS de 12 de junio de 2004), siendo éste además previsible. Esta estructura lo hace, también, especialmente idóneo para sancionar casos de estafa de crédito en la que no sea posible demostrar el dolo eventual en relación con el resultado. Por el contrario, en aquellos supuestos en que la documentación falsa se utilice en relaciones patrimoniales concretas (vgr. la solicitud de un préstamo) la aparición del perjuicio patrimonial dará lugar a la aplicación, de concurrir todos los elementos, de un delito consumado de estafa que entrará en concurso con el primer párrafo del art. 290. (vid. también la propuesta de Gómez Benítez, Curso de derecho penal de los negocios, op. cit., p. 199 ss; y Martínez Buján, Derecho penal de la empresa, op. cit., p. 387, 397 específica para los casos de estafa de crédito).

Autores del art. 290 únicamente pueden ser los administradores de hecho o de derecho de la sociedad. Como ocurre con frecuencia en las falsedades documentales el administrador se valdrá normalmente de la cooperación de terceras personas (vgr. contables, auditores, gestorías), que no pueden ser autores al no estar incluidos en el círculo de *intra-neus*. Dado que la mayoría de los documentos a que se refiere el art. 290 han de ser firmados por los administradores, que se responsabilizan de su corrección, resultará fácil considerar su autoría directa, pese a que no hayan realizado materialmente las falsedades. En el resto de los casos, es decir cuando el administrador no sea responsable formalmente del documento, y la falsedad haya sido cometida materialmente por un *extranei*, de acuerdo con la jurisprudencia mayoritaria tampoco deben existir problemas para considerar autor al administrador, pues “el delito de falsedad no es de propia mano, por lo que la responsabilidad en concepto de autor no exige la intervención corporal en la dinámica material de la falsificación, bastando el concierto y el reparto previo de papeles para la realización y el aprovechamiento de la documentación falseada, de modo que tanto es autor quien falsifica materialmente, como quien se aprovecha de la acción, con tal que tenga dominio funcional sobre la falsificación” (STS de 6 de noviembre de 2003 RJ 2003/7352).

V.5 La administración desleal en la concesión del crédito y la administración desleal de valores (art. 295).

En los supuestos de estafa de crédito es un tercero ajeno a la entidad bancaria quien ocasiona el perjuicio patrimonial, más también puede darse el caso de conductas ilícitas por parte de los empleados bancarios con el fin de que un tercero obtenga indebidamente un crédito. Estos comportamientos pueden recibir básicamente dos calificaciones. Si el empleado o directivo de la entidad ayuda en la maniobra engañosa realizada por un tercero existirá una cooperación, generalmente necesaria (art. 28.1 c) CP) en un delito de estafa. En cambio, si existe una colusión entre quien dentro de la entidad tiene asignada la competencia para la concesión del crédito y el beneficiario, el delito a aplicar, aunque tal como se analizará con importantes dificultades, será el delito de administración desleal (art. 295 CP). Igualmente está será el precepto a aplicar en los casos de autopréstamos, en los que los administradores de la sociedad, aprovechando su capacidad de disposición sobre los bienes de la entidad se conceden préstamos en condiciones más ventajosas o se los otorgan a personas o entidades vinculadas a ellos. La concesión de avales o cualesquiera otras garantías por parte de la entidad bancaria plantea en este punto idénticos problemas. De algún modo, la administración desleal en la concesión del crédito es una figura colindante con la de la estafa cuando no se dan los requisitos del engaño bastante, por no haber adoptado la víctima, esto es el apoderado encargado de conceder el préstamo, las medidas de protección oportuna. Si se prueba que la omisión de estas medidas, se hizo dolosamente con el fin de conceder indebidamente un préstamo estaremos ante un posible delito de administración desleal.

Lo primero que debe subrayarse es que, si se atiende a las resoluciones judiciales existentes sobre este tipo de supuestos, estas conductas no parecen ser demasiado frecuente en la práctica, lo que quizás se deba a la existencia de sistemas de control internos adecuados que hacen compleja su aparición, instaurando principios como la división de funciones, o a disposiciones, en los niveles jerárquicos superiores, derivadas en los Códigos de buen gobierno y de conducta encaminadas a evitar los conflictos de intereses. En las Cajas de Ahorro la concesión de préstamos, avales o venta de bienes o valores a los vocales del consejo de administración y a personas a ellos vinculadas necesita de acuerdo del Consejo de Administración de la Caja y autorización expresa del Banco de España o de la Comunidad Autónoma (art. 16.2 de la Ley 31/1985 sobre

normativa básica de los órganos rectores de las Cajas de Ahorro).

La aplicación del delito de administración desleal (Art. 295 CP) a la concesión abusiva de préstamos resulta compleja en los supuestos, que son la mayoría, en los que la persona que concede el préstamo y, por tanto, dispone de los bienes de la entidad, en el sentido requerido por el art. 295 CP es un empleado, más o menos cualificado de la entidad. En efecto, el delito de administración desleal tiene como únicos sujetos activos a los administradores de derecho o de hecho de la entidad. La mayoría de la doctrina mantiene un concepto muy estricto de administrador de derecho, que comprendería en exclusiva a los miembros del Consejo de Administración (por todos Faraldo, Los delitos societarios, op. cit, p. 71 ss). Incluso el concepto de administrador de hecho, que es interpretado de un modo más material, plantea múltiples problemas para entender que pueden ser autores de un delito de administración desleal quienes dentro de la entidad tienen atribuidas la capacidad de conceder los préstamos. El criterio determinante para considerar que existe un administrador de hecho es que, con el consentimiento de la entidad, disponga de un poder equivalente al del administrador de derecho, lo que en ningún caso puede predicarse de quienes dentro de la estructura del banco tienen atribuidas la capacidad para conceder crédito. A mi juicio, sin embargo, y sin perjuicio de que sería necesaria una aclaración legislativa, el concepto de administrador de hecho tiene contornos diferentes en cada figura delictiva sobre la que se proyecta (vid. en este sentido Gómez Benítez, Curso de derecho penal de los negocios, op. cit., p. 105 ss; Nieto Martín, El delito de quiebra, Valencia, 2000, p. 191 ss). En el caso del delito de administración desleal lo importante sería disponer del dominio social suficiente como para realizar de forma autónoma actos de disposición patrimonial que vinculen jurídicamente a la sociedad, y lo cierto es que esta situación puede predicarse de quien dentro de la estructura de cada entidad tiene atribuida capacidad para conceder préstamos (cfr. Nieto Martín, El delito de administración fraudulenta, op. cit, p. 266, considerando que también el concepto de administrador de derecho debía interpretarse de forma fáctica con el fin de incluir a todo aquel que tiene capacidad para obligar y disponer del patrimonio de la sociedad). En suma, pues, solo si se admite este concepto "disperso" de administrador de hecho encontraría en nuestro ordenamiento una respuesta adecuada, a través del delito de administración desleal, la concesión abusiva de préstamos bancarios.

Salvado este obstáculo, la concesión de un préstamo o su renovación supondría una disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad, cuando el préstamo fuera concedido en situaciones desventajosas para la entidad. Entendiendo por desventajosas aquellas que no son usuales dentro de este tipo de contrato, sin que exista razón alguna para que el banco asuma estas condiciones (ausencia de garantías efectivas, intereses por debajo de los usuales, condiciones de pago inusitadas, asunción de riesgos desproporcionados para la entidad etc.). La consumación se produciría, de forma semejante a lo que ocurría con la estafa de crédito, desde el momento en que los fondos salen del patrimonio de la sociedad. No existe delito de administración desleal si las condiciones del crédito son materialmente razonables, por mucho que haya existido irregularidades procedimentales en su concesión o en los casos en que, por ejemplo, se demuestre la sola existencia de una situación de conflicto de intereses entre la persona competente para otorgarlo y el beneficiario. La estructura típica del delito de administración desleal, donde solo tienen cabida excepcionalmente la comisión por omisión (Nieto Martín, El delito de administración desleal, op. cit, p. 275 ss), impide la sanción de conductas como la no revocación del préstamo, cuando a quien tiene la capacidad legal para hacerlo, sabe que ya no se dan, por ejemplo, las condiciones de solvencia necesarias para que la empresa siga disfrutando del mismo.

Problemas mayores aún surgen en los supuestos de administración desleal de fondos de inversión o de gestión desleal de cartera de valores que la entidad realiza por la entidad, cuando dolosamente este se administren causando un perjuicio patrimonial a su titular. En estos casos, al igual que ocurría en la concesión del crédito, normalmente los encargados de decir cómo invertir fondos o gestionar valores no son administradores de la sociedad, sino simples ejecutivos con capacidad de disposición. Por esta razón sólo si se vuelve a adoptar un concepto amplio de administrador de derecho o de hecho cabría aplicar el art. 295 a la gestión desleal de estos valores. Pero es que en segundo lugar, la estructura típica del delito de administración desleal, en lo que sin duda alguna fue un error del legislador, exige que el objeto de la acción sea el patrimonio de la sociedad (Nieto Martín, El delito de administración desleal, op. cit, p. 255 ss). Y ni los valores que se administran, ni los fondos de los inversores que se invierten pueden considerarse que forman parte del patrimonio de la entidad. Esta laguna solo puede solventarse mediante una interpretación que violaría el principio de legalidad, en virtud de la cual también deben considerarse bienes de la entidad aquellos que tiene materialmente en su poder con el

fin de administrarlos. (vid. por ejemplo Castro Moreno, El delito societario de administración desleal, Madrid, 1998, p. 379 ss, de acuerdo con él Faraldo Cabana, Los delitos societarios, op. cit, p.333 ss).

2. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA: VERDAD DE LOS ENUNCIADOS PROBATORIOS Y JUSTIFICACIÓN DE LA DECISIÓN.

Jordi Ferrer Beltrán

SUMARIO

I. Dos formas de establecer la relación entre prueba y verdad, II. Prueba y limitaciones procesales, III. Verdad material vs. verdad formal, 3.1. El rechazo de la distinción, 3.2. Problemas pendientes: las alternativas, IV. De nuevo sobre las relaciones conceptual y teleológica entre prueba y verdad, V. Ser verdadero y ser tenido por verdadero.

1. Dos formas de establecer la relación entre prueba y verdad

La relación o relaciones entre prueba y verdad en el derecho y, en particular, en el proceso judicial, ha sido objeto de mucha controversia y también de algunos lugares comunes asumidos generalmente como verdades indiscutibles. Se dice, por ejemplo, que interesa al proceso penal el descubrimiento de la verdad material, mientras que el proceso civil estaría dirigido al establecimiento de una verdad jurídica (cuya relación con lo realmente acaecido es totalmente contingente). Otros autores en cambio, como el lector podrá comprobar a lo largo de este trabajo, han defendido la total independencia entre las nociones de prueba jurídica y de verdad de los enunciados sobre los hechos.

Parece, no obstante, que una de las intuiciones básicas del ciudadano que acude a un proceso judicial es que "lo realmente ocurrido", la verdad de los enunciados sobre los hechos, tiene mucho que ver con la justificación de la decisión judicial en lo que a la prueba se refiere. Por ello, creo que vale la pena analizar con algún detalle las relaciones entre prueba y verdad y determinar bajo qué condiciones o hasta qué punto la verdad de los enunciados sobre los hechos es condición necesaria para poder considerar justificada la decisión sobre su prueba.

Si se quisiera prestar atención a los numerosísimos matices con los que ha sido planteada la relación entre prueba y verdad se haría necesario elaborar un amplio elenco de posiciones teóricas, explícitas e implícitas. No obstante, quizás éste sea un esfuerzo poco productivo y, una vez terminado el elenco, pudiera resultar que no se hubiera avanzado en absoluto en la clarificación de la relación conceptual entre esas dos nociones.

Por ello, me limitaré a exponer, para iniciar este trabajo, dos de las formas más habituales en las que se ha presentado la relación entre la verdad de los enunciados sobre los hechos y la prueba de los mismos, así como a analizar sus problemas y las críticas a las que han sido sometidas.

Para la primera de las tesis, que sostiene la existencia de una relación que puede denominarse conceptual, la verdad de una proposición es condición necesaria, pero no suficiente, para que pueda decirse que esa proposición está probada. Se trata de una tesis acerca del concepto de prueba y que, de forma general, sostiene que una proposición está probada si es verdadera y hay elementos de juicio suficientes a su favor. Ésta ha sido clásicamente la concepción mayoritaria de la prueba judicial (cfr., por todos, Bentham, 1823, vol. I, p. 30 y Bonnier, 1869, vol. I, pp. 5-6), pero se puede decir que hoy está en franca decadencia por las razones que se indicarán en el epígrafe siguiente¹.

La segunda tesis, en cambio, sostiene que la relación existente entre prueba y verdad es más bien teleológica; esto es, no adjudica a la verdad ningún papel definitorio de la prueba, sino que la considera el

1. En cualquier caso, vale la pena señalar que, en mi opinión, esta tesis conceptual no es plausible; esto es, no creo que la verdad de una proposición deba considerarse como condición necesaria para que esta proposición pueda resultar probada. Vid. FERRER, 2002, pp. 37 ss.

objetivo último de la actividad probatoria (entre otros, Chiarloni, 1987, pp. 505 ss.; Ferrajoli, 1989, pp. 551 ss., 556). Lo que, de este modo, se sostiene es que la finalidad principal de la actividad probatoria es alcanzar el conocimiento de la verdad acerca de los hechos ocurridos y cuya descripción se convertirá en premisa del razonamiento decisorio (Summers, 2000, pp. 285 ss.). Es importante advertir que el punto de vista que aquí resulta relevante es el del legislador o, si se prefiere, de la teoría del proceso y de la aplicación del derecho. Está claro, en cambio, que no puede presuponerse en absoluto que esa misma finalidad sea compartida por las partes del proceso o, incluso, por el propio juez o tribunal que debe tomar la decisión. Cabe destacar, por cierto, que esta distinción entre el propósito o la finalidad de la institución (probatoria, en este caso) y el propósito o finalidad de los sujetos intervinientes no es exclusiva de la prueba y tampoco del ámbito del derecho. Así, por ejemplo, en el contexto de la filosofía de la ciencia Van Fraassen (1980, p. 24) señala que "[e]l propósito de la ciencia, por supuesto, no debe ser identificado con los motivos individuales de los científicos. El propósito del juego del ajedrez es dar jaque mate al oponente; pero el motivo para jugar puede ser la fama, el oro y la gloria".

Para finalizar este epígrafe inicial, vale la pena señalar una diferencia entre las dos tesis presentadas que muchas veces se olvida: la primera de las tesis supone la vinculación entre la verdad y la prueba como resultado, esto es, plantea una determinada posición acerca de la posibilidad de que una proposición sobre un hecho esté probada y resulte, contemporáneamente, falsa. En cambio, la segunda de las tesis, plantea una relación entre la verdad y la prueba como actividad probatoria. Si no se percibe esta diferencia entre las dos tesis presentadas, cayendo en la trampa de la ambigüedad del término "prueba", se tiende a vincular ambas tesis, ya sea para sostenerlas ambas indistintamente, ya sea para rechazarlas. En particular, por lo que aquí importa, es importante percibir que los argumentos que se hacen necesarios para el rechazo o la defensa de una u otra de las tesis son claramente distintos.

2. Prueba y limitaciones procesales

Quien pretenda adoptar una noción general de prueba para explicar la noción de prueba judicial (Sentís Melendo, 1979, p. 10; Devis Echandía, 1981, pp. 9 ss.; Hazard-Taruffo, 1993, pp. 92, 95; Taruffo, 1992, pp. 351) deberá dar cuenta necesariamente de las especificidades que el derecho

y el proceso, como marco en el que se desarrolla la prueba, imponen a esta noción. En particular, puede considerarse que esas especificidades provienen principalmente de tres tipos de limitaciones que no existen en otros ámbitos de la experiencia, como las ciencias. Dichas limitaciones son, en primer lugar, las que impone el propio proceso judicial en cuanto tal; en segundo lugar, la institución de la cosa juzgada y, finalmente, las impuestas por las reglas sobre la prueba.

El primer tipo de limitaciones tiene que ver con el marco en el que se desarrolla la actividad probatoria y en el que el juez o tribunal tiene que decidir posteriormente acerca de los hechos probados. Ese marco, representado por el proceso judicial², impone ciertos límites y peculiaridades a la prueba con independencia de las reglas específicas que cada ordenamiento establezca sobre ella. En particular, resulta de especial importancia el hecho de que la actividad probatoria deba desarrollarse en un lapso temporal determinado y que finalizada esa actividad probatoria el juez tenga que decidir sobre los hechos del caso a los que será de aplicación el derecho (Celano, 1995, p. 149, Summers, 2000, pp. 290-291). Además, en cualquier proceso judicial moderno existe la posibilidad para las partes de aportar medios de prueba a favor de la reconstrucción de los hechos que defiendan en el proceso³. En función de los distintos ordenamientos jurídicos y de las distintas jurisdicciones, esa posibilidad puede ser más amplia o más restringida. Puede reservarse únicamente a las partes o bien permitirse la intervención del juez ordenando la realización de pruebas no solicitadas por las partes, etc. Pero, en todo caso, con independencia de las reglas específicas al respecto, existe siempre la posibilidad para las partes de aportar medios de prueba al proceso o de determinar, a través de sus alegaciones, los hechos que deberán ser probados en el proceso (Chiarloni, 1987, p. 505 y 510 ss.). Pues bien, ese hecho es también de particular importancia, porque permite a las partes defender sus intereses, que no necesariamente coinciden con el descubrimiento de la verdad⁴, también a través de la manipulación del material probatorio: esto último puede realizarse directamente mediante

2. En realidad, puede decirse lo mismo de otros tipos de prueba jurídica no judicial, como la que se da en el procedimiento administrativo. No obstante, a los efectos de simplificar el discurso, se hará siempre referencia a la prueba judicial.

3. Puede entenderse que esta posibilidad forma parte de la garantía del derecho de defensa en juicio. Al respecto, véase Dama-ka, 1986, pp. 119 ss. Vid. también, por todos, Taruffo, 1984, pp. 75 ss., respecto de la doctrina italiana; Picó i Juncy, 1996, pp. 13 ss., respecto de la doctrina española.

4. Ferrajoli (1989, p. 555) advierte, en ese sentido, que la búsqueda de la verdad ha de tener un carácter necesariamente desinteresado. Por ello, puede decirse que la intervención de las partes en el proceso (que sólo puede evitarse en un modelo inquisitivo puro) supone una limitación al objetivo de la obtención de la verdad sobre los hechos.

la presentación de medios de prueba adulterados (por ejemplo, una declaración testifical falsa, etc.) o mediante la omisión de presentar medios de prueba que pudieran ser perjudiciales para los intereses subjetivos de la parte, pero que, en cambio, pudieran ser útiles para la determinación de la verdad sobre lo ocurrido⁵, etc.

La segunda limitación procesal que incide de un modo relevante sobre la relación entre prueba y verdad es la institución de la cosa juzgada. De forma muy rudimentaria, puede decirse que la función de esta institución es la de poner un límite a la discusión jurídica a través del proceso judicial. Conviene advertir que ésta no es una limitación que venga impuesta por el propio marco procesal, como sí lo eran las anteriores. En este sentido, es perfectamente concebible un sistema judicial en el que todos o algunos casos puedan ser replanteados indefinidamente y las decisiones adoptadas en las sucesivas instancias puedan ser recurridas sin límite. Es más, un sistema como éste no es sólo concebible como hipótesis teórica, sino que puede encontrarse alguna experiencia histórica del mismo en la que se permitía el replanteamiento indefinido de distintos procesos con el mismo objeto procesal⁶.

Es conveniente distinguir dos sentidos en los que suele utilizarse la expresión "efecto de cosa juzgada". Esos dos sentidos se identifican habitualmente mediante las denominaciones "cosa juzgada formal" y "cosa juzgada material". La primera de ellas es la cualidad de ser inimpugnable atribuida a una resolución judicial por el ordenamiento jurídico, que en ocasiones también es denominada firmeza⁷. Esa inimpugnabilidad puede producirse por dos motivos, a saber: puede tratarse de una resolución frente a la que el ordenamiento no admita recurso alguno o bien puede suceder que las partes hayan dejado transcurrir los plazos para la presentación del pertinente recurso sin hacerlo.

5. En este punto, la posibilidad de que el juez ordene de oficio la práctica de pruebas no solicitadas por las partes puede contribuir a mitigar esa desvirtuación del material probatorio y, en ese sentido, a acercar la prueba judicial a la noción general de prueba.

6. Es ya muy indicativo el nombre que recibían esos procesos: lites inmortales. Al respecto puede verse Giuliani, 1988, p. 527 ss. También en la Unión Soviética, durante un largo período después de la revolución, se consideró que toda sentencia, civil o penal, podía ser revisada sin límite temporal predeterminado. Es más, los obstáculos a la posibilidad de revisar una decisión judicial hasta obtener una solución acertada, en la determinación de los hechos y en la aplicación del derecho, se consideraban un formalismo burgués inaceptable. V., al respecto, Dama-ka, 1986, p. 179. En contra de esta caracterización de la cosa juzgada, considerándola como una institución "ínsita en la propia función jurisdiccional" se manifiesta Tapia, 2000, p. 135.

7. Montero Aroca, con buen criterio, propone usar esa denominación de firmeza para este primer sentido y reservar la expresión cosa juzgada para el sentido material, de modo que se eviten confusiones terminológicas. Cfr. Montero Aroca, 1995, p. 72 ss. No obstante, la Ley de Enjuiciamiento Civil española ha asumido las denominaciones cosa juzgada formal y material en sus artículos 207 y 222.

En sentido material, en cambio, la cosa juzgada tiene que ver con los efectos que un determinado tipo de resolución judicial, la sentencia, produce respecto de otros procesos. Por un lado, excluye la posibilidad de que se adopte una decisión futura entre las mismas partes y sobre el mismo objeto (artículo 222.1 Ley de Enjuiciamiento Civil española). Por otro, en su aspecto positivo, la cosa juzgada material "es el efecto vinculante para un proceso ulterior de la sentencia firme dictada en uno anterior sobre una situación o relación jurídica que -sin ser la misma que se somete de nuevo a consideración judicial- condiciona la situación o relación jurídica que se hace valer en el nuevo proceso" (Tapia, 2000, p. 207-8; artículo 222.4 Ley de Enjuiciamiento Civil española).

En cualquier caso, conviene matizar tres puntos importantes: la institución de la cosa juzgada no impide siempre replantear la discusión sobre los hechos (Chiarloni, 1987, p. 514), su alcance va más allá de la determinación de los hechos y, finalmente, no es la única limitación a la posibilidad de replantear la discusión acerca de los hechos probados en el marco del proceso judicial. Así, en primer lugar, en algunos casos es posible reabrir la cuestión de la determinación de los hechos probados de un caso, incluso cuando sobre el mismo ha recaído ya sentencia firme. Obviamente, esto es dependiente de la regulación jurídica contenida en cada ordenamiento, pero es habitual, por ejemplo, que se permita la revisión de una sentencia firme cuando se disponga de nuevas pruebas que puedan demostrar la inocencia de una persona condenada penalmente. En segundo lugar, está claro que la cosa juzgada tiene un alcance más amplio que el de la determinación de los hechos probados: no se aplica sólo a los aspectos referentes a la determinación de los hechos del caso, sino también, y hasta principalmente, a la decisión acerca de la interpretación y la aplicación del derecho a esos hechos. Finalmente, en muchos ordenamientos es habitual que se limite de diversos modos la posibilidad de replantear en segunda y sucesivas instancias la discusión acerca de los hechos probados del caso en nombre del principio de inmediación⁸. De forma aproximativa, lo que se sostiene es que el sujeto mejor situado epistemológicamente para valorar las distintas pruebas aportadas al proceso, por separado y también conjuntamente, es aquél que ha presenciado directamente su práctica, de modo que esto supondría un

8. El alcance que debe darse al principio de inmediación no está claro en absoluto y, en muchos casos, una interpretación extraordinariamente laxa del mismo ha sido el subterfugio para la adopción de concepciones altamente irracionalistas de la prueba, limitando el alcance del deber de motivación e impidiendo un verdadero control posterior de la decisión. Vid., por todos, Andrés Ibáñez, 1992, pp. 295 ss., y 2002, pp. 59 ss.

límite a las posibilidades de revisión de la declaración de hechos probados realizada por ese juez o tribunal por parte de otros superiores.

La tercera limitación a las posibilidades de conocer la verdad acerca de (las proposiciones sobre) los hechos en el proceso judicial viene representada por la existencia en todos los ordenamientos jurídicos modernos de una apreciable cantidad de reglas jurídicas sobre la prueba. En este sentido, son muchos los autores que han sostenido que la existencia de esas reglas limita o impide directamente que se pueda defender una vinculación más o menos estrecha entre los conceptos de prueba jurídica y verdad. No obstante, parece imprescindible realizar un análisis más detallado de los distintos tipos de reglas procesales sobre la prueba y de su incidencia en aquella relación con la finalidad de no aventurarse en la defensa de tesis generales que no estén fundamentadas en todos los casos.

A ese efecto, cabe distinguir tres tipos de reglas sobre la prueba: reglas sobre la actividad probatoria, sobre los medios probatorios y sobre el resultado probatorio. Los dos primeros tipos de reglas sobre la prueba no suponen un impedimento para que pueda atribuirse valor de verdad a los enunciados declarativos de hechos probados⁹. En cambio, en el caso del tercer tipo de reglas, la respuesta no puede ser tan simple. En efecto, en ese tipo de reglas cabe distinguir las denominadas reglas de prueba legal y las reglas que establecen el principio de libre apreciación de la prueba. Una buena forma de interpretar lo que establecen estas últimas reglas es la de considerar que prescriben al órgano juzgador que evalúe el material probatorio aportado al proceso de acuerdo con las reglas de la racionalidad general. En ese caso, las únicas limitaciones jurídicas vienen impuestas por el contexto procesal dentro del cual se delimitan los elementos de prueba que posteriormente deben ser individual y conjuntamente valorados por el juez. En cambio, en el caso de las reglas de prueba legal, como ya he sostenido, se hace abstracción de la racionalidad de la decisión en el caso concreto y se adjudica un determinado resultado probatorio a

9. Es decir, no impiden que esos enunciados sean susceptibles de verdad o falsedad. Otra cosa es que, por supuesto, pueden incidir aumentando o disminuyendo las posibilidades de que el enunciado que se declare probado resulte finalmente verdadero, esto es, que se corresponda con los hechos realmente ocurridos. En este sentido, Gascón habla, muy elocuentemente, de reglas epistemológicas y reglas contra-epistemológicas, en función de colaboran o entorpecen en la tarea del descubrimiento de la verdad. Vid. Gascón, 1999, pp. 115 y 125 ss. Vid. también, más ampliamente, Ferrer, 2002, pp. 45 ss.

un medio genérico de prueba¹⁰. De este modo, puede considerarse que tanto esas reglas como los enunciados que fijan los hechos probados en aplicación de aquéllas al caso concreto son supuestos de reglas constitutivas (generales y aplicadas, respectivamente). Siendo así, no es posible atribuirles valores de verdad.

Una vez presentadas las distintas limitaciones procesales a la posibilidad de alcanzar una determinación verdadera de los hechos en el proceso judicial, conviene recapitular y volver por un momento a las dos formas principales en las que se ha planteado la relación entre prueba y verdad: la relación conceptual y la teleológica. Ahora es posible ya analizar la plausibilidad de esas relaciones a la luz de las limitaciones presentadas. Para ello, no obstante, presentaré en primer lugar algunas de las tesis mediante las que se han negado aquellas relaciones.

3. Verdad material vs. verdad formal

Las distintas limitaciones procesales, y no procesales (como los intereses de las partes) que pueden interferir en la determinación de la verdad de los enunciados declarativos de hechos probados, producen que en algunas ocasiones se declaren probados enunciados falsos. Siendo así, se ha planteado la necesidad de dar cuenta de alguna forma de los casos en que el normal discurrir del proceso conduce, por una u otra de las razones estudiadas, a la declaración de hechos probados que se apartan de lo realmente ocurrido.

Ante esa exigencia, parecen presentarse dos alternativas excluyentes y exhaustivas: o bien se abandona la definición de la prueba en términos de verdad, esto es, la relación conceptual entre ambas nociones, o bien se sostiene que en los casos en los que se declara probado un enunciado acerca de los hechos que resulta falso, en realidad, no está probado.

No obstante, la doctrina alemana de finales del siglo XIX (cfr., por ejemplo, von Canstein, 1880, pp. 306 ss.; Wach, 1881, pp. 203 ss.; Bulow, 1899, pp. 299 ss.), y con ella buena parte de la doctrina y de la jurisprudencia europeas y latinoamericanas hasta nuestros días, intentó escapar del

10. No se excluye, sin embargo, que pueda atribuirse racionalidad a la decisión general del legislador de atribuir un específico valor probatorio a un determinado medio genérico de prueba. En todo caso, las razones para negar esa racionalidad deberán ser distintas de las que sirven para juzgar la racionalidad de la decisión en el caso concreto. Para una fundada opinión negativa respecto de la racionalidad de la institución de la prueba legal, puede verse Taruffo, 1992, pp. 361 ss, especialmente, 374. En sentido contrario, en cambio, Montero Aroca, 2000, pp. 53 ss. y 2001, pp. 138-9.

dilema anterior mediante la postulación de la distinción entre dos tipos de verdades: material y procesal. La primera también ha sido denominada mediante los calificativos de "objetiva", "real", etc. La segunda, por su parte, también ha recibido las denominaciones de "formal", "judicial", "forense", etc.

La verdad material es aquella de la que se habla fuera del proceso judicial. Por ello, también puede hacerse referencia a la misma mediante la denominación de verdad *tout court*, sin más calificativos. No está claro cuáles son las condiciones de verdad, en este sentido, en las que estaban pensando los teóricos que propusieron la distinción, pero es plausible sostener que la verdad (material) de un enunciado depende de su correspondencia con el mundo: de la ocurrencia de los hechos cuya existencia se afirme o de la no-ocurrencia de los hechos cuya existencia se niegue. Esta es, precisamente, la verdad que se cree inalcanzable, al menos en muchas ocasiones, en el proceso judicial.

La verdad formal, en cambio, es aquella que se obtiene en el proceso como resultado de la actividad probatoria. Dicha verdad formal puede coincidir o no con la material (aunque a menudo se admite que es deseable que lo haga), pero sería aquella la que gozaría de autoridad jurídica. Con independencia de la coincidencia con los hechos realmente ocurridos, se atribuye la calificación de verdadera formalmente a la declaración de hechos probados realizada por el juez o tribunal en la sentencia. Esa declaración puede ser revocada y sustituida por otra por parte de un tribunal superior, pero una vez que la sentencia adquiere firmeza es "la única verdad" que interesa al derecho. De este modo, la declaración de hechos probados realizada por el juzgador deviene verdadera (en sentido formal) por el solo hecho de ser pronunciada por el órgano judicial. Aunque nada se dice al respecto por parte de los defensores de la distinción, parece claro, de ese modo, que la declaración de hechos probados adquiere fuerza constitutiva.

Ello no quiere decir, sin embargo, que el juzgador disponga de total discrecionalidad para determinar los hechos probados, o que pueda hacerlo a su libre arbitrio (sí parece suponerlo, en cambio, Nieto, 2000, pp. 248-249). Es más, podría incluso suceder que el juez o tribunal tuviera la obligación jurídica de intentar descubrir los hechos realmente acaecidos, esto es, la verdad material. En cualquier caso, puede haber también normas que impongan determinados resultados probatorios ante la presencia de determinados medios de prueba, etc. La violación de esas obligaciones puede ser el motivo de pertinentes recursos y de la revocación de la

decisión judicial por parte de un órgano superior. No obstante, la distinción entre verdad material y verdad formal pone el acento en la autoridad que se confiere a la declaración de hechos probados realizada por el juzgador y en la irrelevancia jurídica de la verdad material una vez resuelto el caso.

Sin embargo, en muchas ocasiones se pretende decir algo más al sostener la distinción. Así, ha sido muy habitual que se sostenga que es un objetivo del proceso penal el descubrimiento de la "verdad material sobre los hechos", mientras que en el proceso civil ese no sería un objetivo institucional, conformándose con la "verdad formal". Esto sería debido a la vigencia en el proceso civil del principio dispositivo y a la presencia de un buen número de reglas de prueba legal, a diferencia de lo que ocurriría en el caso del proceso penal. Así, cuando se sostiene una tesis como ésta, no sólo se niega que *de hecho* se produzca en el proceso civil una disociación entre los hechos declarados probados y aquéllos realmente ocurridos. Se afirma, además, que no es un objetivo del proceso civil, a diferencia del proceso penal, el descubrimiento de la verdad material (Jiménez Asenjo, s.f., p. 404.; Quintano Ripollés, 1960, p. 243; Arazi, 1986, pp. 30 s.; Verde, 1990, p. 467).

Es importante destacar en este punto, sin embargo, que la diferencia entre las limitaciones al "descubrimiento" de la verdad en el proceso civil y penal es claramente contingente, es dependiente de la regulación procesal de cada ordenamiento jurídico y, además, es una diferencia de grado. Puede verse, en efecto, que una parte de las limitaciones analizadas en el epígrafe anterior están presentes también en el proceso penal. Es más, el primer tipo de limitaciones, características del marco constituido por el propio proceso, estarían presentes en cualquier tipo de proceso y, si la caracterización es correcta, con independencia de la regulación de cada ordenamiento.

3.1. El rechazo de la distinción

Ya en la primera mitad del siglo XX se alzaron importantes voces doctrinales para rechazar explícita y claramente la distinción entre diversos tipos de verdad. Desde entonces, ese rechazo se ha convertido en ampliamente mayoritario, aunque pueden encontrarse sin excesivo esfuerzo aún actualmente referencias a la misma tanto en la doctrina como en la jurisprudencia¹¹.

11. En el mismo sentido, Montero Aroca, 2000, p. 26 y 2001, p. 112. Véase, por ejemplo, Almagro Nosete, Cortés

Uno de los autores que ha ejercido mayor influencia para la extensión del abandono de la distinción entre verdad material y verdad formal es Carnelutti. Bastarán algunas citas del autor italiano para mostrar claramente su pensamiento al respecto. Así, advierte que la noción de verdad formal

"(...) no es más que una metáfora, sin lugar a dudas; en realidad, es fácil observar que la verdad no puede ser más que una, de forma que la verdad formal o jurídica o bien coincide con la verdad material, y no es más que verdad, o diverge de ella, y no es más que una no-verdad (...)" (Carnelutti, 1947, p. 29-30)

Y más adelante señala también, en una frase que ha sido citada insistentemente por buena parte de la doctrina española e italiana, que:

"La verdad es como el agua: o es pura o no es verdad". (Carnelutti, 1947, p. 34)

En los términos dilemáticos que he planteado, la relación entre prueba y verdad al inicio del epígrafe anterior, las claras críticas de Carnelutti contra la distinción entre verdad material y verdad formal pueden entenderse bien. Así, lo que el procesalista italiano plantea es que esa distinción no es más que una falsa salida al dilema. Sigue quedando en pie el dilema del mismo modo en que se presentó: o bien se abandona la relación conceptual entre prueba y verdad, esto es, no se define la prueba en términos de verdad de los enunciados, o bien se sostiene que es imposible conceptualmente probar un enunciado falso. En este último caso, cuando se declara probado un enunciado de ese tipo, habrá que decir necesariamente que se ha cometido un error y que el enunciado no está realmente probado. Otra cosa será, por supuesto, que la decisión tenga autoridad jurídica y que, en función del caso, sea incluso irrecurrible.

Dominguez, Gimeno Sendra, Moreno Catena, 1992, vol. I, p. 412 y vol. II, p. 443; Nieto (2000, pp. 248 ss.), por su parte, realiza una defensa muy clara, aunque a mi entender no convincente, de la vigencia de la distinción entre tipos de verdad. Vid. también, entre otras muchas, las Sentencias del Tribunal Supremo español (en adelante, SSTS) de 5 de noviembre de 1996, de 22 de abril de 1994 y de 15 de marzo de 1989. En particular, la jurisprudencia española suele hacer referencia a la necesidad de determinar la verdad material en el proceso penal. En ese sentido, vid., por ejemplo, las SSTS de 6 de octubre de 1988 (en materia civil, en la que se afirma que no cabe exigir en la jurisdicción civil, por diferencia de la penal o la social, la especificación en la sentencia de los hechos probados, puesto que en materia civil operaría la verdad formal y se apreciarían las pruebas según conciencia), de 8 de mayo de 2000 y de 18 de octubre de 1985 (ambas en materia penal). En sentido contrario, en cambio, Urbano Castrillo y Torres Morato (2000, p. 29) sostienen que "la meta del proceso penal es la «obtención formalizada de la verdad» que puede coincidir o no con la real o material, pero que es, sobre todo, la obtenida por vía formal, es decir, la verdad forense".

Como se verá más adelante, no obstante, la alternativa que propone Camelutti representa un paso adelante sólo terminológico respecto de la distinción que él mismo rechaza. No pretendo minusvalorar su aportación con ello, sino únicamente advertir que su trabajo supone principalmente un aporte de claridad conceptual para el problema analizado, pero no una solución teórica sustancialmente distinta.

3.2. Problemas pendientes: las alternativas

Apoyándose en las palabras de Camelutti, o en reflexiones análogas, y en las limitaciones procesales a la búsqueda de la verdad que se han presentado anteriormente, buena parte de la doctrina procesalista ha optado por el primer cuerno del dilema, esto es, el abandono de la relación conceptual entre prueba y verdad.

En muchas ocasiones, además, ese abandono se vincula, o se confunde, con el abandono adicional de la relación teleológica¹². En esa última línea pueden verse las observaciones de dos importantes procesalistas españoles, quienes sostienen que:

“Lo lógico hubiera sido abandonar para siempre el concepto de verdad como fin de la prueba jurídica y buscar por otros senderos el hallazgo de la solución”. (Serra Domínguez, 1962, p. 357).

“Tradicionalmente la función de la prueba ha venido refiriéndose al descubrimiento de la verdad, dándose así origen a otro mito en materia de prueba (...)” (Montero Aroca, 2000, p. 23; también Id., 2001, p. 108).

Aunque las diferencias entre las diferentes alternativas no están claramente delineadas, un trabajo relativamente reciente de Montero Aroca (2000, p. 26 ss. y 2001, p. 112 ss.) puede servir como guía para presentar las distintas opciones teóricas presentes en la doctrina actual acerca de la relación prueba-verdad. Así, ese autor identifica tres grandes tesis, a saber:

A) Prueba como fijación de los hechos: Se sostiene que la finalidad de la prueba es la fijación formal de los hechos por parte del juez, con independencia de su relación con lo ocurrido. Ésta es la tesis defendida por Camelutti y ha conseguido un buen número de seguidores. En palabras del autor italiano:

12. Más que un abandono de ambas tesis se produce una confusión entre ellas, por ejemplo, en Miranda Estrampes, 1997, pp. 36-37.

“(...) el proceso de búsqueda sujeto a normas jurídicas, que restringen y deforman su pureza lógica, no puede ser sinceramente considerado como un medio para el conocimiento de la verdad de los hechos, sino como una fijación o determinación de los propios hechos, que puede coincidir o no con la verdad de los mismos y es absolutamente independiente de ello.” (Camelutti, 1947, p. 30. Las cursivas son del autor).

En este punto, vale la pena observar que, como ya ha sido mencionado anteriormente, no hay una diferencia sustancial entre esta tesis y la que está subyacente a la noción de verdad formal. En otras palabras, tanto la vinculación de la prueba jurídica a la fijación formal de los hechos como la vinculación a la noción de verdad formal suponen su desvinculación de la verdad *tout court* y, lo que es más importante, una versión no racional de la prueba de acuerdo con la cual está probado aquello que el juez o tribunal declara probado¹³. Por otra parte, aunque es una consecuencia de lo anterior, en ambos casos se produce una confusión entre la atribución de efectos jurídicos, de autoridad, a una decisión judicial y su corrección, incluso jurídica. Se confunde, en fin, la infalibilidad con el carácter jurídico definitivo o no de la decisión¹⁴.

B) Prueba como convicción del juez acerca de los hechos: Según esta tesis, “la prueba es el conjunto de operaciones por medio de las que se trata de obtener el convencimiento del juez respecto de unos datos procesales determinados” (Montero Aroca, 2000, p. 27 y 2001, pp. 113-4; v. también Serra Domínguez, 1962, p. 356). Ésta parece ser la doctrina mayoritaria en el ámbito de la dogmática procesal¹⁵. Así, para Cabañas (1992, p. 21):

13. En realidad, puede plantearse la distinción entre verdad formal y material de otra forma. Así, puede decirse que el objetivo (o uno de los objetivos) de cualquier tipo de proceso judicial es la determinación de los hechos de acuerdo a la verdad material, esto es, que los enunciados fácticos incorporados al razonamiento de la decisión judicial se correspondan con el mundo. Por su parte, puede denominarse verdad formal a la declaración judicial de hechos probados. Puede añadirse también que es importante que esta verdad formal coincida con la material, aún reconociendo que ello no es siempre así. La divergencia entre los dos tipos de verdades, o entre lo que ha ocurrido en el mundo y lo que se declara en el proceso puede deberse a cualquiera de las limitaciones procesales que han sido expuestas en este y en el anterior capítulo (así plantea la distinción, por ejemplo, Summers, 2000, pp. 286 ss.). De este modo, si se mantiene que el objetivo del proceso es la determinación de los hechos de acuerdo con la verdad material, no se produce el problema de la infalibilidad ni se cae en una versión constitutivista de la declaración de hechos probados: podrá decirse siempre que aquello que es verdadero formalmente (que ha sido declarado verdadero en el proceso) no se corresponde, como debería, con la verdad material. En cambio, queda una crítica, si se quiere terminológica: no se entiende bien la razón por la que vale la pena seguir llamando verdad formal a la declaración de hechos probados realizada por el juez en su decisión y no simplemente prueba, distinguiendo así entre prueba y verdad y no entre distintas verdades.

14. En el mismo sentido, Alchourrón y Buljgin, 1989, p. 311, para quienes resulta plausible decir que la verdad procesal “es el final, en el sentido de que pone fin a la controversia, (¡pero poner fin a la discusión sobre la verdad no hace verdadero el enunciado!)”. Vid., más ampliamente, Ferrer, 2002, pp. 20 ss.

15. Así lo muestra, por ejemplo, Miranda Estrampes (1997, pp. 45 ss.), con amplias referencias a las doctrinas española, italiana, alemana y latinoamericana.

"(...) la palabra «prueba» identifica (...), en su mejor acepción técnica y pura, al ya referido *estado psicológico de convencimiento del juez sobre la veracidad de todos o algunos de los hechos alegados por las partes*. En efecto, una afirmación de hecho no estará «probada» aunque se utilice en tiempo y forma oportunos alguno de los instrumentos previstos por la legislación, si finalmente tal actividad no excita en el juez la certidumbre de la realidad física del acontecimiento descrito en esa afirmación." (La cursiva es del autor).

También en este caso, son de aplicación las críticas realizadas a la concepción anterior respecto de la confusión entre el carácter jurídico, incluso definitivo, de una resolución y su infalibilidad. En efecto, si se sostiene que la finalidad de la prueba como actividad es alcanzar la convicción del juzgador acerca de los hechos, esta finalidad se verá satisfecha con independencia del sentido en que se produzca aquella convicción, de si es acorde o no con los hechos realmente acaecidos e incluso de si es o no la conclusión que cabía obtener a la luz de los elementos probatorios presentes en el expediente judicial.

Por otra parte, si se concibe la noción de hecho probado (esto es la prueba como resultado probatorio) de forma equivalente, cabe decir que un hecho está probado cuando el juez se ha convencido de su ocurrencia. En ese caso, tampoco se deja ningún espacio para el error: si el juez alcanza la convicción, el hecho está probado. En caso contrario, no lo está. Y ello depende únicamente del aspecto subjetivo psicológico del juez, que nadie más que él puede determinar, conduciendo necesariamente a una concepción irracional de la prueba¹⁶. Un órgano superior, en cualquier caso, sólo podrá revocar la decisión del órgano superior alegando que ha llegado a una convicción diferente y que su convicción "vale más" por efecto de la jerarquía entre órganos.

Finalmente, la concepción analizada conlleva un problema añadido. Así, se confunde la noción de prueba con la actitud proposicional del juez acerca de los enunciados que se declaran probados¹⁷. Y se vincula, además, la prueba con la creencia (la convicción), de modo que no se puede dar cuenta de un importante número de casos, en los que por

16. En algunos casos, esta consecuencia pretende evitarse afirmando que el juez tiene ineludiblemente el deber de motivar su decisión y que ello permite evitar las resoluciones arbitrarias. En mi opinión, en cambio, una concepción de la prueba que se vincule con la convicción psicológica es incompatible con una concepción fuerte de la motivación (justificación) de las resoluciones (Taruffo, 1975, pp. 107 ss. y 1992, p. 376). Por ello, no es de extrañar que se acabe reduciendo la motivación a una explicación (no justificación) de los pasos o los datos que han llevado a la convicción en cuestión (Igartua, 1998, pp. 288-289).

17. Vid., más ampliamente, Ferrer, 2002, pp. 90 ss.

razones muy diversas el juez se ve obligado a declarar hechos probados con independencia (y hasta en contra) de sus creencias acerca de los hechos del caso¹⁸.

C) Prueba como certeza del juez acerca de los hechos: Según la caracterización que Montero Aroca (2000, p. 29 y 2001, p. 116) realiza de esta tesis prueba es:

"la actividad procesal que tiende a alcanzar la certeza en el juzgador respecto de los datos aportados por las partes"

No está claro, en mi opinión, cuáles son los límites entre la noción de convicción y la de certeza en este contexto¹⁹. En cualquier caso, parece que también la noción de certeza tendría un carácter eminentemente subjetivo, de modo que se presentarían de nuevo los mismos problemas señalados para las concepciones anteriores²⁰.

Si se procede a recapitular lo dicho acerca de las tres alternativas que se acaban de presentar como finalidades de la prueba, puede observarse que todas ellas presentan respecto de la distinción entre verdad material y verdad formal la ventaja de la claridad conceptual, al no necesitar multiplicar las nociones de verdad. En cambio, tampoco están ellas mismas bien delimitadas y no quedan claros los márgenes entre una y otra concepción. Por último, y lo más importante, todas ellas comparten con la noción de verdad formal que son dependientes de la propia decisión judicial, de forma que no se presenta por parte de ninguna de ellas un parámetro externo a la propia decisión del juez sobre los hechos que permita evaluar la corrección de la misma. Por ello, así delineadas, desembocan necesariamente en una concepción irracional de la prueba jurídica.

18. Vale la pena añadir únicamente que, como señala Montero Aroca (2000, p. 27 s.), los autores que sostienen esta concepción suelen criticar la existencia de reglas de prueba legal, precisamente, porque estas reglas atribuyen resultados probatorios con independencia de la convicción o la creencia del juez al respecto.

19. En efecto, algunos autores asimilan directamente las dos concepciones. Así, por ejemplo, Liebman, 1980, p. 275 y De Santo, 1991, p. 289. Este último, además, asimila tanto la noción de convicción como la de certeza a la de creencia. Miranda Estrampes (1997, p. 57), finalmente, asimila las nociones de certeza y de creencia.

20. Montero Aroca (2000, p. 29) distingue, no obstante, dos tipos de certeza. La primera se derivaría del convencimiento psicológico del juez (para los casos de libre valoración de la prueba) y la segunda sería de tipo "objetivo", impuesta por el legislador como resultado de un medio de prueba (para los casos de prueba legal).

4. De nuevo sobre las relaciones conceptual y teleológica entre prueba y verdad

Si se acepta, como creo que debe hacerse, el carácter relacional de los enunciados probatorios (del tipo 'Está probado que *p*') respecto de los elementos de juicio (los medios de prueba) presentes en el expediente judicial, puede ya ponerse en tela de juicio la relación conceptual entre prueba y verdad. Esto es, aquella que consiste en postular a la verdad de un enunciado como condición necesaria para que pueda decirse que ha quedado probado. Así, el primer obstáculo para mantener esa relación viene impuesto porque la prueba de un enunciado es relacional a los elementos de juicio que se tengan a disposición, mientras que la verdad del enunciado no tiene ese carácter en absoluto.

No obstante, este único inconveniente no permite rechazar sin más la relación conceptual entre prueba y verdad. La razón es muy simple: cabría aún sostener que sólo puede decirse que hay elementos suficientes en favor de '*p*' cuando esos elementos demuestren la verdad de '*p*'. En ese caso se mantendría incólume la relación conceptual.

En cambio, creo que hay buenas razones para rechazar esa relación. La principal es que no se corresponde con los usos de los juristas y tampoco con las exigencias de los ordenamientos jurídicos positivos. En efecto, es perfectamente compatible la verdad del enunciado probatorio 'Está probado que *p*' con la falsedad de '*p*'²¹. Por ello, resulta significativo un enunciado del tipo 'En el proceso quedó probado que Juan era el padre de Pedro; en cambio, nuevas pruebas genéticas han demostrado que no lo es'. Para que pueda decirse que una proposición está probada es necesario y suficiente que se disponga de elementos de juicio suficientes en su favor, que hagan aceptable esa proposición como descripción de los hechos del caso.

Por otra parte, las distintas limitaciones procesales a la búsqueda de la verdad en el proceso permiten decir, como han puesto de manifiesto la mayoría de especialistas, que en buena parte de los casos en los que consideramos probadas proposiciones acerca de hechos no es posible decir que la proposición probada sea verdadera. Es más, en algunas ocasiones, aunque conozcamos la falsedad de la proposición en cuestión es perfectamente posible decir que la proposición está probada (sí, teniendo

21. Para la justificación de esta tesis, vid. Ferrer, 2002, pp. 37 ss.

en cuenta únicamente los elementos de juicio presentes en el expediente, se considera que éstos son suficientes para aceptarla como verdadera o el derecho obliga a ello).

Queda por evaluar la plausibilidad de sostener la relación teleológica entre prueba y verdad. Como ya se ha visto en el epígrafe anterior, una parte importante de la doctrina procesalista niega que la finalidad de la prueba sea alcanzar el conocimiento de la verdad acerca de los hechos. Como alternativa, se plantean tesis como las de la convicción judicial, quizás mayoritaria, la certeza y hasta la probabilidad. Antes de ofrecer una respuesta positiva, valdrá la pena analizar críticamente las alternativas. Para ello, creo que puede ser útil recordar qué es lo que se prueba en un proceso.

No es extraño encontrar en la doctrina y en la jurisprudencia la tesis de que lo que se prueba en el proceso son los hechos. Algunas veces ello obedece a razones de simplicidad expositiva (como puede ser el caso en algunas de las ocurrencias en este mismo trabajo), en otras es exactamente eso lo que se quiere decir. Sin embargo, éste es una mala forma de plantear el problema. Los hechos no pueden ser probados en sí mismos. Como pone de manifiesto un ilustrativo ejemplo de Serra Domínguez (1962, p. 359), no puede probarse una mesa ni un contrato ni una obligación. Lo único que puede probarse es el enunciado que afirma la existencia de una mesa en mi despacho, no la mesa misma. Del mismo modo, puede probarse el enunciado que afirma (o niega) la firma de un contrato, etc. En el proceso, por tanto, deberán probarse los enunciados sobre los hechos formulados por las partes²² (en ese sentido, por ejemplo, Carnelutti, 1947, p. 55; Sentís Melendo, 1979, p. 158; Andrés Ibáñez, 1998, p. 398; Wróblewski, 1992, p. 133; Taruffo, 1992, p. 95; Ubertis, 1995, p. 12; Miranda Estrampes, 1997, p. 33).

Si esto es así, cabe preguntarse qué puede ser objeto de la certeza, la convicción, etc. Si el objeto de la prueba son los enunciados sobre los hechos formulados por las partes, parece claro que la convicción, la certeza o cualquier otra actitud mental del juez que se quiera plantear como finalidad de la prueba deberá estar referida a esos enunciados. De este modo, no veo otra posibilidad que sostener que la certeza o la convicción del juez verse sobre la verdad del enunciado (Carrara, 1944, p. 291; De Santo,

22. En realidad, debería decirse, con mayor rigor, que se prueban proposiciones, no enunciados.

1991, p. 289). Esto, por supuesto, no supone afirmar la relación conceptual entre la prueba y la verdad, pero permite observar que aquellos autores que, sosteniendo tesis como las presentadas en el epígrafe anterior, han pretendido "desterrar" la noción de verdad del análisis de la prueba están abocados necesariamente al fracaso, puesto que sus propias tesis acaban vinculando (aunque más indirectamente) ambas nociones²³.

Por poner sólo dos ejemplos de ese fracaso, me referiré a los casos de Montero Aroca y de Serra Domínguez. El primero, después de haber calificado de "mito" la relación entre prueba y verdad y sostener que la finalidad de la prueba es producir la certeza del juez sobre los hechos, sostiene que la certeza judicial acerca de una declaración testifical consiste en la conclusión de que "ha dicho la verdad" (Montero Aroca, 2000, p. 49); o también que una vez realizado el reconocimiento judicial, el juez deberá "decidir sobre la verdad o falsedad del hecho que se le ha representado"²⁴ (p. 51). Serra Domínguez, por su parte, sostiene que "hasta tanto no se ha desterrado de la investigación el término verdad, no han podido conseguirse resultados satisfactorios" en el análisis de la prueba jurídica (1962, p. 356). No obstante, considera que se puede "definir el concepto de prueba como una actividad de comparación entre una afirmación sobre unos hechos y la realidad de los mismos encaminada a formar la convicción de una persona" (Serra Domínguez, 1962, p. 356). Parece clara, además, la referencia seguramente inconsciente a la verdad como correspondencia²⁵.

El análisis anterior permite ya intuir la plausibilidad de la relación teleológica entre prueba y verdad. Pero vale la pena ofrecer un último argumento en su favor. Como ha señalado Van Fraassen (1980, p. 24) al analizar la finalidad o el propósito de la ciencia, cuáles sean estos depende de las condiciones de éxito de la institución. Y ello, por cierto, no excluye que existan otros propósitos subsidiarios que puedan ser o no medios para

23. También sucede algo parecido cuando se vincula la noción de prueba a la de probabilidad (en cualquiera de sus versiones). En efecto, no veo como se puede evitar sostener que la probabilidad que resulta relevante es la de que sea verdadero el enunciado que se pretende probar.

24. Bastaría únicamente añadir que los hechos en cuanto tales no son susceptibles de verdad o falsedad, sino únicamente los enunciados que los describen.

25. Otros autores, como Muñoz Conde (1999, pp. 53 ss) utilizan la expresión "verdad forense", que recuerda a la de "verdad formal", pero sostienen "la teoría consensual de la verdad" (siguiendo las tesis de Habermas), que sería la única capaz de explicar las autorizaciones y las prohibiciones o limitaciones para investigar, "cosa que no podría hacerse desde una perspectiva epistemológica si se sustenta la idea de la verdad como correspondencia". Sinceramente, no alcanzo a entender las razones de esa imposibilidad. Por otra parte, creo que la coherencia, el consenso, etc., pueden ser considerados plausiblemente criterios, falibles en cualquier caso, de verdad, pero de ninguna forma puede sostenerse que la verdad sea reducible a ellos. En el mismo sentido, y en el contexto del análisis sobre la prueba jurídica, puede verse Alchourrón y Bulygin, 1989, p. 311; Ferrajoli, 1989, pp. 20-23, 42 s.; Ferrua, 1992, pp. 59 ss.; Taruffo, 1992, pp. 145 ss.; Ubertis, 1995, p. 11; Andrés Ibáñez, 1998, p. 403. En este trabajo, en cualquier caso, se presupone en todo momento la teoría de la verdad como correspondencia.

aquella finalidad principal.

Parece razonable sostener que el éxito de la intervención de las partes en la fase de prueba, aportando medios de prueba; etc., se produce si logran convencer al juez de que su "descripción" de los hechos (su historia, si se prefiere) es verdadera. Con ello, estarán en buenas condiciones de ganar el caso. En cambio, no parece que se pueda decir que en ese caso, sin más, ha funcionado con éxito la institución jurídica de la prueba. Si una de las funciones principales del derecho es la regulación de la conducta, el cumplimiento de esta función requiere que en el proceso se apliquen las consecuencias jurídicas previstas en las normas si, y sólo si, se han producido efectivamente los hechos condicionantes de esas consecuencias. Para ello, la prueba como actividad tiene la función de comprobar la producción de esos hechos condicionantes o, lo que es lo mismo, de determinar el valor de verdad de los enunciados que describen su ocurrencia²⁶. Y el éxito de la institución de la prueba jurídica se produce cuando los enunciados sobre los hechos que se declaran probados son verdaderos, por lo que puede sostenerse que la función de la prueba es la determinación de la verdad sobre los hechos (en el mismo sentido, entre otros, Taruffo, 1992, p. 373; Lombardo, 1993, p. 752; Ubertis, 1995, pp. 4-5; Andrés Ibáñez, 1998, p. 395).

Para terminar esta parte del análisis, vale la pena insistir en dos matizaciones. Por un lado, la independencia entre las relaciones conceptual y teleológica entre la verdad y la prueba permite perfectamente que pueda darse el caso de que un enunciado fáctico resulte jurídicamente probado y, en cambio, sea falso. También, por supuesto, que un enunciado fáctico verdadero no resulte probado. Todo ello depende de los elementos de juicio aportados al proceso. Lo único que podrá decirse es que en ese caso la prueba como actividad no habrá cumplido su función o finalidad.

Por otro lado, como ya Van Fraassen ponía de manifiesto en su análisis del propósito o la finalidad de la ciencia, que se afirme que *algo* es el propósito de una institución o actividad no excluye que existan también otros propósitos o finalidades. Así sucede claramente en el caso de la regulación jurídica de la prueba. Está claro que, además de la determinación de la verdad sobre los hechos, esa regulación jurídica tiene también otros objetivos, que pueden variar en cada momento histórico y en cada

26. Como sostuvo Cieslak (1955, p. 44), demostrar la existencia o inexistencia de un hecho equivale a demostrar la verdad o falsedad de las proposiciones que afirman o niegan esa existencia.

ordenamiento. Así, por citar sólo algunos, pueden mencionarse la celeridad en la toma de decisiones, la paz social, la protección de los derechos individuales, etc. (v., entre otros muchos, Rescher y Joynt, 1959, p. 568, Weinstein, 1966, pp. 241 ss., Liebman, 1980, pp. 276-7, Posner, 1990, p. 206 y Taruffo, 1992, pp. 336-7). En cualquier caso, como señala acertadamente Dama*ka (1978, p. 860; 1986, pp. 160 ss.), incluso respecto de los momentos históricos en los que en virtud de un modelo altamente inquisitivo se pretendía maximizar la búsqueda de la verdad -incluyendo la práctica legal de torturas para obtenerla- no puede decirse que esa búsqueda fuese ilimitada y estuviesen ausentes otros valores en el proceso judicial.

5. Ser verdadero y ser tenido por verdadero

Como ya se ha puesto de manifiesto, la relación, de uno u otro tipo, entre las nociones de prueba y verdad ha traído de cabeza a buena parte de los procesalistas desde hace mucho tiempo. En el apartado anterior he defendido la plausibilidad de la tesis que sostiene la existencia de una relación teleológica entre esas dos nociones. No obstante, con ello no se agotan los problemas.

Como ya se dijo anteriormente, la distinción entre verdad material y formal fue elaborada por la doctrina alemana decimonónica como reacción a la constatación de que, en muchos casos, los hechos declarados probados en los procesos judiciales no coincidían (y algunas veces no podían jurídicamente coincidir) con los hechos realmente acaecidos. En otras palabras, que eran declaradas probadas proposiciones que, en cambio, resultaban falsas y a la inversa. A pesar de ello, el derecho reconocía, y sigue reconociendo, autoridad a esas decisiones: las sigue considerando como decisiones jurídicas y producen los normales efectos jurídicos.

He dedicado buena parte de este trabajo a mostrar la implausibilidad de la distinción entre distintos tipos de verdades, así como también la insuficiencia de buena parte de las alternativas teóricas planteadas por la doctrina. En lo que sigue, pretendo ofrecer una posible solución al problema que acabará en la noción de aceptabilidad de una proposición.

El punto de partida que puede permitir resolver el embrollo de la relación entre prueba y verdad de una proposición es la distinción entre "ser verdadera" y "ser tenida por verdadera". Una proposición 'p' es

verdadera si, y sólo, si p. Esta es la clásica noción de la verdad como correspondencia (Tarski, 1931). En el famoso ejemplo de Tarski, 'La nieve es blanca' es verdadero si, y sólo si, la nieve es blanca. Esto es, si se produce una correspondencia entre aquello que dice el enunciado y los hechos del mundo. De esta forma, la verdad de una proposición no depende en absoluto de quien formule el enunciado que la expresa (sea un juez, el constituyente, usted o yo mismo). Si trasladamos esto al contexto que aquí importa, la verdad de la proposición 'p' que se menciona en el enunciado probatorio 'Está probado que p' no depende en absoluto de lo que decida el juez, que emite el enunciado probatorio en su decisión. Tampoco depende de nada que haya podido suceder en el transcurso del proceso, ni de los medios de prueba aportados al mismo, etc.²⁷. Depende, única y exclusivamente, de su correspondencia con el mundo: de que los hechos que 'p' describe se hayan producido efectivamente.

Lo que sí depende del juez o tribunal que decide el caso es considerar a 'p' como verdadera. Esto es, el juez puede tener a 'p' por verdadera en su decisión, a la luz de los elementos de juicio aportados al expediente judicial para probar la verdad de la proposición, e incorporarla como tal a su razonamiento decisorio, o no tenerla por verdadera. Vale la pena señalar que la decisión de no tener por verdadera la proposición 'p' no debe confundirse con la decisión de tenerla por falsa. Esta es otra diferencia entre el valor de verdad de 'p' y el hecho de que sea tenida por verdadera por alguien. En el primer caso sólo dos opciones son posibles: la proposición es verdadera o falsa. En el segundo, en cambio, existe una tercera posibilidad intermedia: puede considerarse a 'p' como verdadera, como falsa (es decir, como verdadera a 'no-p') o no atribuirle valor de verdad. Esto último puede suceder, por ejemplo, si no se dispone de elementos de juicio suficientes a favor ni en contra de la proposición 'p'. Es conveniente advertir que no debe confundirse el hecho de que se tenga por verdadera una proposición con la creencia en la verdad de la misma. Normalmente, esa creencia es precisamente la razón por la que un sujeto tiene a una proposición por verdadera. Pero ello no es necesariamente así. Cabe la posibilidad de que se decida tener por verdadera una proposición e incorporarla en un razonamiento por otras razones que no son la creencia en su valor de verdad. Así, por ejemplo, puede hacerse a modo de hipótesis de trabajo o por obediencia a una norma que así lo impone. En este sentido, el derecho, como cualquier otro sistema normativo, puede regular la decisión

27. Otra cosa es la verdad del enunciado probatorio mismo ('Está probado que p'), que analizaré más adelante.

de un sujeto de tener por verdadera una proposición e incorporarla como tal a su razonamiento.

Puede, por ejemplo, obligarle a hacerlo dadas ciertas condiciones, o también prohibirle hacerlo, etc. En cambio, no tiene sentido regular la verdad de una proposición ni tampoco la creencia del sujeto acerca de esa verdad.

¿Y cuál es la relación de todo esto con la prueba jurídica? Pues bien, creo que una buena forma de presentar el problema de la relación entre prueba y verdad puede ser ésta: la finalidad de la prueba como institución jurídica es la de permitir alcanzar el conocimiento acerca de la verdad de los enunciados fácticos del caso. Cuando los específicos medios de prueba incorporados al proceso aportan elementos de juicio suficientes a favor de la verdad de una proposición (lo que no debe confundirse con que la proposición sea verdadera), entonces puede considerarse que la proposición está probada. En ese caso, el juez debe incorporarla a su razonamiento decisorio y tenerla por verdadera.

En todo caso, podría añadirse que, *a posteriori* de la decisión judicial, una vez la sentencia ha adquirido firmeza y salvo excepciones, a los efectos jurídicos lo que importará será aquello que el juez ha tenido por verdadero y perderá relevancia (jurídica) aquello que es verdadero (en el caso de que no coincidan). Pero éste es un problema únicamente de atribución de efectos jurídicos que no tiene que ver con la verdad de ninguna proposición.

Siguiendo a Cohen (1989, 1992) y a Ullmann-Margalit y Margalit (1992) parece posible dar cuenta de la idea de tener por verdadero 'p' mediante la noción de "aceptación"²⁸. Así, estos últimos autores afirman que:

"(...) alguien acepta un enunciado cuando decide proceder o actuar como si fuera verdadero, con independencia de si cree o no que el enunciado es verdadero" (Ullmann-Margalit y Margalit, 1992, p. 176).

28. Aunque entre Cohen y Ullmann-Margalit y Margalit hay algunas diferencias de planteamiento, creo que no resultan relevantes en este contexto. Las dos más importantes podrían considerarse éstas: a) para Cohen la aceptación es fundamentalmente teórica mientras que para Ullmann-Margalit y Margalit es fundamentalmente práctica; y b) para Cohen, la aceptación tiene pretensión de durabilidad, cosa que es rechazada por Ullmann-Margalit y Margalit. En cualquier caso, la noción de "aceptación" será analizada con mayor detalle en el capítulo siguiente.

Como puede observarse, la noción de aceptación, así definida, resulta ser una actitud voluntaria²⁹ y es independiente respecto de las creencias que el sujeto tenga acerca de la verdad del enunciado. Esto es, es perfectamente posible que alguien *decida* aceptar como verdadero un enunciado aun cuando crea (acertadamente o no) que es falso. Y, además, el elemento de la voluntariedad permite que sea posible también someter a regulación normativa la adopción de esa decisión. Puede observarse que, de esta forma, se produce un claro paralelismo con la idea de "tener por verdadera" una proposición³⁰, tal como fue presentada en los párrafos anteriores.

En mi opinión, la distinción entre "ser verdadero" y "ser tenido por verdadero" o "ser aceptado como verdadero", permite dar cuenta de los problemas que llevaron a la distinción entre verdad material y verdad formal, sin presentar los inconvenientes que suscita esta última y, especialmente, sin multiplicar las nociones de verdad. Además, se pone el acento en que no se trata de que "existan" distintas verdades, sino más bien de la diferencia entre la verdad de una proposición, que no es dependiente de ningún sujeto que la exprese, y la actitud mental de un sujeto, en este caso, el juez, respecto de la verdad de la proposición.

Por otra parte, no es imposible encontrar ejemplos en los que algunos de los autores que plantearon la distinción entre verdad material y verdad formal parecen estar pensando en una tesis parecida a la que acaba de presentarse. Así, por ejemplo, von Canstein habla de *suposición de verdad* en oposición a la verdad material (von Canstein, 1880, p. 355) y Gonner observa claramente que:

"De lo que declaran los testigos, y de lo que alguien confiesa en su propio perjuicio o confirma bajo juramento en su beneficio, es siempre posible lo opuesto, aunque no probable. Pero las leyes tuvieron que intervenir decretando que en la determinación de los derechos *ello se tuviera por verdad*." (Gonner, 1804, p. 255). La cursiva es mía.

También más recientemente se pueden encontrar expresiones parecidas. Así, por ejemplo, Wróblewski sostiene que:

29. Lo que la hace preferible a la noción de creencia (y todos sus sucedáneos, como la convicción, etc.) para dar cuenta de la actitud proposicional del juez frente a los enunciados que se declaran probados.
30. Ullmann-Margalit y Margalit hablan de aceptar un enunciado, pero no creo que este sea aquí un aspecto relevante. Por otra parte, como ya he dicho en otras ocasiones, entiendo que el objeto de la prueba son las proposiciones.

"Una peculiaridad de la aplicación judicial del derecho es que la base fáctica de las decisiones judiciales está constituida por un enunciado existencial *tratado como un enunciado verdadero*" (Wróblewski, 1992, p. 152). La cursiva es mía.

Y, finalmente, vale la pena mencionar también lo que afirma Levy-Bruhl:

"Una proposición probada es una proposición admitida, *aceptada*, hecha en lo sucesivo, al menos por un tiempo, parte de las verdades oficiales (...)" (Levy-Bruhl, 1964, p. 22.) La cursiva es mía.

También a través de la noción de aceptación de una proposición como verdadera puede darse cuenta adecuadamente de un aspecto más que preocupaba especialmente a quienes idearon la distinción entre verdad material y formal. Ese aspecto es la producción de efectos jurídicos, en ocasiones irreversibles, de la decisión judicial aun cuando la misma se aparte en su declaración de hechos probados de los hechos realmente ocurridos, esto es, incluya enunciados fácticos falsos u omita la inclusión de enunciados fácticos verdaderos relevantes para el caso.

Siguiendo de nuevo las ideas de Ullmann-Margalit y Margalit (1992, p. 171 ss.), puede decirse que la aceptación de una proposición o el hecho de tenerla por verdadera funciona como una presunción³¹. Dicha presunción se introduciría en el razonamiento a los efectos de facilitar la adopción de una decisión práctica. Pues bien, a partir de aquí puede entenderse la producción de efectos jurídicos de la decisión en cuestión: se presume que los enunciados fácticos declarados probados por el juez en su decisión son verdaderos.

Cuando esa decisión no admite nuevos recursos, la presunción deviene inderrotable, *iuris et de iure*, y la decisión adquiere fuerza de cosa juzgada. Las razones para introducir esa presunción son, por supuesto, de tipo práctico y tienen que ver con el interés de que las causas judiciales lleguen a su final de forma relativamente rápida y no se eternicen.

31. Lo que, de nuevo, separa las nociones de aceptación y creencia. Un encargado de un supermercado puede sostener que el cliente siempre tiene la razón, como una forma de llevar a cabo una determinada política comercial. Por supuesto, eso no supone que crea efectivamente que es verdad que el cliente siempre tiene la razón. En cambio, acepta esa proposición y la incorpora a su razonamiento práctico a los efectos de tomar decisiones en su trabajo. Lo hace como si la proposición fuera verdadera, presumiendo su verdad de forma inderrotable (aunque sea consciente de que la proposición es falsa) (Vid. Ullmann-Margalit y Margalit, 1992, p. 170-1). Lo mismo puede hacer un abogado, que acepte la inocencia de su cliente a los efectos de llevar a cabo una mejor defensa.

Ahora bien, si se sostiene, como he defendido en los párrafos anteriores, que cabe entender las declaraciones de hechos probados incluidas en las resoluciones judiciales como la aceptación de esos enunciados como verdaderos por parte del juez, entonces reaparece el peligro de permanecer encerrados en una concepción irracional y subjetiva de la prueba. Para evitar esa consecuencia, es necesario disponer de criterios externos a la decisión del propio juez que permitan evaluar su corrección.

Pues bien, de forma paralela a la distinción entre "ser verdadero" y "ser tenido por verdadero" o "aceptado como verdadero", puede elaborarse una nueva y útil distinción: "estar probado" *versus* "ser tenido por probado".

Si se sostiene, como creo que debe hacerse, que 'Está probado que *p*' debe ser entendido como 'Hay elementos de juicio suficientes (en el expediente judicial) a favor de *p*', está claro que, en el caso de la prueba judicial, será el juez o tribunal (o, en ocasiones, el jurado) quien tenga que tomar una decisión acerca de la existencia o inexistencia de elementos de juicio suficientes para aceptar '*p*' como verdadera. Pero puede suceder que esa decisión resulte errónea: se considere que no hay elementos suficientes y, en cambio, sí los haya o a la inversa. En esos casos, se producirá una disociación entre lo que el juez o tribunal declara o tiene por probado y lo que, realmente, está probado.

De este modo, a diferencia de lo que ocurre en las concepciones subjetivistas o irracionistas de la prueba, la verdad de un enunciado probatorio (del tipo 'Está probado que *p*') no depende de lo que resuelva el juez, un tribunal o un jurado. Ellos pueden decidir tener por probado '*p*', declararlo probado. Pero la verdad del enunciado probatorio depende exclusivamente de su correspondencia con el mundo. En este caso, depende de que efectivamente existan o no elementos de juicio suficientes a favor de '*p*' que hayan sido aportados al proceso.

El elemento clave aquí es el de la suficiencia de los elementos de juicio. Para poder disponer de un criterio o un conjunto de criterios que permitan juzgar la corrección de la decisión judicial habrá que disponer de una teoría acerca de la suficiencia de los elementos de juicio, esto es, una teoría que nos diga cuándo o bajo qué condiciones los elementos de juicio disponibles son suficientes para que resulte racional aceptar una proposición como verdadera en el razonamiento decisorio. Cuando el juez adopte su

decisión sobre los hechos contraviniendo esas condiciones de racionalidad podrá decirse que "ha tenido por probado *p*", pero que, en realidad, no lo estaba (o a la inversa). En otros términos, podrá decirse que el juez ha aceptado '*p*' como verdadera en su razonamiento, pero que, a la vista de los elementos de juicio presentes en el expediente, '*p*' no era *aceptable*³².

En definitiva, creo que una reconstrucción como la que se ha presentado permite dar cuenta plausiblemente de buena parte de los problemas y de las intuiciones entorno a la relaciones entre prueba y verdad que han preocupado a los procesalistas desde hace muchos años.

32. Así, desde el punto de vista de la aceptación del juez o tribunal, la suficiencia de los elementos de juicio a favor de una proposición equivale a la aceptabilidad de esa proposición. Y una teoría acerca de la suficiencia de los elementos de juicio puede entenderse también como una teoría acerca de la aceptabilidad de las proposiciones como verdaderas.

3. LA PERICIA SICOIÓGICA

Eduardo de Urbano Castrillo
(A propósito de la STS 2ª 1579/2003, de 21-11-03)
Doctor en Derecho. Magistrado del Gabinete Técnico
del Tribunal Supremo

SUMARIO

Breve introducción; I. La pericia psicológica, en general.- II. La STS 21-11-2003 A) Los hechos y su resultancia jurídica B) Tratamiento de la pericia psicológica, realizada.- III Algunas reflexiones prácticas.)

Sin duda, la denominada prueba pericial psicológica, ha alcanzado una gran importancia en el proceso moderno, dado la profusión de su empleo y los resultados que suele aportar, que son fundamentales, en muchos casos, para la toma de la decisión judicial correspondiente.

Y es justo destacar, que se trata de una cuestión en la que concurren dos fenómenos preocupantes: a) un general desconocimiento, originado tanto por el silencio legal al respecto como porque en los planes de estudio de las facultades de derecho, no se estudia; y b) porque ante la misma, se detecta una utilización forense, rutinaria y acrítica, que coadyuva a la producción de fallos incorrectos.

Ante esta situación, el hecho de que una reciente sentencia de la Sala Segunda del Tribunal¹, haya dedicado una inusual atención al tema, conectándolo con los arts. 24.1 y 120.3 CE, en cuanto la motivación de la decisión y de la valoración de las pruebas en que se basa aquélla, es la expresión clave de toda decisión judicial, nos permite una reflexión sobre tan enjundioso asunto.

1. Supremo Se trata de la STS Nº 1579/2003 , RC 2181/2002, de 21 de noviembre de 2003, de la que fue Ponente, el Excmo. Sr. Don Perfecto Andrés Ibañez.

1. La pericial psicológica, en general. La psicología, considerada en sus inicios una parte de la filosofía, ha alcanzado la autonomía científica hace ya décadas, al contar con un objeto y metodología del conocimiento propio y específico, que le permite contar con Facultad universitaria y Licenciados en Psicología, independientes.

La amplitud de su objeto, –la “vida mental”, “las facultades y operaciones del alma”²– hace difícil su abarcamiento y, en consecuencia, su operatividad. Máxime cuando hoy en día, nadie desconoce la implicación de unas disciplinas científicas en otras, lo cual obliga a poner en liza, simultáneamente: la sociología, la psiquiatría, la estadística, y, si de la psicología criminal hablamos, la biología, la propia criminología, la geografía humana...

El manejo pues, del instrumento psicológico, comprende el estudio de la psiquis en sí y de su entorno, que proporciona los antecedentes físicos, familiares, educativos y de todo orden, que ayudan a explicar la personalidad de cualquiera de los protagonistas principales de un proceso –las partes, los testigos...–.

Pues bien, esa complejidad de factores, se manifiesta, de igual modo, en lo que se llama la “psicología de la declaración” (*Aussage*), que se ocupa de la valoración de los testimonios que se prestan ante los Tribunales, y respecto a los cuales, es esencial determinar la fiabilidad de dichas declaraciones.

Se trata de una modalidad de pericia no recogida en la ley, pero a la cual son aplicables las reglas generales de la prueba pericial, recogidas tanto en la LOPJ, como en la LECiv y LECrim.

Su campo de aplicación es fértil: incapacidades, delitos sexuales, asuntos de familia, alteraciones de conducta...y de utilización en todas las jurisdicciones, especialmente en la civil y en la penal.

Sin embargo no siempre resulta necesario recurrir a la “pericia psicológica”, pues conforme a la regla general, el Juez puede prescindir del dictamen pericial si no lo considera imprescindible, art.335.1 LECiv y STS Sala 2ª 6-3-1998, y la valoración de testimonios, en principio, no requiere pericia interpuesta.

2. Aceptaciones de la palabra *psicología*, según el diccionario de la RAE, Tomo II, 21ª Edición, 1994.

Más en concreto, la reciente STS 2ª nº 837, de 30-5-2003, considera improcedente su práctica sobre la víctima del delito, a la que no es extensible el principio de libre examen psíquico que rige respecto de los inculpados, cuando no se han detectado anomalías psíquicas, en ningún momento. Consideraciones del respeto a la dignidad de la víctima, abonan esta tesis.

Todo ello, es fruto del denominado “principio del informe de proporcionalidad” que evita estas pericias, en los casos en que los datos policiales y del sumario sean suficientes para el enjuiciamiento, y lo mismo cuando se trata de delitos bagatela³.

De igual modo, debe resultar pertinente, lo cual no sucede cuando se intenta la apreciación de las capacidades intelectivas y volitivas, de una persona que no padece patología según los informes forenses, y para cuya contradicción debe recurrirse a una pericia psiquiátrica, en vez de a la pericia psicológica. (STS 2ª nº 1945/2003, de 21 de noviembre).

Por otro lado, para su estimación, deben cumplirse los requisitos legales –como recuerda la sentencia antedicha– consistentes en proponerse en tiempo y forma, los peritos concretos que se desea, sin que se deje tal carga al órgano judicial, y realizando las gestiones pertinentes para contar con dichas pericias particulares o no oficiales.

Las características fundamentales de estos dictámenes son la imparcialidad de los peritos y el rigor en su ejecución. Y así, la pericia resulta más objetiva, en principio, si los peritos son designados por el Juez (STS 31-3-1997, RAJ 1997/2542) siendo más importante que su cualificación, la calidad de sus razonamientos, STS 2ª 877/2003, de 16 de junio.

Ello sitúa a las “pericias psicológicas” no oficiales, ante su verdadera realidad: su inicial desconfianza, sólo puede ser vencida con la calidad de los informes y el prestigio profesional de sus autores.

Por eso, la valoración de estas pericias debe ser cautelosa, ya que los defectos que suelen contener –dada la dificultad de la materia sobre la que recaen– son algo bien conocido, como pusiera de manifiesto el “Informe Heim” (1986) sobre pericias psiquiátricas y psicológicas sobre

3. ALBRECHT, Peter-Alexis en “El Derecho Penal de Menores”, p.462, PPU, Barcelona 1990.

menores delincuentes, al detectar la utilización de pseudo-teorías, defectos lógicos, argumentaciones viciosas, tendencias a enjuiciamiento negativo, falta de transparencia y ausencia del recurso a otras disciplinas científicas complementarias.⁴

Además, en los dictámenes psicológicos para el proceso penal, deben utilizarse "tests de simulación" y pruebas objetivas que permitan detectar la simulación y el engaño, sin partir de realidades indiscutidas y realizar un interrogatorio neutral, sin empeñarse en encontrar unos síntomas, los que sean, que se presuponen en el sujeto.⁵

Por eso, especialmente para combatir los peligros de la "sugestibilidad" del testimonio de los menores, presuntas víctimas de delitos sexuales, se ha llegado a recomendar la grabación por video, de todas las entrevistas que compongan el dictamen, a fin de poder controlar como se verificó.⁶

En definitiva, se trata de velar por el respeto a todas las garantías del proceso, la imparcialidad y la contradicción especialmente, para lo cual los dictámenes han de ser realizados con rigor científico, y están sujetos a la "sana crítica", esto es, los postulados de la lógica y la racionalidad, propias de la experiencia, a los efectos de su apreciación judicial (art.632 LECiv).

Por ello, la motivación de las sentencias, en las que en el acervo probatorio, consten pericias psicológicas, debe ser particularmente exigente, especialmente respecto a estos extremos: el control de las garantías procesales observadas en su ejecución; si se aparta de las conclusiones del informe; si existen varios y se opta por la minoría, y, por último si versa sobre menores o incapaces, en los cuales la memoria y la sugestibilidad, deben ser objeto de especial examen crítico.

2. La STS 21-11-2003 2ª. No es frecuente –como dijimos- que una sentencia, aborde desde la casación, y con inusitada profundidad, lo que

4. Id. p.486.

5. ALBARRAN, Jorge "Peritaje Psicológico" Fundación Universidad-Empresa, pp.49 y ss.
6. ALONSO-QUECUTY, M.L. en "Exploración del menor. El menor como testigo", Jornadas sobre el Tratamiento Jurídico del Menor (CGPJ-CEJ del Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña), cit. por Miguel Angel GIMENO JUBERO en "El testimonio de niños", en "La Prueba en el Proceso Penal", Manuales de Formación Continua nº 12, -CGPJ, 2000. P.183.

lo que denomina "un examen pormenorizado" de las cuestiones planteadas en el recurso, entre las cuales se plantea la presunción de inocencia, a partir de la prueba producida en la instancia, integrada, entre otras, por diversos informes psicológicos de los menores, presuntas víctimas de los hechos delictivos.

La resolución de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en cuestión, no ahorra críticas a la sentencia de la Audiencia, a la que censura se refugie en "una cómoda y evasiva" "valoración conjunta de la prueba" que no informa lo más mínimo sobre el contenido y las peculiaridades de ésta.

Lo cual, contrasta con las exigencias del art.24.2 CE, "que obliga al juzgador a realizar un tratamiento racional del resultado de la actividad probatoria, dotado de la transparencia necesaria para que pueda ser examinado críticamente y para que, si mediase una impugnación, otro tribunal pudiera enjuiciar la corrección del discurso".

Nada de esto se ha hecho, pese a la inmediatez con que opera normalmente la sala de instancia, lo cual, por cierto no debe sacralizarse pues "la inmediatez es sólo un medio, no un método de adquisición de conocimiento, y de su empleo pueden obtenerse buenos y malos resultados".

El Tribunal sentenciador debe dar cuenta del uso que hace de la inmediatez "y no ampararse en su mera concurrencia y en una hermenéutica valoración "en conciencia", para privar a las partes y, eventualmente, a otra instancia en vía de recurso, de la posibilidad de saber qué fue lo sucedido en el juicio y por qué se ha decidido de la manera que consta".

Y es que "un correcto ejercicio de la inmediatez y del deber de motivación, al posibilitar la comprensión de la *ratio decidendi*, favorece el ejercicio de la crítica en que debe consistir toda revisión jurisdiccional", lo cual es contrario –como se lee en la STS 1208/2002, de 19 de junio- con una decisión opaca, de esquemático discurso probatorio y pobreza del esfuerzo justificador, que de no "examinar con detalle la constancia documental", tendría que llevar mecánicamente a la confirmación acrítica de lo resuelto, banalizando el derecho del condenado a la segunda instancia.

En definitiva, el Tribunal Supremo, afirma rotundamente, que con el "peculiar fundamento de la decisión que se examina ...lo único que se

obtiene es que el tribunal ha decidido de una determinada manera ... *porque sí*".

A) Los hechos y su resultancia jurídica. Lo indicado hasta aquí, cobra especial importancia a la vista del relato fáctico y del resultado jurídico que mereció a la instancia, y que nuestro más Alto Tribunal, sustituye por la absolución.

En efecto, los hechos declarados probados por el Tribunal provincial, sostienen que el recurrente, padre de dos menores de siete y cuatro años de edad, que se encontraba separado de su esposa, aprovechando los fines de semana en los que ejercitaba su derecho de visita, conviviendo con sus hijas en su casa o en la de sus padres, realizó, al menos en tres ocasiones, penetraciones bucales y tocamientos de los genitales de las niñas, presentando la menor, "mínimas excoriaciones a ambos lados del introito vaginal".

Consecuencia del *factum* expuesto, la Audiencia dictó el siguiente pronunciamiento: "*Condenamos al procesado EJSG, como autor, criminalmente responsable de dos delitos ya definidos de abuso sexual continuados contra sus propias hijas menores de trece años, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, a la pena de siete años y seis meses de prisión por cada uno de dichos delitos, con la accesoria de inhabilitación...de la patria potestad de las menores por seis años...y a indemnizar a la representación legal de las menores en seis mil euros por los daños morales causados a cada una de ellas...*"

Como se aprecia, se le condenó a quince años de prisión, privación de la patria potestad durante seis años e indemnización por daños morales de 12.000 euros, condena ciertamente contundente, sin duda acorde con la gravedad de la conducta de quien, traicionando sus responsabilidades paterno-filiales, inflige a sus dos hijas unos perjuicios tan graves, para su formación personal, como los relatados en el relato fáctico de la resolución.

Pues bien, el Tribunal Supremo revoca la decisión, y dicta una segunda sentencia absolutoria, a consecuencia de la evaluación que realiza de la prueba que sirvió para la condena, debido a que "no cabe apreciar la existencia de elementos de cargo aptos para destruir la presunción de inocencia del acusado".

B) Tratamiento de la pericial psicológica, realizada. La prueba

en que se basó el Tribunal provincial para condenar, lo constituyeron las declaraciones de las menores, las manifestaciones de la madre y la abuela y tres informes psicológicos.

Ese acervo probatorio, tiene como elemento central, la pericial o periciales psicológicas efectuadas en relación a la credibilidad de las manifestaciones de las menores, que aunque contó con el contrainforme de un perito "profesor universitario" que cuestionó la calidad técnica de los informes, sirvió para fundamentar la sentencia condenatoria pronunciada.

La sentencia de casación, realiza un profundo y minucioso examen de los tres informes psicológicos, realizados por tres psicólogas distintas, a los que se contraponen el efectuado por un profesor titular universitario en la Facultad de Psicología, consistente en el análisis de los otros tres informes.

De dicho control casacional, se desprenden los siguientes puntos críticos: que la madre de las niñas se encontraba presente durante las entrevistas de las psicólogas a aquéllas; que consta que durante dichas exploraciones, la madre colaboró activamente, escenificando uno de los actos atribuidos al padre "tumbándose y adoptando el papel de la niña mientras que ésta asumía el papel de aquél"; que se detectan contradicciones sobre elementos claves, tales como si la habitación en la que ocurrían los hechos tenía o no pestillo, y si los hechos sucedieron estando en la cama los tres o a solas, cada niña con su padre; que no se especifica la metodología seguida por los dictámenes de las psicólogas; que no se profundiza en las manifestaciones incoherentes o contradictorias efectuadas por las menores; que las entrevistas no plantean hipótesis alternativas; que se contienen afirmaciones como que las niñas relatan de forma espontánea, lo contenido en los informes, "pero no se transcribe ningún pasaje en apoyo de este aserto"; se observa el empleo de frases técnicas impropias de la edad de las menores, las cuales se ponen en boca de éstas, como "nos ha hecho mucho daño" o que "se siente mejor desde que lo ha contado"; no se explica el significativo cambio terminológico experimentado por determinados términos, entre las declaraciones en el Juzgado y las posteriores recogidas en los informes periciales —el "chupete" acaba convertido en "cuca"—; y, finalmente, las conclusiones obtenidas no aparecen mínimamente razonadas.

En definitiva, se reprocha a las periciales psicológicas, utilizando

la fórmula de apoyarse en un informe posterior efectuado por un perito ajeno a los hechos, ya que no se entrevistó con las menores, cuatro clases de críticas:

- Omisión de una clara referencia a los parámetros metodológicos empleados, con ausencia de la introducción de una hipótesis alternativa a la denuncia.
- Dudas de imparcialidad en la ejecución, al realizarse con la presencia y participación activa de quien era parte en el proceso, la madre de las presuntas víctimas.
- Falta de confirmación de la hipótesis acusatoria, a la vista de los datos consignados en los informes, insuficientes en sí y, además "retocados", al utilizarse expresiones técnicas tratando de verbalizar en lenguaje de adultos, lo que habrían dicho las observadas.
- Avance de resultados y conclusiones, que no aparecen mínimamente razonados.

En conclusión, que ha faltado "la selección de los criterios de validez y la acreditación de que su uso ha sido el correcto", lo que lleva a afirmar que han existido "serias deficiencias, perceptibles incluso por un lector no técnico" que examine los dictámenes.

El resto de pruebas, como se comprende fácilmente, son de menor entidad y quedan en nada, en cuanto el soporte de los testimonios de las menores, se considera insuficiente para anudar una condena. Las declaraciones de la madre y abuela por depender de lo relatado por las menores y la pericial médica sobre los supuestos estigmas de abuso, por considerarse magnificados y consistir, en pureza, en una afección dérmica inespecífica, atribuible a cualquier causa, incluso dentro de la normalidad.

3. Algunas reflexiones prácticas. El interés del caso expuesto, radica en la excepcionalidad de que se entre tan a fondo, a examinar una de las modalidades de pericia más utilizada en los procesos actuales, y cuya importancia es notable, al aportar a los juzgadores la opinión técnica de expertos, sobre la credibilidad de las manifestaciones de quienes resultan partes esenciales de los mismos —víctimas y acusados—.

Por eso, y porque desde hace tiempo planea sobre estas pericias,

la sombra de falta de rigor y objetividad, debemos alegrarnos de que una sentencia haya afrontado un debate, sin duda latente y que no se acababa de abordar.

A tal efecto, quiero señalar algunas reflexiones, a modo de conclusiones abiertas, a tener en cuenta en el uso de esta pericia.

Primera.- Si bien, en principio, no encontramos razones para cuestionar la pericial psicológica, es importante que desde el primer momento, conste con toda claridad, los datos subjetivos y objetivos, básicos del dictamen: autor, cualificación y experiencia; y metodología empleada, con detalle del número de actos periciales realizados (sesiones y otras actividades complementarias) así como de las circunstancias en que se han desarrollado.

Segunda.- Ha de tenerse cuidado a la hora de expresar el objeto de la pericia, cuyo encargo debe realizar el Juez o Tribunal, de modo preciso y objetivo, exponiendo, incluso, la conveniencia de plantearse y resolver, las hipótesis alternativas que pudieran darse.

Tercera.- Los dictámenes psicológicos se proyectan, normalmente, sobre unas personas muy vulnerables, por razón de su edad y circunstancias en el proceso, lo cual debe alertar sobremanera, de los inevitables riesgos de sugestionabilidad, influencia y manipulación, conducentes, a que debe extremarse el rigor crítico, a la hora de evaluar los resultados obtenidos.

Cuarta.- Las conclusiones de los informes psicológicos, por la materia sobre la que versan y las dificultades aludidas, deben expresarse, en lo posible, de modo claro y matizado, por lo que nunca deben tomarse como valor absoluto, sino como medio de ayuda de la credibilidad de testimonios, insuficientes por sí, para enervar el derecho a la presunción de inocencia, sino existen otras corroboraciones que alejen todo atisbo de duda razonable.

Quinta.- El eventual apoyo en estos dictámenes, para fundar una sentencia condenatoria, debe realizarse sobre la base de que los órganos judiciales justifiquen las razones en que se basa la solvencia y acierto que se les concede, sin que sea suficiente una remisión a las bondades intrínsecas de los mismos, por lo que debe motivarse su licitud, suficiencia y valor incriminatorio, al igual que del resto de las pruebas, explicando las razones de por qué y con qué alcance, se le concede, en el caso, fiabilidad

justificadora de la credibilidad de los testimonios sobre los que
verse.

Y sexta.- El acceso a la casación del control de la pericial, es posible por la vía del art.5.4 LOPJ, para examinar la existencia y suficiencia de la motivación en la que se basan sus resultados conclusivos.

En definitiva, deben proscribirse las rutinarias y superficiales, concesiones de automática "patente de fe", a unas pruebas, importantes, pero que precisamente por ello, deben evaluarse con detalle, atentos no sólo a sus contenidos, sino a los demás datos de orden subjetivo y

4. EVALUACIÓN FORENSE DE LA PSICOPATÍA MEDIANTE LA PSYCHOPATHY CHECKLIST SCREENING VERSION. PELIGROSIDAD DEL PSICÓPATA: PRONÓSTICO. PERFILES CRIMINALES EN EL ESCENARIO DEL CRIMEN

Dr. Angel Cuquerella Fuentes¹
Dra. Mercè Subirana Domènech²
Dra. Susana Mohino Justes³

SUMARIO

1. Abstract, 2. Introducción. Marco teórico, 3. Aspectos neurobiológicos y educacionales de la psicopatía, 4. Evaluación forense de la psicopatía: PCL - SV, 5. Aspectos jurisprudenciales, 6. Correlatos PCL - SV y patocronobiografía del psicópata. Peligrosidad. 7. Perfiles criminales. Escenas de los hechos.

1. Abstract:

Desde que en 1941 Cleckley definió los rasgos característicos de la psicopatía, la sistematización de los rasgos conductuales y caracteriológicos de este trastorno de personalidad ha sido constante. A partir de sistemas de clasificación clínicos como el ICD-10 (OMS, 1993) o el DSM-IV (APA, 1995) o pruebas psicométricas relacionadas con posibles rasgos antisociales de personalidad como el MMPI-I-II, CPI -Gough-, SSS -Zuckerman-, MCMI-II -Millon-, EPQ/EPI -Eysenck-, Neo-Pi-R -Costa i McRae-, o el TCI -Cloninger-, han intentado describir rasgos comunes a la psicopatía, pero por otro lado comunes a muchos delincuentes diagnosticados de Trastorno Antisocial de Personalidad -TAP-.

Hare, operativizando los rasgos conductuales y caracteriales conjuntamente en la psicopatía, estandarizó la Psychopathy Checklist-

1. Médico forense, Profesor asociado Escuela Judicial de Barcelona;

2. Médico forense Institut Medicina Legal de Catalunya-IMLC (divisió Barcelona);

3. Licenciada en Psicología, Unitat de Psicologia IMLC

Correspondència: Dr. Angel Cuquerella Fuentes, Institut de Medicina Legal de Catalunya-IMLC, Servei de Clínica forense: Ronda Sant Pere 35, baixos, 08010 Barcelona. Tfn: 93 342 67 80. E-mail: 27063acf@comb.es

Revised (PCL-R; Hare, 1991), y posteriormente la versión abreviada o Psychopathy Checklist: Screening Version (PCL:SV; Hare, 1995). De acuerdo con los datos obtenidos durante los últimos veinte años en todo el ámbito anglosajón, los resultados de la evaluación forense con la PCL-R son predictivos y pronósticos en cuanto a la gravedad de los delitos, riesgo de reincidencia o quebrantamiento de condena, variabilidad delictiva, o dificultad de tratamiento post-condena, entre otros. Como el mejor instrumento, en la actualidad, de evaluación forense de la psicopatía, se ha mostrado pues una herramienta valiosa para el tratamiento judicial, penal y penitenciario de la psicopatía.

Con relación a los perfiles criminales, exponemos diversas clasificaciones elaboradas sobre la base de declaraciones de los propios delincuentes, estudios estadísticos, e inferencias psicopatológicas del escenario del crimen. Homicidas/violadores en serie, organizados o desorganizados, expresivos (impulsivos), instrumentales-cognitivos o instrumentales-opportunistas, e incluso sádicos sexuales, serán las tipologías que impliquen a dichos sujetos desde la escena de los hechos.

2. Introducción. Marco Teórico

El Trastorno Antisocial de Personalidad -TAP-, de acuerdo con la última versión del DSM-IV (APA, 1995), se caracteriza por una "persistente violación de los derechos de los demás", concretándose dicha transgresión en una serie de *conductas* que el evaluador debe valorar para objetivar o no dicho trastorno. Por otro lado, el ICD 10 (OMS, 1993) evalúa diferentes rasgos o aspectos de la personalidad (crueldad, intolerancia a la frustración, incapacidad para sentir culpa) que orientan más el diagnóstico hacia *variables de personalidad* no contempladas en la clasificación de la APA. Ambas clasificaciones definen por separado aspectos conductuales y de personalidad, por otro lado cada vez más cercanos y convergentes, que diferentes autores han ido integrando en el diagnóstico actual de la psicopatía. Cleckley (1941) aunó diferentes características conductuales y rasgos de personalidad que sentaron las bases actuales para el diagnóstico de dicho trastorno, y que se exponen a continuación:

PSICOPATIA CLECKLEY

1. ENCANTO SUPERFICIAL E INTELIGENCIA NORMAL.
2. AUSENCIA DE DELIRIOS Y OTROS SIGNOS DE PENSAMIENTO IRRACIONAL
3. AUSENCIA DE NERVIOSISMO Y MANIFESTACIONES PSICONEURÓTICAS
4. INFORMALIDAD
5. FALSEDAD E INSINCERIDAD
6. INCAPACIDAD PARA EXPERIMENTAR REMORDIMIENTO O VERGÜENZA
7. CONDUCTA ANTISOCIAL IRRACIONAL
8. FALTA DE JUICIO Y DIFICULTAD PARA APRENDER DE LA EXPERIENCIA
9. EGOCENTRISMO PATOLÓGICO E INCAPACIDAD DE AMAR.
10. POBREZA EN LAS RELACIONES AFECTIVAS
11. PÉRDIDA ESPECÍFICA DE LA INTUICIÓN
12. POCA RESPUESTA A LAS RELACIONES INTERPERSONALES
13. CONDUCTA DESAGRADABLE Y EXAGERADA, A VECES CON CONSUMO EXAGERADO DE ALCOHOL
14. AMENAZAS DE SUICIDIO NO CONSUMADAS
15. VIDA SEXUAL IMPERSONAL, FRÍVOLA Y POCO ESTABLE
16. DIFICULTAD PARA SEGUIR CUALQUIER PLAN DE VIDA

Será un autor como R.D. Hare quien operativiza y actualiza mediante la *Psychopathy Checklist* las características conductuales, interpersonales, afectivas y cognitivas propias de la psicopatía, desde un modelo dimensional de la misma. Mediante la evaluación de 22 ítems, inicialmente (PCL; Hare, 1980), y posteriormente 20 en la *Psychopathy Checklist: Revised* (PCL-R; Hare, 1991), Hare evalúa en esta entrevista semiestructurada, junto con información objetiva complementaria del propio sujeto, el grado de psicopatía. Ya en 1995 publica la versión reducida de la PCL-R, esto es, la *Psychopathy Checklist: Screening Version* (PCL:SV; Hart, Cox y Hare, 1995), cuyos ítems se agrupan en dos factores, siendo éstos:

PSYCHOPATHY CHECKLIST SCREENING VERSION (PCL-SV)

FACTOR I:

- ITEM 1: SUPERFICIAL
- ITEM 2: VANIDOSO
- ITEM 3: MENTIROSO
- ITEM 4: AUSENCIA DE REMORDIMIENTO
- ITEM 5: AUSENCIA DE EMPATÍA
- ITEM 6: NO ACEPTACIÓN DE RESPONSABILIDADES

FACTOR II:

- ITEM 7: IMPULSIVO
- ITEM 8: POBRE AUTOCONTROL DE CONDUCTA
- ITEM 9: AUSENCIA DE OBJETIVOS
- ITEM 10: IRRESPONSABLE
- ITEM 11: CONDUCTA ANTISOCIAL EN LA ADOLESCENCIA
- ITEM 12: CONDUCTA ANTISOCIAL ADULTA.

3. Aspectos neurobiológicos y educacionales de la psicopatía

Si bien la investigación ha enfocado desde siempre la psicopatía desde una perspectiva de personalidad anómala, cuyas potencialidades y conductas deben ser prevenidas, diagnosticadas y/o tratadas adecuadamente en un futuro, el origen de dicho trastorno sigue siendo ampliamente debatido. Desde perspectivas puramente biologists, hasta razonamientos estrictamente sociológicos, las teorías que han intentado explicar este trastorno han ido sucediéndose.

El enfoque actual de esta cuestión, pragmático, empírico y ampliamente replicado por diferentes autores, englobaría fundamentalmente datos neurobiológicos, sociológicos y educacionales, considerando al psicópata una potencialidad que "nace", y que el ambiente modela hasta alcanzar una socialización y una relación determinada con el medio que le rodea. Los *estilos parentales* (Lykken, 2000) pueden determinar que un educación intensa sobre un niño *difícil* pueda convertir a éste en un sujeto socializado, y a la inversa, una educación *incompetente* por padres sin un mínimo de control sobre su hijo, pueden convertir a un niño *normal* en un

sujeto fuertemente *antisocial*. En el primer caso pueden existir componentes temperamentales (conductas compatibles con psicopatía) que dificulten un aprendizaje correcto, pero alcanzable con una adecuada intensidad docente y sanciones adecuadas; en el segundo caso, el sujeto puede llegar a ser *sociopático*.

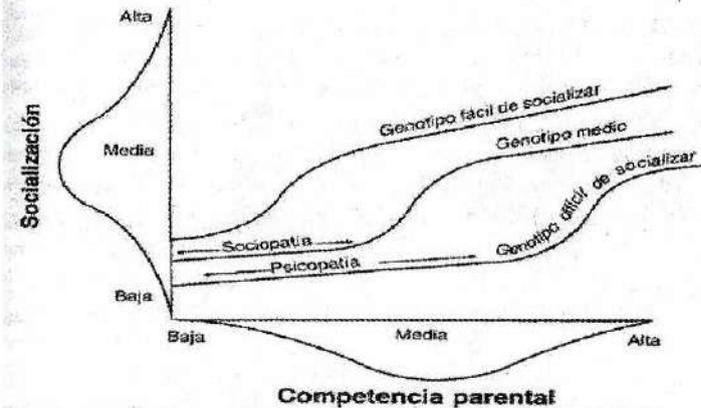


Fig. 1: Relación competencia parental/socialización (Lykken, 2000)

El conjunto de datos que pueden explicar, de algún modo, la génesis o modelaje de los comportamientos psicopáticos, sociopáticos y/o agresivos son los siguientes:

-LÓBULO FRONTAL	BNUSCADOR DE SENSACIONES -SSS-
-CUERPO CALOSO	INTOLERANCIA ABURRIMIENTO,
-ACTIVIDAD THETA CEREBRAL	TEMERIDAD
-SNV:FREC.CARDÍACA,	IMPULSIVIDAD,
ACT.ELECTRODERMAL	NO PLANIFICACIÓN FUTURO
-GYRUS ANGULARIS IZQUIERDO	NO APRENDIZAJE EXPERIENCIA
-CÓRTEX CINGULADO ANTERIOR	NO CONDICIONAMIENTO AL MIEDO
-SISTEMA LÍMBICO,TÁLAMO, HIPOCAMPO,	NO PROCESAMIENTO COGNITIVOAFECTIVO
AMÍGDALA	
-TESTOSTERONA,CORTISOL, GLUCOSA,	ESCOLARIDAD
CATECOLAMINAS, 5-HT, COLESTEROL	CONCIENCIA MORAL
-PROTEINAS, PLOMO, ZINC, MANGANESO,	CONDICIONAMIENTO AFECTIVO
ÓXIDO NÍTRICO,DRD4	ESTILOS PARENTALES: MALTRATO
	ESTATUS SOCIO-DEMOGRÁFICO: NIVEL
	CULTURAL
	EMBARAZO ADOLESCENTE
	TOXICOFILIAS
	ADOPCIÓN / MONOZIGOTOS

En relación a las bases neurobiológicas de la psicopatía, es ya un hecho probado que la disfunción del sistema nervioso central, en cuanto al lóbulo frontal, sistema límbico, hormonas sexuales, o incluso frente a determinados neurotransmisores, que puede condicionar las respuestas ante el medio del sujeto desde pequeño, mediatizada por los estilos parentales, el aprendizaje vicario o los tóxicos, por ejemplo.

Si bien todos estos datos podrían entenderse desde una óptica jurídica como *deterministas*, o limitadoras del sujeto en cuanto a su libre cognición y volición y, por tanto, merecedoras con más relevancia de atenuantes o eximentes ante conductas probadamente delictivas de estos sujetos, nuestra intención sólo es considerar dichos hallazgos como un elemento más a la hora de entender el porqué de las conductas de los sujetos en general, y de los psicópatas en particular. Los hallazgos simplemente explican la mayor *vulnerabilidad o fragilidad* de determinados sujetos ante determinadas situaciones, no las justifican o predeterminan en un sentido *Lombrosiano*.

Es con relación a los comportamientos antisociales y violentos, que la íntima relación entre lóbulo frontal, impulsividad, condicionamiento insuficiente al miedo y conducta delictiva, entre otros, queda patente en el siguiente esquema:

<p>-LESIONES CÓRTEX FRONTAL: ORBITOFONTAL VENTROMEDIAL DORSOLATERAL</p> <p>-11% MENOR CÓRTEX FRONTAL</p> <p>-TCE LEVES</p> <p>-CONEXIÓN SISTEMA LÍMBICO</p> <p>-LÓBULO OCCIPITAL >FRONTAL</p> <p>-TRASTORNO POR DÉFICIT DE ATENCIÓN E HIPERACTIVIDAD, TRASTORNO EXPLOSIVO INTERMITENTE</p>	<p>-LÓBULO FRONTAL: ELIGEN MAL LA RESPUESTA NO APRENDIZAJE EXPERIENCIA NO CONDICIONAN MIEDO</p> <p>-ESTILO PARENTAL INOPERANTE</p> <p>-APRENDIZAJE VICARIO</p> <p>-SNV</p> <p>-SISTEMA NEUROENDOCRINO. ESTRÉS TÓXICOS</p>
---	---

4. Evaluación forense de la psicopatía: PCL - SV

Se han utilizado hasta el momento actual numerosas pruebas psicométricas para la evaluación de la psicopatía. Así, encontramos las escalas de *Desviación psicopática* (Pd) y/o *Hipomanía* (Ma) del MMPI (Hathaway y McKinley, 1943; Dahlstrom y Welsh, 1960; Butcher, Dahlstrom, Graham, Tellengen y Kaemer, 1898), incluso junto a la escala de *Socialización* (So), mostrando correlaciones fundamentalmente con el factor II de Hare, al igual que la escala So del CPI de Gough.

Otras escalas cuya correlación es positiva con el factor II (PCL:SV) serían la *Sensibilidad al castigo-Sensibilidad a la recompensa* (SCSR; Torrubia, Ávila, Moltó y Segarra, 1993; Torrubia, Ávila, Moltó y Grande, 1995), escala de *Búsqueda de Sensaciones* (SSS, Zuckermann), escala de *Antisocialidad* del Millon Clinical Multiaxial Inventory (MCMI-I/MCMI-II; Millon, 1981, 1987) o las escalas *N5* (impulsividad) y *E5* (búsqueda de sensaciones) del NEO-PI-R (Costa y Mc Rae, 1993).

Con el factor I de la PCL-SV obtenemos correlaciones positivas con la escala de *Maquiavelismo* (Match IV), o la escala de *narcisismo* (NPI). Si bien las escalas mencionadas anteriormente nos acercan al diagnóstico dimensional de la psicopatía según Hare, sí permiten dar validez de contenido a lo que medimos realmente con la PCL-SV, es únicamente esta última herramienta la que aúna características parciales apuntadas en dichas escalas, características respecto al factor I, y conductuales respecto al factor II.

Otras pruebas psicométricas utilizadas para evaluar la impulsividad han sido por ejemplo la *Eysenck impulsivity scale*, *Barrat impulsiveness scales*, o el *IVE* (impulsividad, aventura y empatía). Las escalas de *agresividad directa/indirecta* de Karolinska, la *hostilidad* del *Buss-Durkee hostility inventory*, escala de *Maquiavelismo* (Match IV), o la escala de *narcisismo* (NPI) también han sido útiles.

La *Psychopathy Checklist Screening-Version* (PCL-SV) es una nueva herramienta para evaluar la psicopatía, las características psicométricas de la cuál (fiabilidad interevaluadores, consistencia interna, validez concurrente -escalas SCSR, Karolinska scales of personality y Questionnaire of psychopathy-) ya se han demostrado en una muestra

penitenciaria española⁴. El PCL-SV es una escala clínica que utiliza información procedente de las *respuestas del individuo* a una entrevista semiestructurada (antecedentes personales, familiares, laborales, afectivos, delictivos), y por otro lado *la información que se obtiene de archivos penitenciarios* (datos obtenidos de entrevistas a familiares, informes psicológicos previos, antecedentes penales, pruebas psicométricas anteriores, informes escolares) que completan y objetivan la anterior. Sin la información complementaria, pues, es inocua la valoración *sólo* en función de los datos que en la entrevista que el sujeto nos haya podido facilitar, pues evidentemente es información fácilmente manipulable por el propio entrevistado, y debe ser siempre contrastada con fuentes externas (objetivas) al sujeto.

La puntuación de los 12 ítems de que consta la prueba oscila entre el 0 (no aplicación ítem) hasta 2 (total concordancia total con el ítem). La puntuación total oscila entre 0 y 24 puntos, con una línea de corte media de 18 (psicopatía significativa), siendo el puntaje total la suma de la correspondiente al parcial del primer factor o *Factor I* (egoísmo, insensibilidad y ausencia de remordimiento) más la del *Factor II* (estilo de vida crónicamente inestable y antisocial) del Análisis factorial.

En su utilización, son los propios autores (Hart, Cox y Hare, 1995) quienes recomiendan un período de entrenamiento con casos reales y un supervisor, en orden a homologar (a) el actual concepto de psicopatía (Hare) en el que se basa la PCV-SV, (b) la propia administración de la entrevista, sin sesgos por parte del entrevistador, y (c) la correcta puntuación de los 12 ítems a evaluar, cuya ponderación *real* sólo se obtiene evaluando tipología o perfiles delictivos.

Con relación a esta última cuestión, podríamos considerar determinados perfiles de evaluación, propuestos en este artículo con fines únicamente metodológicos, con individuos *tipo I*, cuyo prototipo serían rasgos caracteriales marcados de psicopatía (factor I de Hare +) sin graves conductas antisociales; *tipo II*, cuyo perfil respondería al TAP (DSM IV, 1995), con puntuación en factor II de Hare significativa y rasgos caracteriales poco relacionados con la psicopatía; *tipo III*, sin puntuaciones significativas en ninguno de los dos factores (delincuente común, por ejemplo), y *tipo*

4. Grupo de trabajo compuesto por el Dr. Rafael Torrubia Beltri (profesor titular Universidad Autónoma de Barcelona -UAB), Dr. Angel Cuquerella Fuentes, Ferran Genís (psicólogo), Juan Carlos Navarro y Joan Manel López Capdevila (psicólogos centro penitenciario Can Brians), Yolanda Pardo Cladellas (doctorando UAB).

IV, cuyas elevadas puntuaciones en ambos factores orientarían hacia una psicopatía clara y concordante plenamente con el actual concepto que de ella tenemos actualmente.

Finalmente, también pueden valorarse diferentes "intensidades" en cuanto a la puntuación total de la escala PCL-SV. Si en el párrafo anterior diferenciábamos cuatro "subtipos" en función de su peso específico relativo a los factores I (parte 1^a) o II (parte 2^a) de la escala, en cuanto a la puntuación total, los autores⁷ diferencian *alta psicopatía* (psicopatía significativa) a partir de un puntaje de 18, *media psicopatía* entre 12 y 17, y *baja psicopatía* cuando la puntuación es inferior a 12. Podríamos decir que no es comparable por ejemplo, una puntuación de 12 sólo en el factor I, en el que se evidenciarían rasgos caracteriales psicopáticos importantes, sin conductas "antisociales" objetivables, frente a una puntuación de 12 entre ambos factores, cuyo interés forense o relativo al diagnóstico de psicopatía quedaría, pues, más diluido.

No hay que olvidar, por otro lado, que se define a la PCL-SV como un instrumento de *screening*, esto es, un instrumento psicométrico cuya finalidad es la poder identificar sujetos candidatos al diagnóstico de *Psicopatía*, originario por otro lado de la matriz PCL-R. El propio autor de ambas pruebas sugiere que, una vez detectado un sujeto con posible *psicopatía*, debería entonces afinarse el diagnóstico aplicando la PCL-R, mucho más exhaustiva y sin tantos falsos positivos como su versión reducida.

Si bien en ámbitos anglosajones y nacionales (Moltó, Poy y Torrubia, 2000) la utilización tanto de la PCL como de su versión revisada PCL-R, para evaluación en contextos forenses, ha sido creciente en nuestro país, la progresiva utilización de la versión PCL-SV y su correlación con variables penitenciarias, sociodemográficas o delictivas también ha motivado un creciente aumento de su uso en nuestro medio para su aplicación en ámbitos forenses. Así, variables como *edad de abandono del hogar*, *edad de la primera relación sexual*, *variedad de abuso de sustancias*, *edad del primer arresto*, *número de ingresos en prisión*, *número total de penas cumplidas*, o el *número total de condenas por año de libertad* correlacionan significativamente con el factor II (conducta persistentemente antisocial, crónica e inestable).

5. Aspectos Jurisprudenciales

En el conflicto entre los denominados psicópatas o sociópatas, y la sociedad, los tribunales solicitan al perito forense evaluaciones sobre la responsabilidad en la conciencia y volición respecto a aquellos actos antinormativos cometidos -imputabilidad- en orden a establecer la culpabilidad o no sobre dichos actos, y por ende, su pena en las correspondientes sentencias.

De un modo somero, reuniendo sentencias, documentos y aspectos parciales de determinados códigos penales internacionales (Estados Unidos, Canadá, Israel, China, Portugal, Alemania, Italia, Gran Bretaña o Argentina, entre otros), abordamos (Ortega-Monasterio, Cuquerella, Subirana, Mohíno y Sánchez, 2001) en este apartado las diferentes sensibilidades en ámbitos judiciales nacionales e internacionales, frente al Trastorno Antisocial de Personalidad.

Podemos afirmar, de otro lado, que la corriente jurisprudencial del Tribunal Supremo, hasta hace pocos años, consideraba en la mayoría de los casos una plena imputabilidad -plena conciencia/inteligencia y volición sobre los actos penales cometidos, cuando únicamente se diagnostica TAP, si bien la actual corriente aplica en determinados casos la llamada *atenuante analógica* (art. 21.6º de Código Penal) si concurren, además del TAP, politoxicofilia (*patología dual*), oligofrenia leve, trastorno límite, alcoholismo, pedofilia, trastornos depresivos u otros TP asociados, o incluso aprecian una *eximente incompleta* (art.21.1º CP), si la gravedad del trastorno asociado es mayor, reduciendo considerablemente la punición por los actos cometidos.

No deja de ser paradójico que hallemos sentencias en las que se habla de psicopatía epileptoide, psicopatía hipertímica de Schneider, psicopatía explosiva (Martínez, 2001), en las que se generaliza el término psicopatía ("Trastorno Psicopático de Personalidad") a la totalidad de trastornos de la personalidad, o a aspectos clínicos de la misma que podrían, desde un punto de vista psiquiátrico, englobarse en entidades nosológicas tal vez más precisas. Debería pues, abandonarse la antigua asimilación entre tipologías de Schneider y psicopatía, en lo que a su actual concepto se refiere.

En cuanto a la legislación comparada, la consideración relativa a una *responsabilidad plena también es generalizada*, si bien de forma particular algunos países consideran *atenuantes* o *agravantes* en función de la *profundidad de trastorno* -caso de Sudáfrica, Alemania, Italia, Estados Unidos-, aplican -o no (China, Rusia)- la intoxicación como *atenuante/agravante*, o considerar la *peligrosidad/reincidencia* o *riesgo de violencia futura* como *agravante* -Estados Unidos, Gran Bretaña, Israel-

JURISPRUDENCIA TRIBUNAL SUPREMO (I)

1. **PSICOPATIA JURÍDICAMENTE EQUIVALE A TRASTORNO ANTISOCIAL DE PERSONALIDAD, O GENÉRICAMENTE A TRASTORNO DE PERSONALIDAD:** PSICOPATA PARANOIDE, PSICOPATA ESQUIZOIDE, PSICOPATA EPILEPTOIDE, PSICOPATA IMPULSIVO (STS 6 MAR. 1989). EL PSICOPATA NO ES UN ENAJENADO AUNQUE SÍ UN ENFERMO MENTAL: **ES IMPUTABLE** (STS 29 FEB. 1988, STS JUL.1988, STS 17 MAY.1991); ES UNA **CARACTEROPATÍA** (STS 24 SEP.1991)

2. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE RESPONSABILIDAD PENAL -RP-: PUNTUALMENTE SE APRECIA **ATENUANTE ANALÓGICA** (PSICOPATIA PROFUNDA; STS 22 JUL.1988) ; EXCEPCIONALMENTE SE VALORA LA **EXIMIENTE INCOMPLETA** SI LA PSICOPATIA SE ASOCIA A OTRAS PATOLOGÍAS (STS 13 NOV.1991): DEBILIDAD MENTAL, NEUROSIS, LESIONES CEREBRALES

3. **PSICOPATIA JURÍDICAMENTE EQUIVALE A TRASTORNO ANTISOCIAL DE PERSONALIDAD, O GENÉRICAMENTE A TRASTORNO DE PERSONALIDAD:** PSICOPATA PARANOIDE, PSICOPATA ESQUIZOIDE, PSICOPATA EPILEPTOIDE, PSICOPATA IMPULSIVO (STS 6 MAR. 1989)

ASPECTOS JURÍDICOS CÓDIGO PENAL JURISPRUDENCIA TRIBUNAL SUPREMO (II)

5. EL PSICOPATA NO ES UN ENAJENADO AUNQUE SÍ UN ENFERMO MENTAL: **ES IMPUTABLE** (STS 29 FEB.1988, STS JUL.1988, STS 17 MAY.1991); ES UNA **CARACTEROPATÍA** (STS 24 SEP.1991)

6. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE RESPONSABILIDAD PENAL -RP-: PUNTUALMENTE SE APRECIA **ATENUANTE ANALÓGICA** (PSICOPATIA PROFUNDA; STS 22 JUL.1988) ; EXCEPCIONALMENTE SE VALORA LA **EXIMIENTE INCOMPLETA** SI LA PSICOPATIA SE ASOCIA A OTRAS PATOLOGÍAS (STS 13 NOV.1991): DEBILIDAD MENTAL, NEUROSIS, LESIONES CEREBRALES

**JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL (I)
CONSIDERACIONES JURÍDICAS Y MÉDICO-FORENSES**

1. LA **IMPUTABILIDAD SUELE SER PLENA, SI ES EL ÚNICO DIAGNÓSTICO**: REINO UNIDO, ITALIA (ART.122.1 CP), PORTUGAL (ART. 20 CP), DINAMARCA, ALEMANIA, MALASIA, BOLIVIA (C.P.1973 ART.171), ARGENTINA, CHILE, RUSIA (C.P. 1/1/1997)

2. EN EL ÁMBITO ANGLOSAJÓN, ISRAEL:
-FRECUENTEMENTE SE EVALUA MEDIANTE LA ENTREVISTA PSYCHOPATHY CHECKLIST (PCL) PARA DETERMINAR LA **PSICOPATIA PRE Y POST SENTENCIA**: PERMITE MÁS QUE OTRAS EVALUACIONES **PREDECIR LA PELIGROSIDAD O REINCIDENCIA** ("CONDUCTA DELICTIVA FUTURA"), Y **RESPUESTA AL TRATAMIENTO**; SE ASOCIA AL "**PSICOPATA SEXUAL**": REINO UNIDO, USA, CANADÁ ("SEXUAL PSYCHOPATH ACT"), ISRAEL; LAS SENTENCIAS PUEDEN LLEGAR A SER **INDEFINIDAS**, CON REEVALUACIONES PSIQUIÁTRICAS **SI NO RESPONDEN AL TRATAMIENTO PENITENCIARIO**: USA, REINO UNIDO, CANADÁ, DINAMARCA

3. PAISES COMO **SUDÁFRICA** LO CONSIDERAN **ATENUANTE** DE RESPONSABILIDAD PENAL (RP), JUNTO A **CLEPTOMANIA, PAIDOFILIA O TOXICOMANIA** (C.P. CRIMINAL LAW AMENDMENT ACT 1997)

**JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL (II)
CONSIDERACIONES JURÍDICAS Y MÉDICO-FORENSES**

5. USA:(a) **REINCIDENCIA NO EXCLUYE RESPONSABILIDAD PENAL** (RP; ART. 14 C.P.); (b) **PSICOPATÍA SE INCLUYE EN EVALUACIÓN DEL "RIESGO FUTURO"** (WISCONSIN); **SEVERA ENF. MENTAL EXCLUYE PSICOPATÍA** (TEXAS,C.P.1973; UTAH C.P.1976)

6. "**INSANITY, MENTALLY ILL**": **PSICOPATIA PROFUNDA CON AGRESIVIDAD O SEVEROS TRASTORNOS CONDUCTUALES** (UK, "MENTAL HEALTH ACT COMMISSION", 1999); **PSICOPATIA SEVERA SI DISMINUYE RP** (CAN), **PSICOPATIA + IMPULSO IRRESISTIBLE NO DISMINUYE RP** (CAN., ISRAEL)

7. LA **INDIFERENCIA DEL SUJETO** PARA ASUMIR LAS POSIBLES **CONSECUENCIAS PELIGROSAS** DE SU CONDUCTA **NO SUPONE UNA MERMA** DE LA RP (CHINA, C.P. 1979 MODIF. 1997, ART. 14)

**6. Correlatos PCL - SV y patocronobiografía del Psicópata.
Peligrosidad.**

Hasta el momento actual, la peligrosidad criminal del reo ha sido y es, en el ámbito judicial en general, y en la aplicación de medidas de seguridad en particular, una cuestión tan relevante como difícil de acotar. La antaño *Ley de Peligrosidad social*, sucedida por la *Ley de Vagos y Maleantes*, englobaba a tipologías de delincuentes y perfiles de personalidad tan dispares, que su conceptualización desde el punto de vista estrictamente médico forense se hacía harto complicada. Es más, asomaban en determinadas épocas puntos de vista morales ligados a la época, que hacían inalcanzable una exacta acotación de su significado en estrictos términos medicoforenses.

Es en la época actual, gracias al uso cada vez más frecuente de la evaluación psicométrica de la personalidad, fruto de la colaboración entre la medicina y la psicología forense -emergente en el ámbito judicial, que ha supuesto un enfoque técnico enriquecedor para el conjunto de las evaluaciones de delincuentes, incluyendo aquellos casos en los que gravedad del delito, y/o de las características conductuales/caracteriales del sujeto que lo comete, requieren en su valoración penal y penitenciaria la evaluación de aspectos como la posibilidad de reincidencia, trastornos psiquiátricos o de personalidad asociados, o el nivel de toxicofilia. En todo caso, el estudio de la personalidad del delincuente es básico en todo sujeto en el que no sean relevantes trastornos psicopatológicos mayores.

Una aseveración sí es cierta a todas luces: "la mejor manera de prever el futuro es estudiar el pasado". Es en esta línea, que la PCL-SV basa parte de su evaluación del sujeto en estudiar su comportamiento infante-juvenil y adulto, en orden a estudiar longitudinalmente en la biografía del sujeto qué aspectos son más relevantes en su *modus vivendi*, incluyendo las actividades delictivas o margino-delictuenciales. En otro orden de cosas, ya durante las últimas dos décadas se ha correlacionado en ámbitos anglosajones, puntuaciones entre la psicopatía-PCL y conductas ulteriores del sujeto a dichas evaluaciones, obteniéndose resultados concluyentes que realzan la importancia de dicho instrumento. Así, *variables precedentes* a futuros delitos del propio sujeto (sociodemográficas, delictivas, penitenciarias) han pronosticado con certeza estadística conductas *consecuentes*.

Con relación a diagnósticos de eje I del DSM-IV (APA, 1995), y a otros surgidos recientemente, el Trastorno Antisocial de la personalidad o psicopatía puede asociarse a entidades como el *Trastorno por déficit de atención e hiperactividad*, *Trastorno negativista desafiante*, *Trastorno de control de los impulsos no-especificado*, *Trastorno sádico de personalidad*, *Trastorno por dependencia a estimulantes*, *ludopatía*, *Síndrome de la mujer maltratada*, *Síndrome de la gente mayor maltratada*, o incluso del propio *Síndrome del niño maltratado*. Muchos comportamientos psicopáticos o antisociales estas implicados parcialmente en los perfiles de sujetos responsables o implicados en las patologías antes mencionadas.

La psicopatía evaluada mediante la PCL-SV, correlaciona pues, significativamente desde un punto de vista estadístico, con variables como:

CORRELATOS PCL-SV Y BIOGRAFÍA
-EDAD DE PRIMERA DETENCIÓN -NÚMERO DE INGRESOS EN PRISIÓN -TIEMPO EN PRISIÓN -NÚMERO TOTAL DE CAUSAS PENADAS -FALTAS/AÑO DE PRISIÓN -MEDIA DE DELITOS POR AÑOS DE LIBERTAD

CORRELATOS PCL-SV & CRIMINOGENESIS:
-MAYOR USO DE ARMAS -DELITOS VIOLENTOS Y AGRESIVOS -REVOCACIÓN LIBERTAD CONDICIONAL -50% REINCIDENCIA DELICTIVA -FRECUENTE PREVALENCIA EN DELITOS SEXUALES (40% VS 15% POBL. PENITENCIARIA) -MAYOR CONSUMO DE DIFERENTES SUSTANCIAS TÓXICAS -VIOLENCIA INSTRUMENTAL
CORRELATOS PCL-SV & PRONÓSTICO TERAPÉUTICO: -DEFICIENTE RESPUESTA A TRATAMIENTOS COGNITIVO-CONDUCTUALES O FARMACOLÓGICOS

Otras variables de personalidad que se han asociado, junto con la psicopatía, en establecer un especial pronóstico de gravedad o peligrosidad en la comisión de delitos son:

-NARCISISMO -PÉRDIDA DE AUTOCONTROL -AUSENCIA DE EMOCIONES -IMPULSIVIDAD -NECESIDAD DE DOMINACIÓN -EDAD: 10-15 A 35-40 AÑOS
--

Centrándonos más específicamente en tipologías delictivas, diremos que en cuanto a delitos sexuales, únicamente se detectan personalidades psicopáticas en un 10-15% de delincuentes paidófilos, mientras que en violaciones puede alcanzarse el 40-50%. Stone (1998) postula la coexistencia del "Trastorno Psicopático de Personalidad" con el denominado Trastorno Sádico de Personalidad. Estudios sobre perfiles criminales en USA describen a un 50% de asesinos de policías diagnosticados como psicópatas. Finalmente, un 25-30% de maltratadores domésticos se han asociado al TAP/TPP (Echeburúa et al, 1996).

CORRELATOS PCL-SV Y DELINCUENCIA
FACTOR I: DESAPEGO EMOCIONAL ("DETACHMENT") +: DIAGNÓSTICO PSICOPATÍA T.NARCISISTA-HISTRIÓNICO-MAQUIAVELISMO DOMINANCIA SOCIAL AGRESIÓN INSTRUMENTAL: ARMAS -: EMPATIA/ANSIEDAD -FACTOR III: COMPORTAMIENTO ANTISOCIAL +: TAP CONDUCTAS CRIMINALES: ROBO CON INTIMIDACIÓN, LESIONES MALTRATO IMPULSIVIDAD BÚSQUEDA EMOCIONES FUERTES DROGODEPENDENCIA

Así, los diferentes aspectos estudiados anteriormente (rasgos de personalidad, delitos, entidades psicopatológicas y aspectos delictivos) podríamos concluir que *existe un correlato positivo entre estas variables y los dos factores que definen a la PCL-SV*, esto es, el *factor I* (desapego

emocional) y el *factor II* (estilo de vida antisocial, crónico e inestable).

7. Perfiles criminales. Escena de los hechos

El estudio de la escena de un crimen, además de datos puramente policiales, criminalísticos o forenses, también ofrece datos altamente valiosos en lo relativo al estado cognitivo y emocional del sujeto en el momento de cometer los hechos. No nos referimos a la autopsia psicológica, cuya principal línea de trabajo es retrospectiva en relación a las actividades vitales de la propia persona antes de morir, sino al estudio del perfil psicológico del criminal, traducción literal de lo que en ambientes anglosajones se conoce como *Criminal profiling*. Se define (Salfati y Cañter, 1999) como el "proceso de inferencia de las características de un delincuente a través de los actos cometidos durante el crimen" (1995). Dicho término surgió como otros, ante la necesidad de establecer un método de estudio más especializado en la escena de los hechos. La ventaja que proporcionan las nuevas tecnologías y los avances en la ciencia forense, obliga al trabajo en equipo de un grupo de profesionales especializados en criminalística, medicina forense, psiquiatría y psicología forense, que junto a las *Crime Scene Units* (USA) investiguen en dicha escena el creciente número de crímenes asesinatos/violaciones, obra en ocasiones de asesinos en masa, asesinos/violadores en serie o bien de asesinos/violadores ocasionales a los que se han de enfrentar con mayor frecuencia la sociedad. Las *Crime Scene Units* estudian fundamentalmente delitos graves, acotando la búsqueda del sospechoso mediante *sistemas inductivos*, elaborando perfiles estadísticos de sujetos que cometen determinados delitos, mediante variables demográficas y conductuales (Turvey, 1989) y/o mediante *sistemas deductivos*, analizando el lugar de los hechos y el cadáver, e infiriendo hipótesis sobre el posible autor.

De este modo, los homicidios y/o violaciones estudiadas pueden ayudar a la policía a (a) acotar el número de sospechosos, (b) prever futuras actuaciones del autor real, (c) estudiar las pertenencias de sospechosos, y (d) proporcionar estrategias para el interrogatorio ante sospechosos concretos, orientando de este modo la investigación en el sentido más eficaz posible (Salfati y Canter, 1999). De los datos que se obtienen en la escena de los hechos, comparándolos con el de otras escenas, hacen una primera diferenciación entre: autor *ocasional*, autor *en masa* y autor que comete *crímenes en serie*.

Con relación a los conceptos de *asesino en masa* y *asesino/violador en serie*, diversos autores (Antuña, 2001) definen al *asesino en masa* - AEM- como aquél que actúa sobre todas las víctimas a la vez, con conductas generalmente de *acting out*, bajo una gran tensión emocional, y que normalmente acaban con el suicidio del propio autor. Pueden no actuar solos y organizarse en pseudocomandos, ser aniquiladores familiares, incendiarios-bombardeos-envenenadores, empleados insatisfechos o discípulos de líderes carismáticos de sectas (Holmes, 1989; O'Connor, 2002).

El *asesino en serie* (AES), por otro lado, será aquel a quién se le puedan atribuir un número de víctimas superior a tres, y cuyos motivos sean desconocidos o extraños, no conozcan previamente a la víctima, y tengan una sobrecarga emocional importante durante los diferentes episodios, con un período "de refresco" o "enfriamiento" entre los asesinatos. Estadísticamente un 89% son varones, y el 11% mujeres, con una edad que oscila entre 25 y 35 años. Los subtipos son:

ASESINOS EN SERIE (AES)
1. PSICÓPATA SÁDICO SEXUAL
2. ASESINO POR DIVERSIÓN
3. CRIMEN ORGANIZADO
4. ENVENENADORES QUE CUIDAN PERSONAS
5. SUPUESTAMENTE PSICÓTICOS

La primera clasificación ya clásica de los asesinos/violadores en serie, ampliamente utilizada por el FBI en su programa VICAP, hacía hincapié en los aspectos psicopatológicos más importantes encontrados en el escenario del crimen. Ello les permitió hacer una primera elaboración de perfiles criminales, diferenciando así entre *asesinos/crímenes desorganizados* y *asesinos/crímenes organizados* (Ressler, 1984). De una forma esquemática, las características de éstos son:

ASESINO/ESCENA DEL CRIMEN DESORGANIZADO/A

- PSICOSIS
- POBRE RENDIMIENTO ESCOLAR, PERSONAL Y LABORAL
- DESCUIDADO, NOCTÁMBULO, SOLITARIO
- CI MENOR A POBLACIÓN
- SEXUALMENTE INCOMPETENTE
- DICCIPLINA DURA EN INFANCIA, MALTRATO
- ANSIEDAD & CRIMEN
- MÍNIMO CONSUMO ALCOHOL
- NO SELECCIONA VÍCTIMA
- ESPACIOS CERCANOS DE ACTUACIÓN
- ATAQUES "EN BOMBARDEO"
- DESPERSONALIZA VÍCTIMAS
- DELITOS POST-MORTEM: FETICHISMO, CANIBALISMO, NECROFILIA
- NO CONFUNDE A POLICÍA
- VÍCTIMA ABANDONADA EN LUGAR
- OCASIONALMENTE CONTEMPLA DELITO E INVESTIGACIÓN

La clasificación anterior, extraída tanto de estudios sobre la escena del crimen como de las declaraciones y confesiones de los propios autores, son la base de la primera y más antigua elaboración de perfiles criminales.

- Elaboración de los perfiles criminales

Se utilizan básicamente dos sistemas, tal como se ha referido antes, (a) *inductivos*, elaborando perfiles estadísticos de sujetos que cometen determinados delitos, y (b) *deductivos*, analizando el lugar de los hechos y posteriormente de la víctima/cadáver, e infiriendo hipótesis sobre el posible autor.

El método de elaboración de perfiles criminales se asienta en tres pasos: (a) *el análisis estadístico de datos de la escena del crimen*, (b) *análisis del comportamiento en la escena del crimen-ciencias del comportamiento*, y (c) *el análisis - estudio de todos estos datos por expertos*.

ASESINO/ESCENA CRIMEN ORGANIZADO/A

- PSICOPATÍA
- ALTO CI, HABIL, ASTUTO
- APARIENCIA NORMAL
- TRABAJO ESTABLE PADRES
- TRABAJO ESPECIALIZADO
- VIVE EN PAREJA
- SOCIAL/SEXUALMENTE COMPETENTE
- DISCIPLINA INCONSISTENTE EN INFANCIA
- HUMOR CONTROLADO DURANTE CRIMEN
- ALCOHOL DURANTE CRIMEN
- PLANIFICADO
- FANTASIA SELECCIONA A LA VÍCTIMA
- VÍCTIMA VULNERABLE
- GRAN RADIO DE ACCIÓN
- PERSIGUE, CAPTURA, TORTURA VÍCTIMA COMO EXCITACIÓN
- INTENTOS DE CONFUNDIR A LA POLICÍA
- LLAMADAS ANÓNIMAS
- POCOS CAMBIOS DE CONDUCTA DESPUÉS DEL CRIMEN

(a) El análisis estadístico de datos de la escena del crimen:

La utilización del *sistema inductivo* para el estudio de perfiles se basa en lo que denominan *psychological profiling*, esto es, "generalizaciones sobre el autor de un crimen, basadas en variables demográficas y conductuales relativas a criminales ya estudiadas en el pasado". Por ejemplo, ante una violación en un lugar determinado, se buscarán perfiles de delincuentes que respondan a los datos de todo tipo extraídos de dicho asalto.

Además de los perfiles psicológicos, deben mencionarse también otros métodos ampliamente utilizados en la investigación de homicidas/violadores en serie, denominados *Geographic profilings*. Dichos métodos intentan mostrar gráficamente, mediante intensidades cromáticas, la probabilidad de residencia del posible sospechoso, en base a inferencias sobre los asaltos cometidos, representando tridimensionalmente las localizaciones, frecuencias y otras características de los asaltos ya cometidos.

Ambos perfiles -el geográfico y el psicológico- se intercalan, y en AES organizados, vemos un perfil geográfico creciente con los diferentes delitos, mientras que en AES desorganizados siempre aparece un perfil

de posible localización del agresor en el epicentro.



Probability of Offender Residence

Figura 2: Representación gráfica de perfiles geográficos en actividades criminales (tomado de ECRI, Dr. Rossmo)

(b) Análisis del comportamiento en la Escena del Crimen, ciencia del comportamiento:

Se utiliza el *sistema deductivo*, más generalizado, profesional, y específico en investigación criminal. Se define como "el proceso de interpretación de evidencias forenses en las que se incluyen todo tipo de *inputs* como fotografías de la escena del crimen, informes de autopsia, fotografías de la autopsia, minucioso estudio del método individual de ataque a la víctima". Permite reconstruir detalladamente los patrones característicos de la conducta criminal en la escena del crimen, y aquellos patrones específicos e individuales de comportamiento del autor, deducibles del ataque, relativos a características personales, demográficas, emocionales y motivacionales del mismo". Será necesario, pues, estudiar detenidamente las (1) *evidencias forenses*, (2) las características de la *escena de los hechos* (naturaleza de la interacción entre la víctima y el delincuente), y (3) las características de la víctimas o *victimología*.

(c) El análisis-estudio por expertos.

Una vez realizados los dos pasos anteriores se hace una reunión de expertos que analizan los datos obtenidos y en donde intentan establecer, con relación a estos datos, el tipo de delincuente, su motivación, método de actuación -*modus operandi*- y su "tarjeta de visita".

El *modus operandi*, es dinámico, aprendido, cambiante y mejorado conforme pasa el tiempo, conforme va adquiriendo experiencia en la comisión de los delitos. La "tarjeta de visita" o *signature behaviour* implica todos aquellos comportamientos durante la acción delictiva que no son necesarios para la misma, es constante en el tiempo, e identifica personalmente a su autor de forma muy especial: actividades sexuales repetidamente usadas por el autor, específicos tipos de ataduras, similar tipo de lesiones infligidas a la víctima, disposición del cadáver ante quién se supone lo descubrirá, torturas y/o mutilaciones a sus víctimas, entre otras.

· Interacción agresor - víctima:

Salfati y Canter (1999) estudiaron la *interacción agresor-víctima en la escena del crimen*, evaluando todas las variables posibles implicadas en la escena del crimen, y buscando relaciones estadísticamente significativas (*smallest space analysis -SSS-*) entre ellas (co-ocurrencia de variables), obtuvieron una matriz gráfica. Como podemos ver en la figura siguiente (tomada de Salfati y Canter, 2000), en el centro del gráfico están las asociaciones entre variables más potentes, y el conjunto de asociaciones permite establecer tres grupos de interacción diferentes en la escena de los hechos: (1) dinámica *expresiva-impulsiva* en la escena del crimen (26% casos), (2) dinámica *instrumental-oportunista* (20%), y finalmente (3) *temática instrumental-cognitiva* (20%).

1. En el primer caso (*tipo expresivo-impulsivo*), la escena de los hechos muestra numerosas heridas en la víctima, diferentes tipos de lesiones, y ataque dirigido especialmente a la región facial, representativa de la persona concreta. A su vez, los ítems asociados al sospechoso son de antecedentes de delitos previos violentos, desórdenes públicos, delitos previos de robo o daño a propiedades, delitos sexuales, delitos contra la seguridad del tráfico, delitos relacionados con drogas, casado en el momento de los hechos, anteriores matrimonios y antecedentes por agresión a

mujeres.

2. La escena del crimen *instrumental-oportunista* implica víctimas débiles, atacadas usualmente sin armas, con las manos, sin lesiones incapacitantes (ataaduras, cobertura de ojos, boca), con agresión sexual añadida, y con una finalidad materialista, de robo. Los ítems asociados al sospechoso son los antecedentes de delitos de robo, sustracción, robos de vehículos, antecedentes policiales, desempleado, familiar con el área del crimen, y conocía previamente a la víctima.

3. Finalmente, la agresión *instrumental-cognitiva* conllevan el traslado y ocultación del cuerpo, emisión de pistas policiales equívocas, ausencia de datos identificativos en el escenario del crimen. En estos casos los ítems asociados con el sospechoso son los de antecedentes de alistamiento en cuerpos armados (ejército), y condenas antiguas en prisión.

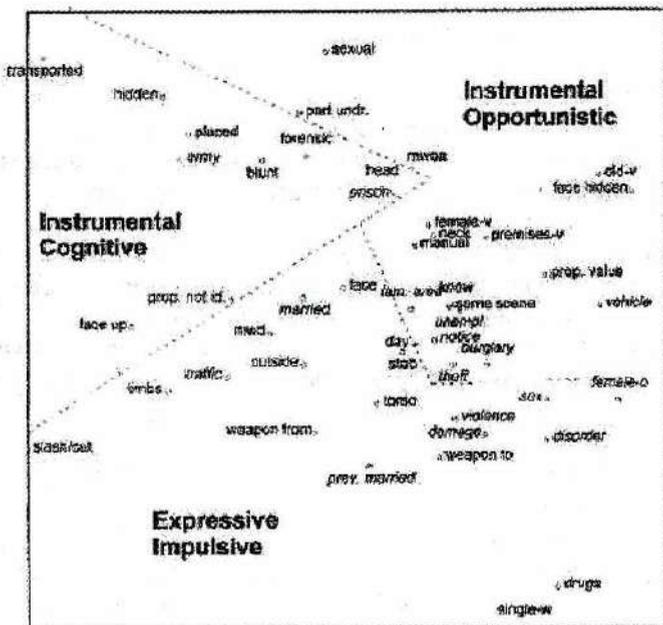


Figure 3. Themes of homicide crime scenes and associated offender characteristics

El resto de crímenes (35%) pueden subsumirse en dos o más subtipos de los ya descritos.

Todas las clasificaciones mencionadas hasta el momento, con relación a la elaboración de perfiles criminales, implican datos policiales, criminalísticos, forenses, estadísticos, psicológicos - psiquiátricos y analíticos fundamentalmente.

La evaluación psicopatológica del agresor (sexual, homicida) a través de la escena del crimen es una inferencia que debe hacerse con sumo cuidado, reuniendo previamente todos los datos posibles relativos a ese delito, y mediante el "cónclave" de peritos forenses, criminólogos y expertos policiales.

Asesinatos/violaciones en serie:

Los diagnósticos más frecuentemente estimados en asesinatos/violaciones en serie son, fundamentalmente:

PSICOPATOLOGÍA & ESCENA CRIMEN
<ul style="list-style-type: none"> TRASTORNOS DE PERSONALIDAD -PSICOPATIA -TRASTORNO ANTISOCIAL TRASTORNO PARANOIDE TRASTORNO NARCISISTA TRASTORNO SÁDICO TRASTORNO OBSESIVO-COMPULSIVO TRASTORNO LÍMITE
<ul style="list-style-type: none"> PSICOSIS PSICOSIS ESQUIZOFRÉNICA TRASTORNO DELIRANTE PARANOIDE
<ul style="list-style-type: none"> PARAFILIAS NECROFILIA SADISMO FETICHISMO ANTROPOFAGIA

En cuanto al cadáver, la existencia de lesiones que denoten desprecio hacia la víctima, con una muerte fría en la que se ignora el posible sufrimiento de la misma, puede indicar características psicopáticas

del autor. En el otro extremo, lesiones que no impliquen de ningún modo el posible riesgo de muerte de la víctima (salvo la ejecución final) y que conlleven gran sufrimiento de la misma, incluso despertando el agresor a la víctima si pierde la conciencia, orientan hacia un trastorno sádico de la personalidad, por ejemplo. Determinados actos de necrofilia, canibalismo y fetichismo, como las amputaciones o rituales con determinadas partes del cuerpo, masturbación en/cerca del lugar de los hechos (O'Connor, 2002) sugieren que el agresor *despersonaliza* a la víctima, orientando a cuadros psicóticos. Las mordeduras en el área del cuello, pectorales, heridas por arma blanca en nalgas, o incluso las sugilaciones son comunes en el mundo homosexual. Finalmente, actos claros de dominio hacia la víctima, y sumisión de ésta (lectura de escritos aportados por el agresor, posiciones humillantes), sugieren una aureola narcisista en el autor.

• Asesinatos sádicos sexuales:

Los *asesinatos sádicos sexuales* (20% de AES), incluyen el sufrimiento de la víctima, no estrictamente la provocación de dolor físico o psíquico: golpes, cortes, amputaciones en pezones, dedos, pabellones auriculares, uñas (Knight, 1990), barras de cristal por el meato urinario, objetos anales o flagelación. Refieren "sentirse como dioses delante del sufrimiento", siendo infrecuente que mutilen o cometan actos necrofilicos con las víctimas tras la muerte (Warren, Hazelwood y Dietz, 1996).

Suelen superar las veinticuatro horas de sufrimiento antes de matar a la víctima, corresponden a agresores blancos (95%) de clase media (65%), quienes ya han demostrado actitudes de superioridad respecto a inferiores en trabajo o conyugalmente, y suelen asociar otras parafilias en 20% (homosexualidad: 43%, transvestismo: 20%; resto 20%: voyeurismo, llamadas obscenas y exhibicionismo).

El método *inductivo* citado anteriormente, en este caso puede predeterminar un perfil de dichos sujetos (Antuña, 2001) con las siguientes características: 42% sufrió abusos físicos, 43% sufrió abusos sexuales, 47% padre abandonador, 73% relación paterna mala, 44% sexualmente incompetente, 44% delitos previos a AES, 61% fantaseaban con violaciones, 72% fetichistas, 79% masturbación, 81% pornografía sádica. La mayoría estrangula o apuñala a la víctima.

Finalmente, una mínima referencia a los *filicidios*, que pueden

comportar obsesivo-compulsividad en la madre, e incluso entre asesinos en serie que ahogan su agresión en un desbordamiento emocional dentro del ciclo de disconfort-ansiedad-liberación.

Las diferentes clasificaciones aquí apuntadas de perfiles criminales, tipologías, o aspectos psicopatológicos implicados, son sólo un breve resumen de los amplios contenidos que estas referencias ocultan, y cuyo único interés en este artículo ha sido mostrar aspectos que puedan ser relevantes al lector.

5. RESPUESTA PENAL FRENTE A FRAUDES COMETIDOS EN INTERNET: ESTAFA, ESTAFA INFORMÁTICA Y LOS NUDOS DE LA RED

Javier Gustavo Fernández Teruelo
 Profesor Titular de Derecho penal
 Universidad de Oviedo

SUMARIO

1. Las conductas fraudulentas en Internet, 2. Fórmulas específicas de fraude, 2.1 Obtención de los datos o claves de acceso (incluidos números y claves de tarjetas de crédito o débito) a determinados servicios y uso indebido de los mismos: 2.1.1 Sustracción de las claves de acceso sin el conocimiento de la víctima (spyware), 2.1.2 Obtención fraudulenta de las claves: Es la propia víctima la que, sin saberlo, hace llegar al defraudador los datos necesarios para realizar las transacciones (phishing), 2.2 Dialers (conexiones telefónicas fraudulentas), 2.3 Fraudes en operaciones de comercio electrónico, 2.4 Envío de mails fraudulentos, 3. Problemas derivados de la ausencia de medidas preventivas y nuevas soluciones técnicas, 3.1 Medidas preventivas frente a los fraudes en operaciones de comercio electrónico (garantías jurídicas), 3.2 Medidas preventivas generales, 3.3 Medidas o soluciones tecnológicas, 4. Posibilidades de subsunción de las conductas fraudulentas ejecutadas a través de internet en los modelos típicos de estafa y estafa informática contenidos en el Código penal y propuesta de lege ferenda, 5. Precursores: software necesario para cometer los fraudes

1. Las conductas fraudulentas en Internet

Una de las manifestaciones lesivas más intensamente desarrolladas 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 aparición de internet y su potencialidad como instrumento comercial de

intercambio (vg. comercio electrónico), junto al desarrollo en su ámbito de actividades de carácter económico o financiero (vg. 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 no pueden ser perseguidas, desde un punto de vista jurídico, recurriendo al modelo clásico típico de 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 fraude¹.

2 Fórmulas específicas de fraude

Resumimos a continuación cuales 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 estafa presentes en el Libro II del Código Penal español. Son muchas las posibles categorizaciones²; 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.

2.1 Obtención de los datos o claves de acceso (incluidos números y claves de tarjetas de crédito o débito) a determinados servicios y uso indebido de los mismos:

2.1.1 Sustracción de las claves de acceso sin el conocimiento de la víctima (*spyware*)

Entre las fórmulas significativas de fraude están aquellas mediante las cuales se logra la **sustracción de datos que permiten la suplantación**

1. La característica afectación a múltiples sujetos-víctimas de este tipo de conductas plantea la posible consideración, cuando parte de los mismos no estén identificados, de la figura del "sujeto pasivo masa" (art. 74.2 CP); sin embargo, debe tenerse en cuenta el carácter restrictivo con el que opera la jurisprudencia respecto al mismo, así como la tendencia a recurrir en estos supuestos al tipo agravado de estafa por la *entidad del perjuicio ocasionado* (art. 250.6 CP).

2. Citamos la clásica distinción referida al delito informático general entre: a) Introducción de datos falsos (*data diddling*) o alteración, supresión u ocultación de los ya introducidos. b) Manipulaciones en el programa. c) Manipulaciones en el sistema de salida de datos u *output*; vid por todos, Choclán Montalvo J. A., "Fraude informático y estafa por computación", en *Internet y Derecho penal, Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, 2001, pág. 330 y ss.

de personalidad de la víctima; 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 conseguir disposiciones o ventajas económicas en favor del autor de la sustracción o de terceros. Esta fórmula implica normalmente el acceso al sistema operativo de la víctima a través de la red (sin olvidar tampoco una posible sustracción física de las claves de acceso a determinados servicios).

El acceso a distancia al PC de la víctima puede tener lugar a través de múltiples vías. Sin embargo, en la actualidad dichos datos suelen obtenerse a través de *spyware* o archivos espía, que son pequeñas aplicaciones que se consiguen introducir en el PC de la víctima, y cuyo objetivo es el envío, a un lugar exterior (habitualmente al PC del defraudador), de datos del sistema donde están instalados (normalmente claves de acceso), mediante la utilización subrepticia de la conexión a la red, sin el conocimiento del usuario. En la práctica, las principales fórmulas empleadas por el software espía para propagarse son troyanos³ o bombas lógicas⁴ que se descargan desde Internet y se instalan 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. Los más utilizados, lo que hacen es registrar todo lo que los usuarios teclean en su ordenador (*keyloggers*), si bien otros más complejos acceden a 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 para realizar transferencias a su favor o de un tercero.

2.1.2 Obtención fraudulenta de las claves: Es la propia víctima la que, sin saberlo, hace llegar al defraudador los datos necesarios para realizar las transacciones (*phishing*)

La obtención de datos de acceso necesarios para el fraude también puede conseguirse haciendo que sea la propia víctima la que los comunique

3. 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.

4. 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.

directamente al defraudador, utilizando para ello específicas formas de engaño. En concreto, la más utilizada en la actualidad es la técnica del *phishing*.

El llamado *phishing* es una manifestación de la llamada ingeniería social⁵ y consiste normalmente en el envío 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, de tal manera 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 ya están en manos ajenas y listos 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. A veces, dependiendo del navegador que use, se llega a modificar la barra de direcciones, de tal modo que al seleccionarla se accede a la web suplantada. El envío suele ser masivo e indiscriminado y de este modo algunos de los receptores resultan ser efectivamente clientes de la entidad suplantada.

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 la misma; páginas falsas de recargas de móviles con tarjeta de crédito o de venta de diversos productos (a precios sospechosamente baratos), en los que, una vez obtenidos los datos personales y de la tarjeta, la página enseña algún tipo de error o indica que la operación no se ha podido realizar; presuntos compradores que le piden al vendedor datos bancarios para pagarle el producto que tiene a la venta, los cuales serán utilizados para realizar transacciones ilícitas, etc.

5. La *ingeniería social* consiste en la manipulación de las personas para que voluntariamente realicen actos que normalmente no harían. El atacante puede aprovechar el desconocimiento de unas mínimas medidas de seguridad, por parte de personas relacionadas de una u otra forma con el sistema, para poder engañarlas en beneficio propio.

Una variante del *phishing* aparece constituida por 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 relacionadas 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 enviados por la propia víctima) los autores del fraude, con las claves en su poder, suelen abrir de modo simultáneo 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 podía materializar en un breve espacio de tiempo. También es frecuente la intervención de terceros, éstos, conocidos con el nombre de "mulas" o "muleros", reciben el dinero en sus cuentas bancarias personales, y tras quedarse con la comisión, lo remiten a donde les han indicado los autores del fraude (normalmente giros postales al extranjero). Suelen ser captados a través de Internet mediante diversas 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.

Desde un punto de vista penal, debemos plantearnos 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. En primer lugar, habrán de

distinguirse aquellas situaciones en las que los mismos desconocen totalmente que están colaborando con 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, pensemos que el autor del fraude suele captar a los muleros mediante falsas ofertas de trabajo en las que los mismos deben realizar algún tipo de tarea, por lo que el porcentaje de la transferencia que se queda en su poder se presenta como el pago por el trabajo realizado. Pues bien, obviamente en tal supuesto debe descartarse cualquier tipo de responsabilidad. Más dudas se suscitan en el segundo (conocimiento de la posible actuación delictiva). En tal caso, no creo que pueda plantearse la posible presencia de un delito de receptación. Aparentemente 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 del mismo; sin embargo en nuestro caso, 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 derivado de la disposición patrimonial). En cuanto a una posible participación delictiva, el acto a valorar radicaría en la entrega de un número de cuenta propio, sabiendo de forma cierta o admitiendo la posibilidad de que la misma sea utilizada para cometer el fraude. A mi juicio se tratará normalmente de una aportación idónea para fundamentar la imputación objetiva de una acción de cooperación necesaria o de complicidad, 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 pacífica⁶.

2.2 Dialers (conexiones telefónicas fraudulentas)

Entre las modalidades fraudulentas más dañinas se encuentra el **uso de programas de marcado telefónico (dialers)**, los cuales establecen una conexión telefónica a redes mediante un número de tarificación adicional de altísimo coste y en las que, normalmente, no se informa adecuadamente, o se ocultan de modo específico, las consecuencias de su instalación. Los marcadores telefónicos se suelen descargar mediante un fichero ejecutable (extensión .exe) o incluso a través de un control ActiveX. Lo importante es que en muchas ocasiones no se informa de que van a instalar un programa en el disco duro y/o hacer modificaciones en el sistema (como crear

6. Favorable a dicha posibilidad en nuestra doctrina es, entre otros, Cerezo Mir J., *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. Teoría jurídica del delito*, tecnos, Madrid, 2001, tomo III, pág. 234.

conexiones de acceso telefónico a redes), con lo que confundirán a usuarios con pocos conocimientos en la materia. Lo más habitual es que el usuario ni siquiera tenga noticia de la instalación que se realiza en su ordenador, para lo cual se llega a deshabilitar el sonido del modem, al objeto de que las futuras conexiones a los números de tarificación adicional pasen desapercibidas. Desde un punto de vista jurídico, estos programas sólo pueden considerarse lícitos cuando adviertan de un modo claro y nítido - algo muy poco frecuente en la práctica- de los cambios que van a hacer en el sistema y los costes en que incurre el usuario al utilizarlos. Debe en todo caso resaltarse, que esta fórmula empieza a ser superada gracias a la progresiva sustitución de las conexiones telefónicas a través del modem por las de cable, pues los *dialers* no afectan a usuarios que no accedan a Internet mediante RTB (Red Telefónica Básica) o RDSI.

2.3 Fraudes en operaciones de comercio electrónico

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 las mismas 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 pago⁷. Conviene recordar que el miedo de los consumidores a ser engañados a la hora de comprar a través de la Red se ha presentado siempre como el principal obstáculo para el desarrollo del comercio electrónico⁸ y que sin embargo el mismo, según un reciente informe de la Asociación Española de Comercio Electrónico (AECE), afecta más a las empresas que a los propios usuarios.

7. Supuesto como el contemplado en la SAP Barcelona de 15 de septiembre de 2005 (ARP 2006127), relativa a una condena de un sujeto por delito de estafa por la contratación con dos entidades bancarias del servicio de venta por internet (TPV virtual) para desarrollar su actividad comercial, que es usado fraudulentamente a través de la introducción de datos de tarjetas de crédito a las que efectúan cargos indiscriminadamente.

8. A finales de 2005, el porcentaje de internautas ya ascendía hasta el 46,6% de la población de 15 y más años en península, Baleares y Canarias, lo que supone una cifra de 17.233.433 individuos. La evolución respecto al año 2004 (40,3%), recoge un incremento en el porcentaje de internautas en más de 6 puntos, o lo que es lo mismo, un crecimiento de un 15,6% sobre los datos del año anterior. Por su parte, el número de internautas compradores alcanza, en 2005, la cifra del 25,1%. En términos absolutos pasamos de 3.959.000 internautas compradores en el año 2004, a 4.326.790 en el año 2005. La incorporación neta de más de 367.000 nuevos internautas compradores, supone un crecimiento de más de un 9,2%. La cifra de 4,3 millones de internautas compradores, significa que el 12% 11,7% de la población española de más de 15 años ha comprado en el pasado año por Internet. Estudio sobre comercio electrónico B2C 2006

<<http://observatorio.red.es/estudios/documentos/B2C2006.pdf>> [Consulta: 1 marzo 2007]

Las fórmulas habituales de fraude consisten en el envío o la entrega de un bien que no reúne las características en base a las cuales se realizó su oferta y adquisición o incluso en la falta de envío o entrega del mismo, utilizando como formas de pago el pago anticipado o contra reembolso⁹. 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 del mismo a una tercera persona que desconoce la operación.

2.4 Envío de mails fraudulentos

Nos referimos ahora a los supuestos en los que el correo electrónico 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 diferentes opciones de ganar dinero: premios de lotería, negocios "fáciles" (normalmente para recibir el dinero, primero hay que desembolsar una cantidad supuestamente destinada a sufragar supuestos tramites 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 el mismo 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.

3. Problemas derivados de la ausencia de medidas preventivas y nuevas soluciones técnicas

3.1 Medidas preventivas frente a los fraudes en operaciones de comercio electrónico (garantías jurídicas). Una de las fórmulas de pago en la adquisición de bienes por internet más segura para el consumidor es aún hoy la tarjeta de crédito, ya que ésta otorga a su titular un amplio margen de maniobra sobre la base del derecho que tiene el titular de la misma a solicitar la anulación del cargo¹⁰.

9. Entre ellas se encuentra el llamado "phishing-car", en el cual se pide al internauta una señal por la venta de un coche que nunca se efectuará.

10. Sobre los diferentes medios de pago a los que se recurre en este ámbito puede verse, Mata Martín R., "Algunos aspectos de la delincuencia patrimonial en el comercio electrónico", en *El comercio electrónico*, Edisofer, Madrid, 2001, pág. 454 y ss.

En concreto, el art. 46 de la **Ley de Ordenación del Comercio Minorista -LOCM-** (Ley 7/1996, de 15 de enero, modificada por la Ley 47/2002, de 19 de diciembre) reconoce un derecho al titular de la tarjeta de pago, consistente en exigir la inmediata *anulación del cargo* cuando el pago se haya realizado *fraudulenta o indebidamente utilizando el número de una tarjeta de pago*¹¹. El fundamento del art. 46 es la protección del titular de la tarjeta en cuya cuenta se haya hecho indebidamente el cargo del precio de una compraventa a distancia, ya sea debido a un error o al uso fraudulento de la tarjeta por un tercero. Para proceder a la referida anulación no se requiere siquiera acreditar la existencia de error o fraude¹². El vendedor tiene la obligación de anular inmediatamente el cargo en el supuesto de que el comprador lo solicite sin entrar en más consideraciones, si bien, para evitar abusos, la anulación no implica automáticamente la resolución del contrato, con lo que el vendedor podrá hacer uso de las posibilidades que le otorga el art. 1124 CC artículo 1124 CC¹³.

Además, el art. 44 LOCM concede al consumidor un *derecho de desistimiento en las ventas a distancia*, en virtud del cual se le faculta para poner fin de forma unilateral dentro de un plazo (de 7 días hábiles), a la relación contractual. Una garantía más en favor del comprador y otra prueba de lo importante que es en estos casos actuar correctamente, devolviendo en el plazo indicado el bien recibido si no es de nuestro agrado; obsérvese, por ejemplo, como la SAP A Coruña de 24 de mayo de 2001 (JUR 2001\226263), en aplicación del principio *in dubio pro reo*, revoca una sentencia condenatoria por el delito de estafa (envío de un paquete contra reembolso conteniendo dos cajas y folletos, en vez de la consola comprada por internet por el denunciante), en base a los siguientes argumentos: "*Ciertamente no descartamos la hipótesis o la probabilidad de un engaño y fraude-estafa a través de internet y un envío contra-reembolso que estuviese vacío desde su origen, pero esto hay que probarlo*".

11. Artículo 46. "Pago mediante tarjeta. 1. Cuando el importe de una compra hubiese sido cargado fraudulenta o indebidamente utilizando el número de una tarjeta de pago, su titular podrá exigir la inmediata anulación del cargo. En tal caso, las correspondientes anotaciones de adeudo y reabono en las cuentas del proveedor y del titular se efectuarán a la mayor brevedad. 2. Sin embargo, si la compra hubiese sido efectivamente realizada por el titular de la tarjeta y la exigencia de devolución no fuera consecuencia de haberse ejercido el derecho de desistimiento o de resolución reconocido en el artículo 44 y, por tanto, hubiese exigido indebidamente la anulación del correspondiente cargo, aquél quedará obligado frente al vendedor al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de dicha anulación". [Artículo modificado por la ley 47/2002, de 19 diciembre].

12. Pacheco Cañete M., "La protección del consumidor una vez perfecto el contrato en las ventas de productos a distancia a través de internet", en *La Ley*, núm. 5184, 2000, pág. 1 y ss.

13. "La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible".

fuera de toda duda racional cosa no lograda en el caso enjuiciado"¹⁴. La devolución del paquete hubiese conseguido invertir la carga de la prueba, haciéndose cargo el comprador, a tenor de lo dispuesto en la ley 26/1991 (ley de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles), únicamente de los gastos de devolución¹⁵.

Otra situación que en la práctica puede plantearse es que, tras la pérdida o sustracción de la tarjeta por parte de su titular, **los datos contenidos en la misma (número de tarjeta, fecha de caducidad o CCV) sean utilizados fraudulentamente para realizar transacciones en internet**. Pues bien, con carácter general, el titular de la tarjeta ha de ser resarcido por el banco de los gastos ocasionados por el uso fraudulento de la misma por parte de terceros. Determinadas "Recomendaciones de la Unión Europea" han dado lugar a la adopción de un Código de Buenas Prácticas, que limita la responsabilidad del usuario. El Banco de España ha indicado de forma insistente que son los bancos quienes han de cubrir los fraudes que sufran los usuarios cuando éstos han sido víctimas de un uso fraudulento de sus tarjetas y siempre que hayan actuado diligentemente, esto es, denunciando la pérdida o sustracción de la misma lo antes posible. Muchas entidades bancarias intentan exonerarse de responsabilidad alegando negligencia por parte de los clientes. Sin embargo, han de hacerse cargo de cubrir el importe de lo defraudado en su totalidad. Únicamente en el caso de que el fraude se haya realizado antes de que el propietario de la tarjeta lo denuncie, el cliente debe hacerse cargo de los primeros 150 euros defraudados. En caso de no ser atendidos, el cliente puede interponer una reclamación ante el mismo banco y ante el Servicio de reclamaciones del Banco de España.

La protección del usuario o consumidor es en todo caso notablemente más intensa que la de los titulares de los negocios *on-line*. Respecto a estos últimos, lo normal será seguir un criterio restrictivo similar al utilizado por la jurisprudencia con relación al delito de estafa. Obsérvese por ejemplo como un supuesto de utilización fraudulenta de tarjeta de crédito (o de los datos en ella recogidos) causando un grave perjuicio a una agencia de viajes *on-line* fue considerado atípico por asumir la empresa "riesgos excesivos" en la venta a través de la web (*haber colaborado de forma relevante la víctima en su propia victimización*): SAP Baleares de 15 de octubre de 2004 (JUR 2004\276745): "De ninguna garantía disponía

14. Absolución por los mismos motivos ante un caso similar (condena en primera instancia por falta de estafa): SAP Zaragoza de 6 de mayo de 2005 (JUR 2005\159787).

15. Cfr. Pacheco Cañete M., "La protección del consumidor", *loc. cit.*, pág. 3.

la mercantil de autos, que le condujera plausiblemente a la convicción de que el titular de las tarjetas había contratado y, por ende, se había comprometido al pago de los servicios demandados, por lo que no parece que el puro hecho de activar la tarjeta y comprobar el límite de su cobertura pueda, objetivamente, erigirse en estímulo eficaz como para acceder a una prestación cuyo buen fin era, en principio, una pura incógnita, asumiendo por consiguiente un intolerable riesgo, desde el fin de protección de la norma, que absolutamente nada (excepto una ciega confianza) justificaba el asumirlo"; en el mismo sentido, la sentencia del Juzgado número 3 de Málaga de 19 de diciembre de 2005: "Huelga decir que ninguna de estas conductas fue llevada a cabo por los acusados los cuales compran a través de una página web un reproductor de DVD y para el pago del precio designan un número de tarjeta VISA de la que es titular otra persona totalmente ajena a los hechos. Por ello, no cabe incluir la conducta de los acusados en el párrafo segundo del art. 248 del C.Penal, pues los mismos no manipularon sistema o programa informático alguno sino, cuando se les solicita el número de una tarjeta bancaria para cargar en la cuenta asociada a la misma el importe de la compra efectuada designan el n° de una tarjeta de la que no es titular ninguno de los acusados y es en la creencia de que todos los datos introducidos en la página web al hacer el pedido del reproductor de DVD son correctos por lo que la empresa R.F.S.L. procede a hacer la entrega de dicho aparato en el domicilio indicado al hacer el pedido".

3.2 Medidas preventivas generales

Las posibilidades de fraude del que se pretende un beneficio económico y se determina un perjuicio patrimonial, inherentes a la mayoría de las operaciones económicas en las que interviene el consumidor, han encontrado -tal y como apuntamos- un magnífico marco de expansión en el medio internet. Ello se debe, entre otras razones, a la **gran vulnerabilidad que presentan muchos equipos de usuario**, desprovistos de las medidas de protección más elementales, cuestiones a las que ya nos referimos con carácter general.

Para contrarrestar lo anterior, desde el punto de vista del usuario, resulta fundamental la adquisición de una **cultura de seguridad** en internet exactamente igual que la que se sigue en otros ámbitos de la vida cotidiana. Es preciso tomar las medidas de protección necesarias, fundamentalmente a través de un software adecuado frente a virus (programas capaces de



reproducirse a sí mismos, infectando cualquier tipo de archivo ejecutable), troyanos (programas potencialmente peligrosos que se ocultan dentro de otros para evitar ser detectados, e instalarse de forma permanente en el sistema), programas espía -spyware- (que se instalan en el ordenador sin el conocimiento del usuario, para recopilar información del mismo, enviándola posteriormente al que controla dicha aplicación), etc. Los medios frente a todo lo anterior deben complementarse con las mismas medidas de precaución y desconfianza que se adoptan en la vida diaria a la hora de custodiar claves, contraseñas o datos que puedan ser utilizados en el acceso a información personal, o aprovechados en actividades fraudulentas.

Así, como medidas generales de seguridad podrían, entre otras, adoptarse las siguientes: 1. Evitar en lo posible acceder en lugares públicos a cuentas de banca *on-line* y a cualesquiera otras páginas de comercio que impliquen nuestra identificación mediante claves. De hacerlo, siempre desconectarse y apagar el navegador, procurando que las *cookies* estén desactivadas y borrar el *cache*. 2. Actualizar el software (para tener así los últimos protocolos de seguridad) y antivirus/*antispyware*. 3. Comprobar que el sitio *web* desde el que se comercia transmite la información encriptada (protocolo de Seguridad) 4. Nunca acceder a peticiones de claves personales por mucho que la solicitud parezca cierta (proveniente del banco o empresa de *e-commerce* en cuestión). 5. Modificar las claves periódicamente. 6. No anotar las claves en lugares a los que pueda acceder cualquier otra persona y no transmitírselas a terceros. 7. Guardar copia de las operaciones de banca *on-line* o *e-commerce* realizadas. 8. Examinar en los accesos a la banca *on-line* la última fecha y ver si se corresponde con nuestro último acceso. 9. Revisar periódicamente las cuentas para ver si hay algún movimiento extraño y si lo hay reaccionar lo antes posible. 10 Suscripción a los sistemas que avisan con un mensaje al móvil cada vez que se realiza una operación, etc.

Como medidas específicas para protegerse del *phishing* sería precisa una correcta información, conociendo que las entidades financieras o asimiladas nunca piden por correo las claves de acceso; no acceder a la entidad *on-line* más que a través del vínculo de los "favoritos" o "bookmarks" o tecleando directamente la dirección *web* en el navegador; recordemos que las direcciones seguras siempre empiezan por *https://*. La protección específica frente al *spyware* pasa también por el empleo de herramientas tecnológicas capaces de evitar la entrada del mismo en los

sistemas, bloqueándolo y eliminándolo eficazmente. Estos programas se encargan de monitorizar la actividad del sistema, para que en el caso de que haya algún archivo espía o similar sea detectado y neutralizado. Además de las posibles sustracciones por códigos maliciosos en el sistema, hay que tener en cuenta que en una conexión a Internet podemos ser víctimas de un ataque que puede conseguir acceso a nuestro ordenador. Para ello se vuelve imprescindible la instalación de un *firewall* personal (cortafuegos), que controle quién y cómo está intentando entrar en nuestro PC, consiguiendo de este modo evitar intrusiones dañinas.

3.3 Medidas o soluciones tecnológicas

Para hacer frente de un modo realista a la utilización delictiva de la Red conviene tener siempre presente que nos encontramos ante un medio en permanente evolución y por ello tremendamente dinámico, por lo que la mejor forma de hacer frente a las conductas fraudulentas es el recurso a una **investigación permanente en materia de seguridad y control**, que a buen seguro será más eficaz que la intervención del Derecho penal que si bien siempre llega tarde, en el caso de internet ese retraso se hace más evidente. En este sentido, sería conveniente que las compañías que transaccionan en la Red adoptasen las últimas medidas en materia de seguridad, siguiendo un esquema de reacción inmediata como el que utilizan las compañías antivirus.

En lo que respecta al comercio electrónico, resulta fundamental el desarrollo e implantación masiva de las distintas fórmulas dirigidas a obtener el máximo nivel de seguridad y entre ellas, de un modo especial, los certificados electrónicos. Para que la comunicación entre dos ordenadores sea confidencial se han desarrollado varios sistemas de cifrado de la información. El más usado actualmente, sobre todo en este tipo de comunicaciones (las compras en Internet), es el llamado *Secure Sockets Layer* (SSL). El SSL consiste, a grandes rasgos, en establecer unas claves entre el ordenador que se conecta y el servidor que se utiliza para que la información viaje cifrada entre los dos sistemas. De esta manera, si en algún punto de la comunicación hay algún elemento "espiando", la transacción será completamente ininteligible. Un certificado digital emitido por una de estas autoridades contiene la identidad de un usuario, su clave pública y otros datos adicionales (por ejemplo, el periodo de validez del certificado), todo ello firmado digitalmente con la clave privada de la autoridad de certificación, con el fin de que el certificado no se pueda

falsificar. La herramienta básica para cumplir las condiciones anteriores son las técnicas criptográficas, en particular los métodos de cifrado simétrico (usan una misma clave secreta para a cifrar y descifrar) o asimétrico (cada usuario tiene una pareja de claves, una pública y otra privada, con la peculiaridad de que lo que se cifra con una de las claves sólo se puede descifrar con la otra). Para evitar posibles suplantaciones de identidad, es necesario contar con una tercera parte fiable que acredite de forma fehaciente cuál es la clave pública de cada persona o entidad. Esta es la función básica de las autoridades de certificación¹⁶.

Otros sistemas antifraude serían las tarjetas seguras de pago por internet o los Códigos de acceso de un sólo uso. Las primeras son tarjetas desechables destinadas a realizar pagos por internet, telefónicamente o por correo ordinario y que son recargables por un importe limitado. Los códigos de acceso de un solo uso, como su nombre indica, sólo tienen validez para una transacción, de manera que, una vez utilizado, queda anulado para usos posteriores. Se trata de un sistema compuesto por una aplicación en una tarjeta bancaria con un chip, un lector de tarjetas inteligentes y un sistema servidor. Con este sistema, el Código de un solo uso se genera en la tarjeta bancaria del cliente, que está protegida por los sistemas de seguridad que incluye el microprocesador de la propia tarjeta. También existen servicios ofrecidos por algunas compañías a las entidades que operan en la Red; son servicios de detección que tienen como objeto el descubrimiento temprano de ataques de *phishing*, incluso antes de que

16. Se puede hablar en este sentido de cuatro aspectos básicos de seguridad: autenticación, confidencialidad, integridad y el no-repudio. La *autenticación* es el proceso de verificación formal de la identidad de las entidades participantes en una comunicación o intercambio de información. Existen varias formas de poder autenticarse: basada en claves, basada en direcciones y criptográfica. De estas tres posibilidades la más segura es la tercera, ya que en el caso de las dos primeras es posible que alguien intercepte la información enviada y pueda suplantar la identidad del emisor de información. Desde otro punto de vista se puede hablar de formas de autenticarse, como puede ser a través de la biometría (huellas digitales, retina del ojo, la voz (...)), por medio de passwords o claves, y por último utilizando un certificado digital. Se llama *autenticación fuerte* a la que utiliza al menos dos de las tres técnicas mencionadas en el párrafo anterior, siendo bastante frecuente el uso de la autenticación biométrica que, como se indicó antes, se basa en la identificación de personas por medio de algún atributo físico. La *confidencialidad* es la propiedad de la seguridad que permite mantener en secreto la información y solo los usuarios autorizados pueden manipularla. La *integridad* consiste en que la información transmitida entre dos entidades no sea modificada por un tercero y esto se logra mediante la utilización de firmas digitales. Mediante una firma digital se codifican los mensajes a transferir, de forma que una función, denominada *hash*, calcula un resumen de dicho mensaje y se añade al mismo. La validación de la integridad del mensaje se realiza aplicándole al original la misma función y comparando el resultado con el resumen que se añadió al final del mismo, cuando se calculo por primera vez antes de enviarlo. Mantener la integridad es importante para verificar que durante la transferencia por la Red de la información entre el sitio emisor y receptor nadie no autorizado ha modificado el mensaje. Los servicios de *no-repudio* ofrecen una prueba al emisor de que la información fue entregada y una prueba al receptor del origen de la información recibida. Con este aspecto conseguimos que una vez que alguien ha mandado un mensaje no pueda renegar de él, es decir, no pueda negar que es el autor del mensaje. Es importante para el comercio electrónico, ya que garantiza la realización de las transacciones para las entidades participantes. Se aplica en ambos lados de la comunicación, tanto para no poder rechazar la autoría de un mensaje, como para negar su recepción. <<http://www.portaley.com/comercio/seguridad-be.shtml>> [Consulta: 1 marzo 2007].

el mismo tenga lugar. Pueden detectar los incidentes en muchos casos desde su origen: en el momento de registro del dominio a utilizar, en el lanzamiento del correo masivo por parte de quien pretende defraudar o desde que se activa un sitio web con la imagen de la entidad suplantada. Destaca también la creación de un sistema frente a los *spyware* que memorizan todo lo que se teclea enviando un reporte con esa información al defraudador (*keyloggers*). El sistema consiste en concreto en el llamado "teclado virtual" o "en pantalla" (*On-screen keyboard*) que es un programa que simula un teclado que se desplaza por la pantalla de forma que, mediante un ratón o un emulador de ratón, se puede escribir texto donde esté situado el punto de inserción o el texto resaltado¹⁷.

4. Posibilidades de subsunción de las conductas fraudulentas ejecutadas a través de internet en los modelos típicos de estafa y estafa informática contenidos en el Código penal y propuesta de *lege ferenda*

Tratamos de analizar a continuación si todas las conductas fraudulentas antes descritas y otras que pudieran plantearse en el ámbito Internet, pueden ser subsumidas en alguno de los modelos de estafa recogidos en el Código Penal, ya sea la estafa común (art. 248.1) o la llamada estafa informática (art. 248.2).

Los elementos caracterizadores del delito de *estafa común* son sobradamente conocidos por lo que nos limitamos a enunciarlos de modo escueto y atendiendo primordialmente a su configuración jurisprudencial. Así, el castigo penal por tal delito requiere la presencia de los siguientes: 1º Un *engaño precedente o concurrente* concebido, con criterio amplio, atendiendo a la ilimitada variedad de supuestos que la vida real ofrece. Dicho engaño ha de ser "bastante", es decir, suficiente y proporcional para la consecución de los fines propuestos. Se tendrán en cuenta para valorar el engaño tanto las condiciones subjetivas del sujeto pasivo, como las objetivas que concurren en el caso. La maniobra defraudatoria ha de revestir apariencia de realidad y seriedad suficientes para engañar a personas de mediana perspicacia y diligencia. La idoneidad abstracta se complementa con la suficiencia en el específico supuesto contemplado. Dicho engaño puede ser implícito, explícito, activo u omisivo. 2º Originación o producción de un *error esencial* en el sujeto pasivo desconocedor o con

17. <<http://www.aslan2.com/noticias/muestranoticia.asp?id=2248>> [Consulta: 1 marzo 2007].

conocimiento deformado e inexacto de la realidad, por causa del engaño, lo que le lleva a actuar bajo una falsa presuposición que parte de un motivo viciado y es causa de la subsiguiente disposición patrimonial. 3º *Acto de disposición patrimonial*: la lesión del bien jurídico tutelado, el daño patrimonial, será producto de una actuación directa del propio afectado, consecuencia del error experimentado y, en definitiva del engaño, acto de disposición que ha de ser entendido, genéricamente, como cualquier comportamiento de la persona inducida a error, que arrastre o conlleve de forma directa la producción de un daño patrimonial en sí misma o en un tercero, no siendo necesario que concurra en la misma persona la condición de engañado y de perjudicado. Es en definitiva toda acción u omisión que implique un desplazamiento patrimonial, ya sea en forma de entrega, cesión o prestación de la cosa, derecho o servicio de que se trate o mero movimiento contable. No es necesario, en todo caso, que la disposición se efectúe por quien tiene la facultad jurídica de llevarla a cabo. 4º *El perjuicio ("en perjuicio")* que se ocasiona como consecuencia de la transmisión patrimonial. El mismo puede afectar tanto a quien realiza la misma como a un tercero. El perjuicio típico habrá de ser tenido en cuenta para determinar la gravedad del delito. 5º *Ánimo de lucro*, como elemento subjetivo del injusto, entendido como propósito por parte del infractor de obtención de una ventaja patrimonial correlativa. 6º *Nexo causal* o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, ofreciéndose éste como resultado del primero. El engaño ha de motivar (producir) un error que induzca a realizar un acto de disposición que determine un perjuicio.

El criterio esencial para determinar en todo caso, y por tanto en los supuestos antes descritos, si es susceptible de aplicación el *delito de estafa común* pasará por comprobar si ha existido un *engaño (y consiguiente error) que sufre una persona física como consecuencia de la trama engañosa elaborada por otra*. Es por tanto requisito *sine qua non* una relación/interlocución entre al menos dos personas: la que engaña y el engañado.

Pues bien, en base a ese criterio, entre los supuestos antes descritos, son susceptibles de subsunción en la "estafa común" los fraudes cometidos en operaciones de **comercio electrónico**, tanto si el que defrauda es el comprador como el que oferta el producto. En el primer caso se produce la adquisición de un producto a través de internet por parte de un sujeto (el engañado) al que finalmente no se le envía o, aún enviándoselo, resulta ser defectuoso o distinto de lo pactado, aspecto

conocido y predispuesto por el vendedor (el que engaña). También, en principio, habrá estafa común en aquellos supuestos en que es el comprador el que elude, de algún modo, pagar al vendedor (el engañado) el precio pactado, quedándose sin embargo con el bien recibido.

También son susceptibles de ser castigados a través del delito de estafa común los supuestos de fraude cometidos a través de **phishing**; recordemos como en este caso, un sujeto (el que engaña) hace llegar un mensaje a las posibles víctimas, consiguiendo que algunas de ellas (engañadas) hagan constar datos o claves personales, que serán posteriormente utilizados por el defraudador para realizar una transferencia en favor propio o de un tercero.

La misma situación se plantea con los **mails fraudulentos** en los que el remitente (el que engaña) solicita de la víctima y esta ejecuta alguna actividad (disposición) que redundará en beneficio del primero y en perjuicio de sí misma (engañada). Surgen aquí, sin embargo, dudas sobre la efectiva presencia de la "disposición patrimonial", pues la misma no la realiza "el propio afectado", lo que hace conveniente relegar también este supuesto al tipo de la estafa informática.

En todos los casos expuestos -y al margen de la última excepción comentada- no existen mayores dificultades para su subsunción en el delito de estafa común recogido en el art. 248.1 al margen, claro está, de la necesaria presencia del resto de elementos típicos. Sin embargo, de entre las conductas antes descritas, existen otras cuya dinámica comisiva no encaja en esta modalidad típica, básicamente *por estar ausentes los elementos de engaño y error que debe sufrir la víctima como consecuencia de una trama fraudulenta*. En efecto, recordemos que no pueden ser castigadas a través del delito de estafa común todas aquellas conductas en las que falta un sujeto persona física *que sufre el engaño*. Son supuestos en los que sólo interviene el primer sujeto (el defraudador) sin que exista otro al que se dirija la maniobra engañosa. Aquí quedarán ubicados, de entre los supuestos antes planteados, los casos de fraudes a través de algunos tipos de **spyware**; recordemos que se trata de archivos que, una vez introducidos en el ordenador sin que la víctima sea consciente de ello, envían a través de la Red las claves de acceso a diferentes servicios informáticos y entre ellos las de banca *on-line*, con las cuales el defraudador puede realizar una disposición fraudulenta a su favor o en favor de un tercero. Lo mismo puede decirse de aquellos casos en los que el defraudador,

mediante el acceso al sistema, consigue hacer desaparecer o disminuir deudas propias o ajenas. Obsérvese que en tales supuestos (y en todos los que posibiliten la obtención de las claves de acceso sin intervención de su titular) no hay ningún mensaje dirigido a la víctima para que esta haga algo (no hay engaño ni error). Situación parecida se plantea en los fraudes cometidos a través de los *dialers*, que se instalan sin el conocimiento de la víctima, determinando conexiones telefónicas de alto coste que son posteriormente facturadas¹⁸.

Precisamente debido a la insuficiencia de la estafa común para resolver algunos supuestos en los que está ausente el engaño y error definitorios de este delito, el legislador de 1995 creó un nuevo modelo de estafa, la llamada *estafa informática*. La misma aparece configurada en el art. 248.2 CP con el siguiente tenor literal: "*También se consideran reos de estafa los que, con ánimo de lucro, y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante consigan la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero*".

Tal y como apuntamos, la previsión de esta nueva modalidad tiene **su razón de ser en la insuficiencia del modelo clásico de estafa** para hacer frente a los supuestos de manipulaciones informáticas, en los que *no están presentes ni el engaño ni el error* que, como es sabido, son elementos esenciales de la estafa común¹⁹; todo ello bajo la idea de que actuar sobre ordenadores o terminales no es una forma de engaño porque "a las máquinas no se les puede engañar"²⁰. El autor del delito no ha

18. Un supuesto de instalación de un *dialer* con conocimiento de la víctima, circunstancia que determinó en consecuencia la absolución de los imputados, lo encontramos en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Toledo de 22 de abril de 2003: "D. A.F.R.R. en el acto del juicio admite que fue su hijo quien se conectó a una línea erótica, desconociendo si llegó a aceptar alguna oferta de conexión a Internet, admite igualmente que cuando se conectaba a esa línea se lo advertía. (...) debe dictarse una sentencia absolutoria (...)". También absolutoria por las mismas razones es la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Valladolid de 24 de enero de 2005: "(...) No obstante su accionamiento no tenía efecto alguno, a no ser que, previamente, se hubiese marcado una casilla de verificación, situada inmediatamente debajo, cuya leyenda era: "Soy mayor de edad y acepto la tarifa de 0'91 euros/min + establecimiento llamada 0'09 euros + IVA 16%".

19. Vid., Romeo Casabona C. R., "Tendencias actuales sobre las formas de protección jurídica ante las nuevas tecnologías", en *Poder Judicial*, 2ª época, número 31, septiembre de 1993, pág. 180 y ss. Gutierrez Francés M. L., "Delincuencia económica e informática en el Nuevo Código Penal", en *Ámbito jurídico de las tecnologías de la información, Cuadernos de Derecho Judicial*, XI, 1996, pág. 247 y ss. La misma, en *Fraude informático y estafa: (aptitud del tipo de estafa en el derecho español ante las defraudaciones por medios informáticos)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991. González Rus J. J., "Protección penal de sistemas, elementos, datos, documentos y programas informáticos", en *RECPC*, 1-14, 1999, <> [Consulta: 1 marzo 2007]. Orts Berenguer E.-Roig Torres M., *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 62. Mata y Martín R., *Delincuencia informática y derecho penal*, Edisofer, Madrid, 2001, pág. 41.

20. Antes de la regulación penal de la estafa informática, la jurisprudencia intentó acomodar esas conductas a las figuras ya existentes; sin embargo dicha opción resultaba prácticamente inviable. Esta insuficiencia se puso de manifiesto por ejemplo en la STS de 19 de abril de 1991 (RJ 1991\2813), en la que se enjuició la conducta

utilizado ninguna treta ni artimaña para viciar la voluntad de la víctima, puesto que la acción empieza en el ordenador, pero no tiene a ninguna otra persona física como destinatario. Sin embargo, en los supuestos subsumibles en la estafa informática *sí existe el ánimo de lucro*, puesto que quien defrauda actúa guiado por ese afán de enriquecerse económicamente, y *el perjuicio a tercero*, ya que se produce un detrimento económico al patrimonio de otra persona. Esta idea puede verse claramente explicada en la STS de 21 de diciembre de 2004 (RJ 2004/8252): "*El tipo penal del art. 248.2 CP tiene la función de cubrir un ámbito al que no alcanzaba la definición de la estafa introducida en la reforma de 1983. La nueva figura tiene la finalidad de proteger el patrimonio contra acciones que no responden al esquema típico del art. 248.1 CP, pues no se dirigen contra un sujeto que pueda ser inducido a error. En efecto, los aparatos electrónicos no tienen errores como los exigidos por el tipo tradicional de la estafa, es decir, en el sentido de una representación falsa de la realidad. El aparato se comporta según el programa que lo gobierna y, en principio, sin error*". A ello añade la STS de 20 de noviembre de 2001 (RJ 2002\805) que "*el engaño, propio de la relación personal, es sustituido como medio comisivo defraudatorio por la manipulación informática o artificio semejante*".

Debe advertirse, sin embargo, que el tipo la estafa informática no nació en absoluto con objeto de resolver situaciones fraudulentas ejecutadas a través de internet, pues recuérdese que la introducción del tipo en el Código penal se produce en un momento en el que aún no se había producido un desarrollo significativo del uso de la Red en nuestro país. Realmente el principal objetivo perseguido con su tipificación era el de sancionar situaciones fraudulentas planteadas en entidades bancarias o terminales de pago (TPV) en las que algún empleado o tercero operando sobre las mismas, realiza transferencias a su favor o en favor de tercero. De hecho, en los años de vigencia del tipo de la llamada estafa informática, ésta ha sido utilizada fundamentalmente para castigar operaciones fraudulentas ejecutadas con tarjetas de crédito/débito en cajeros automáticos²¹. Hasta su introducción, este tipo de operaciones en la

de un empleado de banca que manipuló las cuentas corrientes de varios clientes a través del ordenador y se embolsó más de 3.000.000 ptas. (18.030 euros). El tribunal consideró -correctamente- que no había estafa, ya que no se produjo el engaño en las víctimas que les llevara al error necesario que, a su vez, determinara la realización de la disposición patrimonial a favor del autor del delito.

21. Si en vez de usar la tarjeta en el cajero, la misma se entrega a un tercero para efectuar un pago estaremos ante un *delito de estafa común*, pues se engaña, en cuanto a la identidad, a una persona (la que recibe la tarjeta); así, por ejemplo, STS de 8 de julio de 2002 (RJ 2002\8939) en la que los sujetos condenados habían copiado el contenido (datos codificados grabados electrónicamente) de las bandas magnéticas originales de varias tarjetas de crédito, con ocasión de ser utilizadas por sus legítimos propietarios en un determinado establecimiento comercial utilizando para ello un aparato grabador fabricado al efecto. Posteriormente fueron usadas en un

práctica eran penalmente sancionadas, de modo muy discutible, a través de la figura del robo con fuerza en las cosas por uso de llave falsa, en el que la tarjeta recibía tal consideración²².

Así, puede verse dicha transición en la explicación contenida en la Sentencia del Juzgado de Barcelona de 8 de mayo de 2003 (JUR 2003\87807): *"Pero es que además, a tales críticas expuestas por la doctrina más reciente y la jurisprudencia menor citada de los últimos años se añan los nuevos criterios y argumentos jurisprudenciales sentados a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20-11-01 (RJ 2002, 805) en referencia al uso ilícito de tarjetas de crédito o débito ajenas en Terminales Punto de Venta (TPV), en su consideración de tales acciones como subsumibles en la figura del artículo 248.2 del Código Penal, y que son perfectamente extrapolables al presente supuesto de acciones de obtención de dinero en metálico de cajeros automáticos mediante el uso ilícito de tarjetas de crédito o débito ajenas (...)". "(...) que no engaño propiamente dicho como operación vincular entre personas físicas pues no hay persona física engañada, también se exterioriza en la simulación o suposición de quien realiza el acto mercantil base de la operación de cargo es el titular de la tarjeta (...)".* La misma solución por ejemplo, en la STS de 20 de noviembre de 2001 (RJ 2002\805), en la SAP Navarra de 13 de mayo de 2002 (JUR 2002\178058), o en la más reciente SAP Baleares de 14 de abril de 2005 (JUR 2005\106316), entre otras.

Las sentencias citadas (referidas al uso ilícito de tarjetas en cajeros) subsumen tales conductas en el concepto de **"manipulación informática"** o incluso en algún caso en el de **"otro artificio semejante"**. Sin embargo, ninguna de ellas explica convenientemente donde está dicha manipulación o artificio²³. En puridad, a mi juicio, en tales casos no existe ninguna

comercio para pagar determinados bienes, siendo ahí donde aparece el engaño y error de la estafa común (entregada a una persona física que sufre el error respecto a la verdadera identidad de quien le presenta la tarjeta).

22. Aún, en contra de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, encontramos alguna sentencia que resuelve castigando como robo con fuerza en las cosas por uso de llave falsa: SAP Sevilla de 10 de marzo de 2004: *"la extracción de dinero de cajero automático mediante la tarjeta de crédito previamente sustraída a su legítimo titular constituye sin duda el delito de robo con fuerza en las cosas de los artículos 237, 238.4º, 239.3º y 240*

23. La STS de 20 de noviembre de 2001 (RJ 2002\805) si hace un intento, a mi juicio escasamente satisfactorio, de explicar la subsunción en el concepto "artificio semejante": *"Cuando la conducta que desapodera a otro del equipo, bien del programa, se incurre en la tipicidad del art. 248.2 del Código Penal. También cuando se emplea un artificio semejante. Una de las acepciones del término artificio hace que éste signifique artimaña, doblez, enredo o truco. La conducta de quien aparenta ser titular de una tarjeta de crédito cuya posesión detenta de forma ilegítima y actúa en connivencia con quien introduce los datos en una máquina posibilitando que ésta actúe mecánicamente está empleando un artificio para aparecer como su titular ante el terminal bancario a quien suministra los datos requeridos para la obtención de fondos de forma no consentida por el perjudicado".* Según Mata y Martín R. M., "Algunas consideraciones sobre informática y Derecho penal. El caso de la estafa informática",

manipulación de carácter informático (pues se introducen datos ciertos). Lo que, en mi opinión, realmente se presenta es una **utilización ilegítima** de las tarjetas y sus claves²⁴ (en el caso de uso de tarjetas en cajeros) y únicamente de sus claves (en el caso de fraudes cometidos a través de internet que determinan la sustracción de sus claves sin intervención consciente de su titular)²⁵.

Veamos a continuación si pueden ser subsumibles en dicho concepto (manipulación informática o artificio semejante) todos aquellos supuestos a los que ya nos referimos que no encajan en la estructura de la estafa común (engaño-error-disposición patrimonial-perjuicio). Recordemos que se trata de conductas en las que falta un sujeto persona física que sufre el engaño o al que se dirija la maniobra engañosa. Se incluirían en ese modelo los casos de fraudes a través de algunos tipos de *spyware* que envían a través de la Red las claves de acceso a diferentes servicios y también los fraudes cometidos a través de los *dialers* de conexión telefónica, que se instalan sin el conocimiento y consentimiento de la víctima, produciendo ambas un perjuicio económico.

Para ello es preciso determinar previamente que ha de entenderse por **manipulación informática o artificio semejante**. Pues bien, según el concepto más extendido derivado fundamentalmente de la interpretación jurisprudencial [STS de 20 de noviembre de 2001 (RJ 2002\805) y STS de 26 de junio de 2006 (RJ 2006\4925)] lo relevante será que la máquina, informática o mecánica, *actúe a impulsos de una actuación ilegítima que bien puede consistir en la alteración de los elementos físicos, de aquellos que permite su programación, o por la introducción de datos falsos.* "Alteración de elementos físicos y de programación" e "introducción de datos falsos" serán pues los elementos necesarios para poder afirmar la presencia de tal modalidad de conducta²⁶.

en *Documentos Penales y Criminológicos*, vol. 1, 2001, pág. 48, la manipulación informática determina una actuación sobre un sistema informático de manera que este altere el resultado al que habría de conducir el normal procesamiento automático de datos. La misma puede tener lugar en la elaboración del programa, en la configuración del mismo o, una vez elaborado, en los datos que se introducen en su ejecución.

24. Distintos son los casos en los que se produce una auténtica manipulación en la banda magnética en la tarjeta o en el propio cajero: por ejemplo, SAN de 10 de marzo de 2001 (JUR 2001\170088) referida a un supuesto de pagos con tarjetas de crédito, falsificadas mediante la introducción en su banda magnética de datos pertenecientes a un titular distinto.

25. El proyecto de reforma del código penal, actualmente en tramitación parlamentaria (Proyecto de Ley -121/000119- Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal) pretende resolver las dudas existentes al prever como una forma más de estafa el uso de tarjetas de crédito o débito o de sus datos obrantes en ellos para realizar operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero: *"Art. 248: (...) 2. También se consideran reos de estafa (...) c) Los que utilizando tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje, o los datos obrantes en ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero"*.

26. El resto de elementos típicos del delito de estafa informática no plantean especial dificultad; así, la misma

Pues bien el concepto de “manipulación informática o artificio semejante”, al menos así entendido, va a dificultar la subsunción en el tipo de los supuestos de **obtención y posterior uso de las claves a través de spyware u otro método que no implique la intervención de la víctima**²⁷. No parece claro dónde está la manipulación informática en tales supuestos, pareciendo más bien que se ha forzado el sentido de las palabras más allá de lo lícitamente admisible. No se trata de alteración de elementos físicos ni de programación ni introducción de datos falsos. Quien ha obtenido las claves (auténticas) y las utiliza desde su propio ordenador para realizar una transferencia a su favor o de un tercero (cambio de titularidad de los activos) a través de la Red no ha alterado elemento físico o de programación alguno.

Es cierto que en algún caso, el Tribunal Supremo se ha visto obligado a “simplificar” la definición de estafa informática para resolver un caso concreto en el que no eran útiles los conceptos descritos; así por ejemplo, la STS de 21 de diciembre de 2004 (RJ 2004/8252), según la cual para colmar la acción típica de la estafa informática será suficiente la presencia de dos requisitos: el primero, que el autor carezca de autorización para usar el medio informático y el segundo que produzca “efectos semejantes a la estafa común”²⁸ *Con ello consigue condenar por estafa*

exige que los autores “consigan la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial”, siendo suficiente para ello el cambio fáctico de adscripción del elemento patrimonial; vid. Pérez Manzano M., en *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, vol. II, Caura, Madrid, 1998, pág. 456. Considera J. A. Chodán Montalvo (“Fraude informático y estafa por computación”, *loc. cit.*, pág. 338) que la obtención de un servicio sin abono de su importe es equivalente a la transferencia de un activo patrimonial. La referencia a los *activos patrimoniales* tiene como clara finalidad precisamente englobar valores patrimoniales que no tienen correspondencia con un objeto material; vid. Mata y Martín R. M., “Algunas consideraciones sobre informática”, *op. cit.*, pág. 109. El precepto exige además otros dos requisitos de la estafa común (“con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero”), cuyo significado es sobradamente conocido.

27. Defiende, A. Galán Muñoz (*El fraude y la estafa mediante sistemas informáticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 559 y ss.) un concepto muy amplio de “manipulación informática” que permitiría subsumir en dicha figura cualquier conducta realizada mediante la utilización de sistemas informáticos idónea para conseguir una transferencia no consentida de activos patrimoniales; deja de este modo carente de todo contenido la segunda modalidad típica (“otro artificio semejante”).

28. STS de 21 de diciembre de 2004 (RJ 2004/8252): “De cualquier manera, el art. 268 CP no es aplicable al caso, dado que la acción, que la Audiencia debería haber subsumido correctamente en el núm. 2 del art. 248 CP, (...) fue realizada empleando instrumentos informáticos que se encontraban en el ámbito de dominio de éstos y que permitían, evidentemente, efectuar disposiciones sobre el patrimonio del mismo. Dado lo claramente justificado de la pena, el recurrente no ha impugnado la subsunción realizada por la Audiencia. Lo importante es, ante todo, la realización de las acciones constitutivas de un artificio semejante a una manipulación informática. En efecto, al texto del art. 248.2 CP considera aplicable la pena de la estafa cuando el autor se ha valido de “alguna manipulación informática” o de algún “artificio semejante”. La cuestión de cuáles son los artificios semejantes debe ser determinada por la aptitud del medio informático empleado para producir el daño patrimonial. En este sentido es equivalente, a los efectos del contenido de la ilicitud, que el autor modifique materialmente el programa informático indebidamente o que lo utilice sin la debida autorización o en forma contraria al deber. En el presente caso, por lo tanto, el recurrente carecía de autorización para utilizar el medio informático y, además, produjo efectos semejantes a la misma, sobre el patrimonio del Banco”.

informática el supuesto enjuiciado, referido a la manipulación por terceros del terminal de venta situado en un establecimiento comercial, realizando operaciones de abono en favor del defraudador. Sin embargo obsérvese que, como apuntamos, ni siquiera esa interpretación amplia podría determinar la condena por estafa informática en los supuestos descritos de uso de spyware y posterior utilización de las claves, pues el defraudador no carecerá de autorización para usar el medio informático en el momento de realizar la transferencia ilícita, ya que normalmente actuará (introduciendo las claves sustraídas) sobre un equipo propio de uso legítimo.

Idénticos problemas se suscitan con las nociones elaboradas por diversas Audiencias Provinciales; así, por ejemplo, de acuerdo con la SAP Málaga de 4 de noviembre de 2002 (JUR 2003/90990) “*el engaño, propio de la relación personal, es sustituido como medio comisivo defraudatorio por la manipulación informática o artificio semejante, en el que lo relevante es que la máquina, informática o mecánica, actúe a impulsos de una actuación ilegítima que bien puede consistir en la alteración de los elementos físicos, de aquellos que permite su programación, o por la introducción de datos falsos*”. Sin embargo, en el caso por nosotros planteado (introducción de claves auténticas inicialmente sustraídas) en ningún momento se alteran elementos físicos del sistema informático ni su programación, como tampoco se introducen datos falsos (se hacen constar, insistimos, las claves auténticas, a través de una suplantación del titular de las mismas).

Pero es que además, de un modo más contundente, no parece que sea posible mantener con un mínimo rigor que en el supuesto fraudulento antes enunciado referido a los *dialers* podamos estar ante alguna forma de “manipulación informática o artificio semejante”. Recordemos que son programas de marcado telefónico que se pueden autoinstalar sin conocimiento del sujeto y que establecen una conexión de acceso telefónico a redes mediante un número de tarificación adicional, lo que reporta un beneficio al titular de la línea telefónica. En este caso, ya ni siquiera nos queda el acto de suplantación de personalidad a donde reconducir (de modo muy discutible) la “manipulación”.

En ocasiones, las graves deficiencias de configuración en la estafa informática, y la consideración judicial de que la conducta examinada merece respuesta penal, han determinado incluso que el tribunal opte -insólitamente- por aplicar la estafa común, todo ello en neta contradicción con la teoría -ampliamente consolidada- según la cual, en tal supuesto no cabe apreciar la estafa común, pues *a las máquinas no se les puede*

engañar Por ejemplo, la SAP Navarra de 27 de febrero de 2004 (JUR 2004\112086) en la que se enjuicia un fraude consistente en la selección en un cajero de la opción de recarga de móviles, solicitándola por el importe determinado, estando el teléfono que se va a cargar sin nada de saldo y preparado un mensaje para enviar. El operador de Telefónica, autoriza la carga y, antes de que aparezca en la pantalla del cajero que la operación se deniega por falta de fondos, se envía el mensaje preparado, para hacer un gasto en el saldo ya cargado en el importe solicitado, por lo que al anular inmediatamente Telefónica la carga, esta anulación no se hace efectiva, al haber un saldo inferior por el mensaje enviado. Pues bien, la Audiencia excluye la aplicación del delito de estafa informática “por estar ausente la manipulación informática u otro artificio semejante”. Sin embargo, y de modo sorprendente acude a la estafa común, pese a que es evidente la ausencia de error y engaño en base al citado criterio del Tribunal Supremo: “Es por ello a juicio de la Sala, que si alguna duda pudiera haber respecto de la consideración de los hechos como una estafa “informática”, por la ausencia de acción manipuladora propia del menor, la concurrencia de todos los requisitos para la exigencia de responsabilidad penal por el delito de estafa genérica no puede ofrecer ninguna duda, pues se utiliza engaño, que genera un error en el sistema informático, desencadenante del acto de disposición”..

En realidad, los casos de utilización ilegítima de las claves en el ámbito internet (conseguidas a través de *spyware* u otro medio, sin que intervenga su titular) que permiten al sujeto hacerse con el patrimonio de la víctima poseen una dinámica comisiva compuesta por dos fases: **a)** La sustracción inmaterial de las claves. **b)** Su uso ilícito, suplantando la personalidad del verdadero titular (además de la transferencia patrimonial, beneficio y perjuicio).

a) La sustracción inicial de las claves (mediante *spyware* u otros medios) y antes de que se lleguen a utilizar sería un acto previo que no es relevante por sí solo desde el punto de vista penal patrimonial²⁹, siguiendo para ello el criterio establecido jurisprudencialmente en los casos de sustracción de las claves de una tarjeta para posteriormente ser utilizadas en un cajero o comercio. Así, por ejemplo SAP Sevilla de 10 de marzo de 2004 (JUR 2004\126830) referida a la extracción de dinero de cajero

29. El proyecto de reforma del código penal, actualmente en tramitación parlamentaria (Proyecto de Ley -121/000119- Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal), prevé la introducción de una modalidad delictiva que castiga ese tipo de conductas.

automático mediante la tarjeta de crédito, previamente sustraída a su legítimo titular con sus claves y en la que se determina que la sustracción por ese procedimiento de las claves (dígitos alfanuméricos) “no es reconducible a ningún delito patrimonial”. Si dicha conducta de sustracción de claves u otros elementos no determina finalmente un objetivo lesivo patrimonial debe, sin embargo, examinarse si la misma ha podido constituir autónomamente uno de los delitos contra la intimidad contenidos en el art. 197 y ss., con la dificultad -cuando no imposibilidad- de incluir ese tipo de datos en el concepto de intimidad personal.

b) El uso o utilización ilícita de las claves suplantando la personalidad del verdadero titular. Ya hemos visto que esta conducta no puede ser subsumida en la estafa común por la ausencia de engaño sobre un tercero. A la vez, comprobamos que su subsunción en los conceptos “manipulación informática” o “artificio semejante” resulta enormemente compleja, pudiendo constituir un auténtico fraude de etiquetas, pues no hay ninguna manipulación, no hay ninguna alteración. Lo que se produce es una suplantación respecto al verdadero titular, ya que el que introduce determinadas claves afirma con ese acto ser determinada persona, pues son claves personales que identifican únicamente al sujeto titular de las mismas. Se manipula la realidad a través de medios informáticos (son el mero canal de comunicación). No hay alteración alguna del sistema o software que lo soporta. Aunque dicha conducta, eventualmente, pudiera ser reconducida a formas falsarias, quedaría totalmente desprotegido el aspecto lesivo patrimonial.

Por todo ello, creemos que el modelo vigente de estafa informática debería ser sustituido por uno nuevo que pueda hacer frente sin tensiones a todos los supuestos analizados. El mismo se debe caracterizar por el castigo de **la ejecución, con ánimo de lucro, de operaciones informáticas no autorizadas perjudiciales para el patrimonio de otro**. El elemento nuclear y la clave de dicha propuesta es doble; en primer lugar, la ejecución de **operaciones** (y no manipulaciones) informáticas, expresión de carácter más genérico, que permite subsumir todos los casos expuestos y, en segundo lugar, la referencia a la **falta de autorización** que constituye el elemento clave definidor de este tipo de conductas, igual que lo es el engaño en la estafa común. Esa presencia de una operación informática no autorizada es lo que caracteriza también al supuesto comisivo basado en **dialers**, los cuales determinan una conexión a la Red (operación informática) no autorizada (en esas condiciones).

La dinámica comisiva propia de muchos de las conductas descritas, especialmente las ventas fraudulentas, presentan las características necesarias para la apreciación de la figura del delito continuado; la reiteración del fraude (pluralidad de hechos ontológicamente diferenciables), presencia de un dolo unitario, unidad de precepto penal violado, homogeneidad en el *modus operandi*, y, finalmente, que las diversas acciones se hayan desenvuelto en el mismo o aproximado entorno espacio-temporal.

5. Precusores: software necesario para cometer los fraudes

Con el ánimo de intensificar la protección, la reforma 15/2003 de modificación del Código Penal añadió un apartado 3 al artículo 248, quedando redactado como sigue: "*La misma pena* (nítida vulneración del principio de proporcionalidad) *se aplicará a los que fabricaren, introdujeran, poseyeren o facilitaren programas de ordenador específicamente destinados a la comisión de las estafas previstas en este artículo*"³⁰.

El objetivo de este precepto es por tanto anticipar la intervención penal a momentos previos a la realización efectiva del fraude. De este modo se castiga determinadas conductas ejecutadas sobre los precusores; esto es sobre aquellos elementos necesarios para cometer el fraude, que en este caso es básicamente el software usado para la estafa. Se trata en concreto de programas que facilitan o resultan imprescindibles para la comisión de las conductas fraudulentas analizadas. Es por ejemplo el caso de los *keyloggers*, que son aplicaciones que tienen como objetivo capturar las pulsaciones sobre el teclado. Las mismas pueden enviar información clave (*logins*, *passwords*, números de cuentas o de tarjetas de crédito, etc.) a quien pretende cometer el fraude. Otro ejemplo son los *sniffers*, que pueden ser utilizados para capturar los datos que son transmitidos en la red o los crackeadores de contraseñas, esto es programas que prueban diferentes *passwords*, uno tras otro, hasta dar con el correcto.

Las conductas típicas que recaen sobre los precusores son casi todas las imaginables, castigándose de este modo, no sólo al que los fabrique (programe), sino también a quienes los introdujeran o facilitaren,

³⁰. El proyecto de reforma del código penal, actualmente en tramitación parlamentaria (Proyecto de Ley - 121/000119- Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal), no se limita a extender la pena prevista para el delito de estafa, tal y como hace la redacción vigente, sino que directamente considera -de forma incomprensible- a sus autores reos de estafa: "Art. 248 (...) 2. También se consideran reos de estafa: (...) b) Los que fabricaren, introdujeran, poseyeren o facilitaren programas informáticos específicamente destinados a la comisión de las estafas previstas en este artículo".

e incluso a quienes meramente los poseyeran. En todo caso, cualquiera de estas conductas debe ir acompañada para su punición, además del ánimo de lucro del tipo básico, de un elemento subjetivo finalístico consistente en actuar con el ánimo de cometer la estafa, pues dicho requisito (*específicamente destinados a la comisión de las estafas*) debe entenderse referido conjuntamente tanto al tipo de software como a la intencionalidad del autor. Debe recordarse en tal sentido que muchos de los programas con potencialidad fraudulenta pueden tener también un uso lícito.

6. LA FUERZA VINCULANTE DEL PRECEDENTE JUDICIAL

Juan Igartua Salaverría
Universidad del País Vasco

SUMARIO

I. Introducción. II. Unas módicas estipulaciones. III. La disputada fuerza vinculante del precedente del TS. IV. ¿Juez "independiente" o juez "burócrata"? V. Una casación recontextualizada.

RESUMEN. Por un lado, se defiende el carácter vinculante del precedente judicial (vertical) como instrumento para asegurar el valor de la seguridad (y otros valores jurídicos). Pero por otro lado, la Constitución establece la independencia de los jueces "sometidos únicamente al imperio de la ley". En este trabajo, se propone una conciliación de ambas posturas, reconociendo fuerza vinculante 'incondicionada' a la ley y fuerza vinculante pero 'condicionada' al precedente.

Palabras clave: Precedente judicial, independencia judicial, seguridad jurídica, función de la casación.

I. Introducción

1. Todo el mundo sabe que la interpretación judicial, en cuanto inserta en un *métier* institucionalizado (MacCor- mick:215-216), está sujeta al seguimiento de determinados criterios interpretativos de variada progeñe (legislativa, jurisdiccional y doctrinal) que fungen distinta función según se empleen como instrumentos *heurísticos* (en lo que acostumbra a denominarse "interpretación-actividad") o como razones *justificativas* (de lo que se estila llamar "interpretación- producto"). Por descontado, no todos los criterios interpretativos vinculan igual (es decir: por la misma razón y

con la misma intensidad); de manera que a unos se los considera *obligatorios*, a otros *recomendables* y a unos terceros *aceptables* nada más. A la vista de ello, voy a preguntarme en exclusiva por la *fuerza* del precedente en tanto que criterio interpretativo¹, orillando por tanto otras indagaciones que pueden (y suelen) despertar los variados perfiles que atesora el “precedente judicial” (en la socorrida contraposición entre el *civil law* y el *common law*) y que van desde la historia del derecho hasta las distintas formas de razonamiento jurídico, pasando por la teoría de las fuentes del derecho y de la interpretación tanto de la ley como de la sentencia (cfr. Sartor:234-235).

2. Persigo, por tanto, un objetivo esquilmado pero, en contrapartida, dotado de un atractivo singular dado que, en nuestro país, concita actualmente un encendido debate al punto de que, en la última inauguración del Año Judicial, el Presidente del TS y del CGPJ consagró su discurso al tema de la “Jurisprudencia vinculante: una necesidad del Estado de Derecho”². Al respecto, menudean propuestas que, con cautela o sin ella y por una u otra razón, sugieren que “tal vez fuera conveniente articular medidas de vinculación de la jurisprudencia y transformar el deber de sujeción del juez a la ley en un *deber de sujeción del juez a la ley y a la jurisprudencia*” (Ezquiaga:51). Otros tantos autores sostienen una opinión más audaz y su defensa del precedente vinculante no se confina en una mera propuesta de *iure condendo* sino alcanza a una más ambiciosa proclama de *iure condito*. O sea, la vinculatoriedad del precedente sería una tesis abierta a dos lecturas: unos “dicen que la vinculación ya existe de modo que nada debe ser añadido, y algunos más afirman que esa falta de vigor actual pero que, a cambio, debería iniciarse una firme andadura en tal dirección” (Hernando:XXVII). Pero advierto que no voy a privarme del gusto de llevar la contraria a las opiniones dominantes.

Y para fijar el volumen de los desacuerdos que manifestaré ahora, voy a explorar sucintamente el resultado a que puede dar lugar la combinación de este par de asertos (es decir, los ya mencionados: “el precedente ya *es* vinculante” y “el precedente *debe ser* vinculante aunque aún no lo sea”) y sus correspondientes negaciones (esto es: “el

1. Este enfoque ha sido ya ensayado por Moral Soriano si bien siguiendo derroteros distintos de los míos y, por lo mismo, con resultados diferentes a los que aquí se pretende llegar.

2. No cabe duda de que el listado de estipulaciones podría y debería ser más largo y minucioso. A tal efecto, remito a Chiassoni (2004: *passim*).

precedente *no es* vinculante” y el “precedente *no debe ser* vinculante”). Obtendríamos cuatro combinaciones posibles: 1) el precedente *es* vinculante y *debe serlo*”; 2) el precedente *no es* vinculante pero *debe serlo*; 3) el precedente *es* vinculante pero *no debe serlo*; 4) el precedente *no es* vinculante y *no debe serlo*. Será esta cuarta postura la que aquí sufragaré (referida al aquí y ahora, se sobrentiende), pero tras establecer unas convenciones mínimamente indispensables (si bien no sobrarían algunas más³) en torno a tres polos: ¿qué *entiendo* por “precedente”? ¿proveniente de qué *tribuna*? ¿y de qué *tipo* de vinculación hablo?

II. Unas módicas estipulaciones

1. La primera de las estipulaciones concierne al significado de la palabra “precedente judicial”, aquejada de una vistosa ambigüedad que, para empezar, afecta al *objeto* que se pretende designar con ese término. Porque, aun siendo cierto que la palabra “precedente” evoca en este contexto un caso concreto que presenta similitudes con otro caso concreto y por tanto no se parte de una total indeterminación, sin embargo con esa locución podemos referirnos a tres cosas distintas (Chiassoni 2004:78).

En primer lugar, por “precedente judicial” puede entenderse una *sentencia* (o conjunto de sentencias) provenientes de un órgano judicial. En segundo lugar, el término “precedente judicial” puede utilizarse para denotar no una sentencia en su conjunto sino una parte de la misma, aquélla en donde se expresa la *decisión* del caso concreto.

En tercer lugar, la expresión “precedente judicial” se utiliza para designar no una sentencia entera sino una parte de la misma, pero, a diferencia del uso anterior, aquélla que contiene la *ratio decidendi* del caso.

Es de prevalente (si no de general) aceptación este tercer y último uso de la expresión “precedente judicial” que la identifica con la “*ratio decidendi*”; y es a lo que me voy a atener. Pero, aún así, vuelve a asomar la ambigüedad; pues por la “*ratio decidendi*” de una sentencia judicial se pueden entender, a su vez, tres cosas diferentes (Chiassoni, 2004:81-82).

3. Pej. queda pendiente si cabe o no separar la norma jurídica establecida de las razones que la sostienen y si tanto la primera como las segundas poseen o no fuerza vinculante (G. Sartor, “Il precedente giudiziale”, pp. 241-241).

Para empezar, la locución "ratio decidendi" puede designar la *norma jurídica general* (regla, principio, etc.) en base a la que se resuelve un caso.

Después, con la expresión "ratio decidendi" también puede nombrarse la *norma jurídica general contextualizada*; no sólo la norma en sí sino unida a los argumentos que la sustentan y la descripción del caso al cual se aplica.

Finalmente, el término "ratio decidendi" se refiere genéricamente a cualquier *elemento esencial de la argumentación* (sea o no una norma jurídica general o una norma jurídica general contextualizada) utilizada por el juez para motivar su decisión sobre el caso.

De estas tres acepciones de "ratio decidendi" es la segunda la que goza de más extendido uso, debido -pienso yo- a que las resoluciones judiciales se presentan por lo común como aplicaciones de normas jurídicas (con lo que decaería la acepción tercera), y además -al tratarse de precedentes- de aplicaciones de normas jurídicas a casos que guardan entre sí cierta similitud (lo cual implicaría -me parece- cierta contextualización de la norma jurídica a aplicar). En fin, sea de ello lo que fuere, ésta será la opción que ahora retendré (no olvidando que, aún así, dejo sueltos algo más que flecos⁴).

2. No está exenta de utilidad -¡al contrario!- una segunda convención que concierne a la clasificación institucional de los precedentes, atendiendo a la estructuración de los órganos judiciales en jerarquías funcionales (en las que un juez A es superior al juez B si el juez A es competente para decidir los recursos contra las resoluciones del juez B). A este respecto,

4. Tal vez induzca a cierta perplejidad la lectura del art. 493 LEC: "La sentencia que se dicte en los recursos en interés de la ley (...) se publicará en el BOE y, a partir de su inserción en él, complementará el ordenamiento jurídico, vinculando en tal concepto a todos los jueces y tribunales del orden jurisdiccional civil diferentes al Tribunal Supremo" (cursiva mía).

¿Qué significa el gerundio "vinculando"? En la "Exposición de Motivos" (XIV) de la LEC se dice: "En un sistema jurídico como el nuestro, en el que el precedente carece de fuerza vinculante -sólo atribuida a la ley y a las demás fuentes del Derecho objetivo-, no carece ni debe caracter de un relevante interés para todos la singularísima eficacia ejemplar de la doctrina ligada al precedente, no autoritario, pero sí dotado de singular autoridad jurídica". Y en el apartado XV de la misma "Exposición de Motivos" se añade: "Entre las sentencias que dicte el Tribunal Supremo en virtud de este instrumento (recurso en interés de ley) (...) no faltará una doctrina jurisprudencial que sirva de guía para la aplicación e interpretación de las normas procesales en términos de seguridad jurídica e igualdad, compatibles y armónicas con la libertad de enjuiciamiento propia de nuestro sistema y con la oportuna evolución de la jurisprudencia. En este punto, y para terminar lo relativo a los recursos extraordinarios, parece oportuno recordar que, precisamente en nuestro sistema jurídico, la jurisprudencia o el precedente goza de relevancia práctica por su autoridad y fuerza ejemplar. Esa autoridad, nacida de la calidad de la decisión, de su justificación y de la cuidadosa expresión de ésta (...) seguirá siendo la única atribuida, más allá del caso concreto, a las sentencias dictadas en casación" (cursivas mías).

B). A este respecto, se contabilizan las siguientes clases de "precedentes" (cfr. Taruffo, 1994).

Primero, el precedente *vertical*: que supone una relación jerárquica entre el tribunal del que emana el precedente y el tribunal que lo usufructúa y que, por eso mismo, tiene dos variantes: el precedente vertical *descendente* (si la fuente del precedente es un tribunal más alto) y el precedente vertical *ascendente* (si el precedente proviene de un tribunal inferior). Segundo, el precedente *horizontal*: cuando los dos tribunales en cuestión se sitúan en el mismo nivel de la organización judicial.

Tercero, el *autoprecedente*: si el precedente procede de una resolución anterior del mismo tribunal. Y engloba dos especies (Sartor: 251, 254): el autoprecedente en *sentido estricto* (si proviene de los mismos jueces o magistrados encargados de resolver el nuevo caso) y el autoprecedente del *órgano* (si no hay identidad personal entre los jueces o magistrados del mismo órgano en dos momentos diferentes o, también, si se trata de secciones distintas de un mismo órgano).

En lo que sigue, me centraré en el precedente vertical descendente y exclusivamente en el originado por el TS (dadas algunas funciones idiosincráticas de ese tribunal que inciden perpendicularmente en el valor de los precedentes que provienen de él).

3. Dicho lo cual, parece obligada una tercera (y última) convención respecto a la relevancia y a la fuerza vinculante del precedente. Todos sabemos que, de ordinario, los tribunales inferiores -en previsión de ulteriores recursos- no sólo se acomodan a los precedentes emanados de tribunales superiores sino incluso los citan (y más si su origen es el TS). Igualmente, a cualquiera le consta que los tribunales tienen a gala (por lo que implica de igualdad en la aplicación de la ley) remontarse a sus propios precedentes, lo cual genera además una persuasividad adicional.

Ahora bien, ¿de qué naturaleza es esa *relevancia*? De cualquiera de estos dos tipos o de ambos (cfr. Chiassoni, 2000: 11-12): puede ser una *relevancia formal* (o *de iure*) si la influencia que el precedente ha de tener depende de reglas jurídicas (escritas o no escritas); y se trataría de una *relevancia empírica* (o *de facto*) si la influencia del precedente obedece a otros factores (y nada obsta -más bien al contrario- a que este segundo

tipo de relevancia se sume al primero).

La discusión suscitada actualmente en nuestro país se concentra en la "relevancia formal" del precedente (del TS); o, dicho con palabras usuales, en si el precedente del TS es o no jurídicamente *vinculante*. Sin embargo, el debate corre el riesgo de embarullarse si el dilema se presenta -y así se estila, por desgracia- como una radical opción entre un "sí" y un "no", sin reparar en que la vinculación jurídica de los precedentes - como enseña el derecho comparado (Taruffo, 1996:59-62)- admite distintas intensidades. Por eso se hace inexcusable que la cuestión relativa al carácter vinculante del precedente se acompañe de otra que sirva para especificar de qué fuerza vinculante se está hablando. Para mis propósitos, no es necesario esmerarse en una minuciosa graduación de la distinta fuerza vinculante con que, aquí o allí, puede estar dotado el precedente (escala que contaría con no menos de siete peldaños -Chiassoni, 2004:97-100-). Contentémonos, porque no nos hace falta más, con esta tríada (cfr. Chiassoni, 2000:12-15): a) precedentes meramente *persuasivos* (los jueces están obligados a mencionar los precedentes-si los hubiere- pero precedentes *prejuzgantes* (los jueces, además de mencionar los precedentes si los hubiere, están obligados a seguirlos a menos de que aduzcan "buenas", o "serias", o "graves" razones para distanciarse de ellos); c) precedentes *incondicionalmente vinculantes* (los jueces deben mencionar los precedentes pertinentes -si existen- y encima tienen obligación de sujetarse a ellos pese a que haya "buenas", o "serias", o "graves" razones para dejarlos de lado).

Entonces, yendo al grano, la pregunta que nos acucia es: ¿tiene fuerza incondicionadamente vinculante para los tribunales inferiores un precedente del TS?

III. La disputada fuerza vinculante del precedente del TS

Como los desacuerdos al respecto se cimentan en preceptos ubicados tanto en la ley ordinaria como en la Constitución, convendrá ir por partes.

1. El nivel de la legislación ordinaria.- Limitándome a lo nuclear, la disputa se ha nutrido de la tensión entre dos disposiciones de problemática conciliación. Por un lado, está el art. 1 del Código civil que establece las fuentes del ordenamiento jurídico y cuya nómina no inclu-

ye la "jurisprudencia" (expresamente relegada al subordinado menester de "complementar" el ordenamiento), lo cual ha propiciado el siguiente razonamiento: si la jurisprudencia del TS no es fuente del ordenamiento jurídico, entonces carece de fuerza vinculante. Pero a conclusión opuesta se llegó invocando el art. 1692,5º de la precedente LEC (que facultaba el recurso de casación fundándolo en "infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia") y del que se infirió que la jurisprudencia tenía valor normativo pues sólo en tal tesitura cabe hablar de "infracción" (De Otto:296-298). Cae de su peso que, al día de hoy, la controversia debería proponerse en otros términos ya que la nueva LEC, en su art. 477.1, estatuye como "motivo único" para fundar el recurso de casación "la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso". Léase bien: "infracción de normas", no de normas y de jurisprudencia o precedentes. Parece sintomática la desaparición de toda referencia, directa o indirecta, a la jurisprudencia.

No obstante, suele argüirse que la infracción de la "jurisprudencia" se reintroduce mediante la inclusión -en el art. 477.3 LEC- de la figura del "interés casacional" (cuya definición arranca así: "Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo..."). A lo cual se replica que "el 'interés casacional' por vulneración de la doctrina del Tribunal Supremo(...), posibilita la *admisión* de la impugnación, no la *casación* de la sentencia (...)", es decir: "la oposición de la sentencia a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sólo condiciona la *admisión* del recurso, no su *acogida*, que siempre exige la infracción de una norma" (Moron:3-4). Y eso mismo valdría -si no me equivoco- en los recursos por "interés de ley" y para la "unificación de la doctrina"⁵. Lo cual implicaría que la contradicción con la doctrina o con el precedente del TS es, en rigor, una *condición de acceso* al recurso de casación y no un *motivo* del mismo (Molins:2). Y de ahí se sigue que el TS, mientras debe casar forzosamente la sentencia recurrida si aprecia en ésta una infracción de la norma aplicable, cuando en cambio detecta un contraste entre la sentencia impugnada y el precedente tiene ante sí dos opciones: o acoger el curso anulando la sentencia recurrida o imprimir un *revirement* a su propio precedente.

Visto lo que hay, creo que las innovaciones introducidas por la LEC vigente permiten concluir que los precedentes del TS no vinculan

5. Sigo a Guastini: 95-98.

a la manera de las normas legales. Ahora bien, alguna eficacia debe otorgárseles a los precedentes (hasta la propia LEC lo hace). Entonces, resta por saber si, no obstante o además de lo visto, los precedentes poseen o no alguna fuerza vinculante y cuál es su eventual intensidad. Quizás el análisis de algunos artículos de la Constitución nos ayude a efectuar algunos descartes (sobre todo el que aquí interesa).

2. Creo que, aunque a menudo recitado, se ha tratado con escasa atención el art. 117.1 CE cuyo tenor es: "La justicia *emana del pueblo* y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, *independientes*, inamovibles, responsables y *sometidos únicamente al imperio de la ley*". El énfasis puesto en determinadas palabras del citado artículo anticipa el plan que pienso seguir.

El sometimiento del juez *únicamente* a la ley.- Tomar al pie de la letra la palabra "ley" no es una opción candorosa y que olvida el carácter ya obsoleto de aquella doctrina revolucionaria en la que "el derecho se entendía reducido a la ley del Cuerpo Legislativo", siendo así que "reducir el derecho a la ley parlamentaria cuando la propia Constitución reconoce otras normas significa hacer de éstas algo carente de toda eficacia, en cuanto el juez no estaría obligado a aplicarlas en ningún caso" (De Otto:300). Y aunque la propia CE -que en su art. 9.1 dice: "Los ciudadanos y los poderes públicos (el poder judicial es uno de ellos) están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico"-parezca avalar esa interpretación, me esforzaré en mostrar que el vocablo "ley" no responde, en el ámbito del art. 117.1, a un uso metonímico (la parte por el todo) del término "ley" (la ley por el Derecho), como si fuera una inercia de tiempos pretéritos.

a) Para empezar, el art. 117.1 CE -con su inicio: "La justicia *emana del pueblo...*"- entronca la jurisdicción en la soberanía popular. Y la locución "*imperio de la ley*" del citado artículo comparece también asociada a la "*voluntad popular*" en el Preámbulo de la CE (cuando en éste se proclama la voluntad de "consolidar un Estado de Derecho que asegure el *imperio de la ley* como *expresión de la voluntad popular*"). La CE instaura, por tanto, una estrecha conexión entre soberanía popular y función jurisdiccional (concretamente: una subordinación de ésta respecto de aquélla).

b) ¿De qué manera se subordina la función jurisdiccional a la

subordinación⁶: el primero consistiría en atribuir la función jurisdiccional a órganos elegidos a semejanza de los órganos legislativos; el segundo residiría en someter a los órganos jurisdiccionales a alguna forma de control político a cargo de los órganos legislativos; el tercero radicaría en subordinar estructuralmente la función jurisdiccional a la función legislativa, vinculando a los órganos jurisdiccionales a aplicar la ley. Y nuestra Constitución ha elegido esta tercera modalidad y, por tanto, el art. 117.1 subordina la función jurisdiccional a la función legislativa.

c) Llega el momento de preguntarnos, sin más demora, si el término "ley" del art. 117.1 CE ha de ser interpretado como "ley en sentido material" (sinónimo de "derecho objetivo") o como "ley en sentido formal" (incluyendo también los actos que poseen fuerza o valor de ley ordinaria)⁷. Para orientarnos en la elección, observemos que el art. 117.1 prescribe el *sometimiento* del juez al *imperio* de la ley. Según una comprensión incontrovertida de ambas palabras ("sometimiento" e "imperio")⁸, el juez estaría ante *un deber incondicionado de aplicar la ley*; lo cual entraña cuando menos que *en ningún caso* puede el juez *rehusar* aplicarla (*si suspender* la aplicación de la ley cuando surjan dudas sobre su constitucionalidad).

Efectuada esta puntualización, interesa saber si, cuando decimos que los jueces están incondicionadamente obligados a aplicar la ley, nos estamos refiriendo a cualquier fuente de "derecho objetivo" o a la "ley formal" (y actos normativos equiparados). Damos por descontado que los jueces están obligados a aplicar el derecho objetivo (sea cual fuere la fuente de la que provenga), pero: ¿están *incondicionadamente* vinculados a aplicar "todo" el derecho o pueden rechazar legítimamente la aplicación de una u otra de sus fuentes? Mientras que los jueces en ningún caso están autorizados a desaplicar la ley formal (y actos con fuerza de ley), sin embargo les es dado y obligado desaplicar p.ej. todo acto normativo de la Administración pública que contraste con la ley formal. Por tanto, incurre en una falacia quien intente ponernos contra la pared con este dilema: o el concepto de "ley" engloba todas las normas del ordenamiento o, de lo contrario, hay normas que el juez no estaría obligado a aplicarlas en *ningún caso*. Ahora bien, lo que distingue a la "ley" formal de las normas

6. Continuaré apegado, con pequeños retoques y añadidos, a Guastini: 104-108.

7. También Díez Picazo considera "significativo" que "el art. 117 no diga que los jueces están sometidos a la ley, sino al 'imperio' de la ley. Esta palabra que evoca una supremacía incontestable, no es utilizada con respecto a las normas infralegales. Sería simplemente ridículo hablar del 'imperio del reglamento'. La ley está dotada de imperio por- que, a diferencia de las otras fuentes del Derecho, es expresión de la voluntad popular; y eso, en democracia, dista de ser una característica trivial" (:402).

8. Que extraigo de Guastini:120-128.

infralegales es que la primera obliga -como se ha reiterado- incondicionadamente (*en todo caso*) y las segundas condicionadamente (es decir: *no en todo caso*, cosa bien diversa a *en ningún caso* -como en el dilema de I. De Otto-).

d) Y, por fin, ¿qué sentido habrá de atribuirse al adverbio “únicamente” (“sometidos únicamente al imperio de la ley”). Es una palabra que, en este entorno, tiene cuatro implicaciones⁹: *primera*, que el sometimiento sólo a la ley no excluye que los jueces se encuentren también sometidos a la Constitución; pues si la ley formal está subordinada a la Constitución, resulta obvio que el sometimiento a la ley conlleva *a fortiori* el sometimiento a la Constitución (y a normas de rango constitucional); *segunda*, que los jueces no están sometidos a la jurisprudencia del TS pues ésta no tiene carácter de interpretación auténtica, esto es: fuerza de ley; de suerte que sería inconstitucional una ley (ordinaria) que pretendiera introducir la regla de la jurisprudencia incondicionalmente vinculante; *tercera*, que los jueces no están incondicionadamente obligados a aplicar actos de la Administración pública, incluidos los reglamentos; y *cuarta*, que los jueces gozan de autonomía de juicio, de modo que no están sometidos a órdenes o directivas políticas de quien fuere acerca de cómo juzgar.

IV. ¿Juez “independiente” o juez “burócrata”?

La alusión del art. 117.1 CE (y reiterada en los arts. 124.1 y 127.2 de la misma) a jueces y magistrados “independientes” ofrece una nueva baza. No pocos han asimilado esa independencia a la independencia del aparato judicial frente a los otros poderes del Estado y, quizás por ello, se extrañan -como un colega nuestro- de que se diga “que el sometimiento del juez al precedente atentaría contra la independencia judicial”, añadiendo que “confieso que no sé cómo ha sido posible que se extienda semejante idea” (Lapor- ta:276). Pero si enlazamos la “independencia” del juez (es decir, de todos y de cada uno de ellos) con el sometimiento de éste “únicamente al imperio de la ley”, es claro que “este sometimiento incondicionado a la ley no admite intermediarios”, y “si la jurisprudencia tuviera fuerza vinculante en sentido fuerte, se interpondría entre el juez y la ley, vulnerando lo ordenado por el art. 117 de la Constitución”(Díez Pica- zo:403).

El nexo entre el sometimiento a la ley y la independencia judicial propicia una perspectiva para captar el trasfondo de los alegatos a favor

de disociar “juez independiente” y “juez no sometido a la jurisprudencia”; y que es, ni más ni menos, una concepción *burocrática* de la administración de justicia. Al menos, ésta es la visión que se defiende en esta réplica a “la objeción de que el juez no puede estar vinculado a la jurisprudencia porque con ello quedaría sometido al Tribunal Supremo y perdería su independencia”, y que dice:

“Tras esa argumentación se esconde una errónea concepción que ve en el juez cuya independencia se garantiza una persona física, y no el titular de una *función* en el interior de una *estructura* judicial. Si la independencia y sumisión a la ley se predicen del juez como persona la consecuencia, manifiestamente inquietante, es que el juez está vinculado a la ley tal como ésta resulte ser en su opinión (...). El que la función jurisdiccional se atribuya a una pluralidad de jueces no es en absoluto requisito o exigencia de la función misma, sino algo debido a razones puramente prácticas y cuyos *efectos perniciosos* sobre la seguridad jurídica, la igualdad y la unidad del derecho quieren corregirse mediante la organización en grados, que permite la revisión y unificación y de este modo aproxima el sistema de jurisdicción dispersa al *ideal del juez único*. Afirmar que la independencia del juez le desvincula de la jurisprudencia, de la doctrina del tribunal en que culmina esa organización, significaría *negar toda posibilidad de conducir a la unidad* la Justicia dispersa y convertir la *dispersión* misma en un valor, inutilizando la garantía que para el ciudadano supone la estructura en instancias o grados” (De Otto:300-301).

Con el “ideal del juez único” se aboga por un modelo de administración de justicia que encontró su expresión más cumplida en la ley napoleónica sobre el orden judicial, allá por el año 1810. Tal modelo (burocrático) se inspiró en la concurrencia de dos factores (cfr. Taruffo, 2000:359-361): uno, el de la desconfianza de los revolucionarios franceses hacia los jueces del Antiguo Régimen (que continuaban en ejercicio) y la necesidad de evitar fenómenos de independencia o -como en el pasado- de conflicto con el poder central (lo que empujó a montar un sistema que asegurara el control de los jueces por el poder político); el otro (que ha gozado de larga e intensa influencia en los sistemas de la Europa continental) era la tendencia a concebir el *status* del juez a semejanza del funcionario estatal y la organización judicial según el esquema de la organización administrativa (en pos de una eficiencia en la administración justicia). En una burocracia jerárquicamente estructurada, el poder desciende

de arriba abajo según la regla de que el poder del órgano superior engloba el del órgano inferior y por tanto lo controla íntegramente. Precisamente, es la sumisión del juez a la jurisprudencia del TS lo que faltaría, entre nosotros, para la "restauración del viejo modelo burocrático, que aseguraría la correspondencia de cada resolución a los criterios, siempre más fiables, *del superior*" y, de paso, para colmar "la irresponsable añoranza, como factor de certeza, de cierto tipo de vinculación al precedente judicial, sólo posible al precio de la independencia del juez" (Andrés Ibáñez:25). Porque para implantar el invento napoleónico, ya contamos con una forma políticamente condicionada de acceso a la condición de magistrado del TS (es decir: mediante la selección a cargo de un CGPJ que reproduce, tanto en su composición como en su funcionamiento, "la dinámica de enfrentamiento entre partidos" - Hernández García:5-), y, de ese modo, la interna organización judicial jerárquica y piramidal es el más potente vehículo "de sintonía entre la magistratura y el sistema de poder político y económico", por la sencilla razón de que a éste le resulta "más fácil condicionar desde el exterior a un vértice (o un sistema de vértices) que no a un poder difuso" (Pepino, 2002:140).

La propensión, de inconfundible pedigrí jacobino, a equiparar la organización judicial con la de las Administraciones públicas (en las que, merced al principio de "jerarquía", la existencia de una pluralidad de órganos no empece a las manifestaciones de una voluntad unitaria hacia el exterior), olvida que el Poder Judicial es, por el contrario, "una organización policéntrica y descentralizada: todos y cada uno de los órganos judiciales encarna, por sí solo, el Poder Judicial. Esta es la razón por la que la función de juzgar es 'personalizada': los jueces, lejos de ser intercambiables han de estar predeterminados por la ley" (Díez Picazo:407-408) (requisito que p.ej. no afecta a los fiscales). En otras palabras: "Mientras el funcionario actúa de acuerdo con el principio de jerarquía (art. 103.1 CE), el juez al aplicar la ley no tiene superiores; ejercitando la potestad jurisdiccional no hay ni superior ni inferior, no hay jerarquía; cada juez o tribunal tiene su competencia y dentro de ella ejercita la potestad sólo vinculado a la ley" (Montero Aroca:103).

V. Una casación recontextualizada

¿Cuál es la contrapartida de todo ello? ¿acaso despojar al TS, en cuanto tribunal de casación, de su idiosincrática función, la nomofilaxis, y "negando toda posibilidad de conducir a la unidad la justicia dispersa"?

¿tal vez "convertir la dispersión misma en un valor" renunciando a la certeza jurídica? Ni lo uno ni lo otro.

El funcionamiento de la casación se basa en dos presupuestos, afectados ambos por la relatividad histórica: el uno, referente a la *ley*; el otro, concerniente a la *relación* entre el juez y la ley (Borrè, 1996:161). Dos asuntos curiosamente soslayados o -a lo sumo- despachados con alarmante celeridad por la mayoría de quienes abogan a favor de la sujeción del juez a los precedentes del TS. Conocido es el viejo mito positivista de la ley "simple y clara" cuyo significado es una realidad dada, cristalizada y formalmente definida; de manera que el juez se convierte en "boca" de aquélla limitándose a *leerla* (o a *descubrirla*, mediante una interpretación meramente recognitiva). Pues bien, de acuerdo con estas premisas, el Tribunal de casación no fue instituido para crear una regla que prescribiera una aplicación uniforme de la ley (esto sería una consecuencia) sino para "controlar su aplicación comparándola con un standard que no es la voluntad del tribunal supremo sino la ley misma: una ley cuyo significado sería cognoscible sin que sea necesaria interpretarla" (Troper:71) y si -como tuvo que admitirse más tarde- fuera necesario interpretarla, dada la presuposición objetivamente dado y que corresponde a la casación descubrirlo, entonces "es este significado el que debe repetirse de modo uniforme en todos los casos en los que aquella norma encuentra aplicación" (Taruffo, 1991:70-71). O sea, lo que debería ser *uniforme* es la *interpretación verdadera* de la ley, no otra cosa. Eso explica que, en la visión tradicional del positivismo, el interés por el precedente se reduzca a bien poco, pues no tiene más valor que el de ejemplificar e ilustrar la voluntad de la ley, entendida como una voluntad enteramente formada en el momento en que se emana la ley misma (Marinelli:875).

Sin embargo, hoy nos movemos en otras coordenadas culturales y epistemológicas. Curados de la ingenuidad que profesaba el pensamiento ilustrado en lo tocante a la ley como objeto de lectura pasiva, la actualidad enfrenta al juez con inéditos problemas en la jerarquía de las fuentes, con la fragmentación de textos legislativos, con la sobreabundancia y mala técnica en la redacción de las leyes, con leyes que no son fruto de una sociedad homogénea y por tanto traspasan a los tribunales incertidumbres no resueltas en sede parlamentaria, con leyes que por incongruencia con la Constitución demandan su adecuación a ésta, etcétera (Borrè, 1996:161-162). Y nada remedia la imagen del juez como "boca de la Constitución"

(no "boca de la ley", como antaño), pues el texto constitucional, en cuanto resultado de un pacto, aparece plagado de tensiones y claroscuros en los que el intérprete se ve constreñido a penetrar de una forma que, lejos de ser contemplativa, entraña una actividad de balance, de sutil sopesamiento de los valores en juego que la misma Constitución pluralistamente expresa (Borrè, 2001a:262). Así se hace insostenible la clásica teoría de la interpretación (el formalismo interpretativo) porque no nos hallamos ante un significado preformado, "objetivo", de la ley que al juez corresponde "declarar" nada más. La interpretación ostenta inevitables perfiles valorativos por ser una "elección" entre opciones posibles (en atención al texto, al sistema en el que la norma se inserta y al contexto social en el que funciona). Y elegir supone "privilegiar" unos u otros elementos de valoración. Eso "es una constante de toda actividad interpretativa, como demuestra la modificación de las orientaciones de la misma Casación, en teoría garante de la nomofilaxis" (Pepino, 2001:30-31). Por tanto, carece de sentido decir que la interpretación determina el significado "verdadero" de la ley; como mucho, puede determinar un significado en base a criterios aceptables pero de ningún modo absolutos (porque éstos no existen). Entonces, ¿qué legitimidad ostenta la Casación para imponer a los tribunales inferiores una precisa interpretación? ¿quizás porque *manda más*; en cuyo caso se trataría de una legitimación de la autoridad en estado puro (que no merece ni ser discutida)? ¿O, tal vez, porque *sabe más*, presuponiendo el acierto de las sentencias dictadas por magistrados de la mayor profesionalidad? Pues tampoco: el acierto y la profesionalidad operan en planos distintos y bien puede faltar el primero aun en presencia de la segunda (Romeo:608).

Pero, pese a lo dicho, la existencia de la Casación no se debate necesariamente entre los dos cuernos de este dilema: o sigue aferrada a esquemas ya obsoletos o debe ser abolida. Cabe una tercera salida: redefinir la Casación (manteniendo los valores positivos que ésta ha perseguido) pero sobre bases teóricamente correctas e ideológicamente aceptables. A eso voy.

Dejando sentado que "interpretar" consiste en atribuir uno de los significados posibles a un texto legal y que un significado es "posible" si se apoya en criterios de interpretación aceptados, hay que dar un paso más: si bien no existen criterios absolutos, unos suelen ser comparativamente mejores que otros; de forma que la interpretación "correcta" sería (provisionalmente) la que se sustenta en los criterios que (en un momen-

to dado) se tienen por mejores. O sea: el resultado de una interpretación no es correcto de por sí, sino en función de las "razones" que lo justifican (Taruffo, 1991:89-90). Ahora bien, la función nomofiláctica, aun privada de sus tradicionales sostenes, no pierde su razón de ser incluso en este nuevo contexto "aunque más ardua a practicarse, porque no está socorrida por lógicas autorreferenciales y por el principio de autoridad, sino confiada a las propias "buenas razones" (Borrè, 1996:161); esto es, debe "hacer revivir en clave de racionalidad y buen gobierno" la unidad de la jurisprudencia (Borrè, 1996:159). De este modo, la nomofilaxis (y su corolario de la unificación de la jurisprudencia) no significará la elaboración de una doctrina en sede central y padecida en la periferia, sino "un 'hacerse', un procedimiento que tiende a la unidad pero afrontando la diversidad, no percibida ya como negatividad a remover sino como un momento fisiológico del recorrido a realizar" (Borrè, 2001b:200-201). La interpretación uniforme *no se impone* autoritariamente, *se consigue* dialógicamente; y no con carácter *definitivo* sino *hasta la próxima* (en que cualquier juez o tribunal -incluso el mismo TS- alumbra una nueva interpretación con mejores credenciales). Para concluir: ¿cuál sería entonces la fuerza vinculante de los precedentes del TS? La nomofilaxis y la unidad jurisprudencial (con sus valores anejos: universalizabilidad, seguridad, justicia formal, etc.) no bloquean las nuevas soluciones sino establecen una "regla de juego" imponiendo a quien se distancie del precedente del TS la carga de argumentar las innovaciones (en la línea de Alexy o de Kriele), pero también -y en reciprocidad- obligando al TS a reexaminar críticamente su propia doctrina para ver si la diformidad tiene o no razón de ser y, de seguido, anular la sentencia impugnada si procede o cambiar de jurisprudencia, pero motivando tanto una cosa como la otra. De cualquier modo, nada que ver con la extremosa tesis de -entre otros- alguno de nosotros defendiendo "el carácter vinculante de su doctrina (del TS) y la eventual posibilidad de *prevaricar* al ignorarla a sabiendas o por ignorancia inexcusable" (Laporta:273); tesis que -por si aún faltara algo- ata inexorablemente al mismo TS a sus propios precedentes; porque ¿cómo podría permitirse el TS aquello que para el resto de jueces y tribunales supone *prevaricar*? (cfr. Chiarloni:626-628).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., "Democracia con jueces", en Malem, J.-Orozco, J.-Vázquez, R., *La función judicial. Ética y democracia*, Gedisa, Barcelona, 2003.
- BORRÈ, G., "La Corte di cassazione oggi", en Besone, M., *Diritto giurisprudenziale*, Giappichelli, Turín, 1996.
- "Md e Questione giustizia. I compiti che ci aspettano", en Pepino, L., *L'eresia di Magistratura democratica. Viaggio negli scritti di Giuseppe Borrè*, Franco Angeli, Milán, 2001.
- "Il giudizio di cassazione nel sistema delle impugnazioni: un primo tentativo di sintesi", en Pepino, L., *L'eresia di Magistratura democratica. Viaggio negli scritti di Giuseppe Borrè*, Franco Angeli, Milán, 2001.
- CHIARLONI, S., "Un mito rivisitato: note comparative sull'autorità del precedente giurisprudenziale", *Rivista di diritto processuale*, 2001, nº 1.
- CHIASSONI, P., "Il fascino discreto della Common Law. Appunti sulla rilevanza dei precedenti giudiziali", en Besone, M.-Silvestri, E.-Taruffo, M., *I metodi della giustizia civile*, Cedam, Padua, 2000.
- "Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto", *Analisi e diritto*, 2004.
- DE OTTO, I., *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 6ª reimp., Ariel, Barcelona, 1998.
- DÍEZ PICAZO, L. M., "Reflexiones sobre el concepto y el valor de la jurisprudencia en el derecho español", en Trillo, R.-Bacigalupo, E.-Lucas, P., *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional*, CGPJ, Madrid, 2004.
- EZQUIAGA GANUZAS, F. J., "Función legislativa y función judicial: la sujeción del juez a la ley", en Malem, J.-Orozco, J.-Vázquez, R., *La función judicial. Ética y democracia*, Gedisa, Barcelona, 2003.
- GUASTINI, R., *Il giudice e la legge*, Giappichelli, Turín, 1995.
- HERNÁNDEZ GARCÍA, J., "Una reforma necesaria pero insuficiente", *Jueces para la Democracia*, 2005, nº 52.
- HERNANDO SANTIAGO, F. J., *Jurisprudencia vinculante: una necesidad del Estado de Derecho* (Discurso leído en el acto inaugural del Año Judicial el 13 de septiembre de 2005), Tribunal Supremo,

Madrid, 2005.

LAPORTA, F., "Vindicación del precedente judicial en España", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1997, nº 1.

MACCORMICK, N., "Argumentation et interprétation en droit", en Amselek, P. (dir.), *Interprétation et droit*, Bruylant, Bruselas, 1995.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E. (1989): "Limits of Logic and Legal Reasoning", en Martino, A.A. (ed.): *Preproceedings of the III International Conference on Logica, Informatica, Diritto*, vol. II, Firenze; citado por la versión castellana: "Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico", en Alchourrón, C. y Bulygin, E.: *Análisis lógico y derecho*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1991.
- ALMAGRO NOSETE, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V. (1992): *Derecho procesal*, Vol. I y II, Tirant lo Blanch, Valencia.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (1992): "Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal", en *Doxa*, nº 12.
 - (1998): "«Carpintería» de la sentencia penal (en material de «hechos»)", en *Poder judicial*, nº 49.
 - (2002): "Sobre prueba y proceso penal", en *Discusiones*, nº 3.
- ARAZI, R. (1986): *La prueba en el proceso civil. Teoría y práctica*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires.
- BENTHAM, J. (1823): *Tratado de las pruebas judiciales*, EJEJA, [tr. de Ossorio, M.] Buenos Aires.
- BONNIER, E. (1869): *Tratado teórico-práctico de las pruebas en derecho civil y penal*, vol. I, Revista de Legislación, Madrid.
- BULOW (1899): *Das Geständnisrecht*, Friburgo (citado a través de Serra Domínguez, 1962).
- CABAÑAS, J.C. (1992): *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil. Estudio dogmático y jurisprudencial*, Trivium, Madrid.
- CARNELUTTI, F. (1947): *La prova civile*, 2ª ed., Edizioni dell'Ateneo, Roma.
- CARRARA, F. (1944): *Programa del curso de Derecho criminal*, Parte general, vol. II, [trad. Soler, S., Gavier, E.R. y Núñez, R.C.], Depalma, Buenos Aires.
- CELANO, B. (1995): "Judicial Decision and Truth. Some Remarks", en Gianformaggio, L. y Paulson, S. (eds.): *Cognition and Interpretation of Law*, Torino.
- CIECELAK, M. (1955): *Zagadnienia dowodowe w processe karnym*, Warszawa, PWN (citado a través de Wróblewski, 1992).
- CHIARLONI, S. (1987): "Processo civile e verità", en *Questione giustizia*, nº 3.
- COHEN, L.J. (1989): "Belief and Acceptance", en *Mind*, vol. XCVIII, nº 391.
 - (1992): *Belief and Acceptance*, Oxford University Press, Oxford.

- DAMA•KA, M. (1978): "The Death of Legal Torture", en *Yale Law Journal*, nº 87.
- (1986): *The Faces of Justice and State Authority: A comparative approach to the legal process*, Yale University Press, New Haven-London.
- DE SANTO, V. (1991): *Diccionario de derecho procesal*, Editorial Universidad, Buenos Aires.
- DEVIS ECHANDÍA, H. (1981): *Teoría general de la prueba judicial*, T. I, 5ª ed., Víctor P. de Zavallia editor, Buenos Aires.
- FERRAJOLI, L. (1989): *Diritto e ragione. Teoría del garantismo penale*, Laterza, 5ª ed., Roma, 1998.
- FERRER, J. (2002): *Prueba y verdad en el derecho*, Marcial Pons, Madrid.
- FERRUJA, P. (1992): *Studi sul processo penale*, Giappichelli, Torino.
- GASCÓN, M. (1999): *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid.
- GIULIANI, A. (1988): "Prova (filosofía)", en *Enciclopedia del diritto*, Milano.
- GONNER, N. TH. (1804): *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, T. II, 2ª ed., Erlangen. Citado a través de Cabañas, 1992.
- HAZARD, G. C. y TARUFFO, M. (1993): *La giustizia civile negli Stati Uniti*, Il Mulino, Bologna.
- IGARTUA, J. (1998): "La prueba de los hechos", en Barrère, Mª A., Campos, A., Ezquiaga, F.J. e Igartua, J.: *Lecciones de teoría del derecho*, Tirant lo blanch, Valencia.
- JIMÉNEZ ASEÑO, E. (s.f.): *Derecho procesal penal*, vol. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.
- LIEBMAN, E.T. (1980): *Manual de derecho procesal civil*, [trad. Sentís Melendo, S.], EJEJA, Buenos Aires.
- LEVY-BRUHL, H. (1964): *La preuve judiciaire. Étude de sociologie juridique*, Librairie Marcel Rivière et Cie., Paris.
- LOMBARDO, L.G. (1993): "Ricerca della verità e nuovo processo penale", en *Cassazione penale*.
- MIRANDA ESTRAMPES, M. (1997): *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Bosch, Barcelona.
- MONTERO AROCA, J. (1995): "La cosa juzgada: conceptos generales", en *Cuadernos de Derecho judicial. Efectos jurídicos del proceso (cosa juzgada. Costas e intereses. Impugnaciones y jura de cuentas)*, Consejo General de Poder Judicial, Madrid.
- (2000): "Nociones generales sobre la prueba. Entre el mito y la realidad", en *Cuadernos de Derecho judicial. La Prueba*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.
- (2001): *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*.

- Los poderes del juez y la oralidad*, Tirant lo blanch, Valencia.
- MUÑOZ CONDE, F. (1999): *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Servicio editorial de la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla.
- NIETO, A. (2000): *El arbitrio judicial*, Ariel, Barcelona.
- PICÓ i JUNOY, J. (1996): *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Bosch, Barcelona.
- POSNER, R.A. (1990): *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.).
- QUINTANO RIPOLLÉS, A. (1960): "Problemas de la prueba en el proceso penal", en *Revista Jurídica de Cataluña*.
- RESCHER, N. y JOYNT, C.B. (1959): "Evidence in History and in the Law", en *The Journal of Philosophy*, vol. LVI, nº 13.
- SENTÍS MELENDO, S. (1979): *La prueba*, EJEJA, Buenos Aires.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M. (1962): "Contribución al estudio de la prueba", en *Revista jurídica de Cataluña*; citado por la edición incluida en Id., *Estudios de derecho procesal*, Ariel, Barcelona, 1969.
- SUMMERS, R.S. (2000): "Formal Legal Truth and Substantive Truth in Judicial Fact-Finding", en Id.: *Essays in Legal Theory*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht-London-Boston.
- TAPIA, I (2000): *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, La Ley, Madrid.
- TARSKI, A. (1931): "The Concept of Truth in Formalized Languages", ahora en Id.: *Logic, Semantics, Metamathematics*, [trad. Woodger, J.H.], Hackett Publishing Company, Indianapolis, 1983.
- TARUFFO, M. (1975): *La motivazione della sentenza civile*, CEDAM, Padova.
- (1984): "Il diritto alla prova nel processo civile", en *Rivista di diritto processuale*, vol. I.
- (1992): *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè, Milano.
- UBERTIS, G. (1995): *La prova penale. Profili giuridici de epistemologici*, Utet Libreria, Torino.
- ULLMANN-MARGALIT, E. y MARGALIT, A. (1992): "Holding True and Holding as True", en *Synthese*, nº 92.
- URBANO CASTRILLO, E. y TORRES MORATO, M.A. (2000): *La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial*, Aranzadi, 2ª ed., Madrid.
- VAN FRAASSEN, B.C. (1980): *The Scientific Image*, Oxford University Press, Oxford; citado por la versión castellana: *La imagen científica*, Paidós-UNAM, México D.F., 1996.
- VERDE, G. (1990): "Prova legale e formalismo", en *Foro italiano*, V.
- VON CANSTEIN (1880): "Die Grundlagen des Beweisrecht", en *Zeitschrift*

- fur deutsche Zivilprozess*, vol. II, (citado a través de Serra Domínguez, 1962).
- WACH, A (1881): "Das Gestandnis, Ein Beitrag zur Lehre von dem processualische Rechtsgeschäfte", en *Archiv fur den Zivil Praxis*, vol. 64 (citado a través de Serra Domínguez, 1962).
- WEINSTEIN, J.B. (1966): "Some difficulties in devising rules for determining truth in judicial trials", en *Columbia Law Review*, vol. 66, nº 2. Reeditado en Twining, W. y Stein, A. (eds.): *Evidence and Proof*, Dartmouth, Aldershot, 1992.
- WRÓBLEWSKI, J. (1992): *The Judicial Application of Law*, Kluwer, Dordrecht-Boston-London.
- Antuña, MA. (2001). *Aplicaciones de la psicología al estudio del asesino en serie*. Conferencia pronunciada en el 1r Symposium sobre Psicópatas, Asesinos en serie y Conducta Antisocial; Mar 29-31; Granada, España.
- APA (Asociación de Psiquiatría Americana) (1995). *Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM-IV)*. Barcelona: Masson.
- Cleckley, H (1976). *The mask of sanity* (5a ed). St Louis, MO: Mosby.
- Echeburúa, E. (1996). *Personalidades violentas*. Madrid: Pirámide.
- Hare, R.D. (1991). *The Hare Psychopathy Checklist Revised*. Toronto: Multi-Health Systems Inc.
- Hart SD, Cox DN, Hare RD. (1995). *The Hare Psychopathy Checklist: Screening Version (PCL-SV)*. Toronto: Multi-Health Systems Inc.
- Holmes (1989). *Offender Profiling: Approaches and Developing a Profile*. Offender Profiling. 2002. Available from: URL: <http://www.jcg.jersey.sch.uk/subjects/psychology/crime/crimeffpro.html>
- Knight B (1990). *Deaths associated with sexual offences*. In: Knight B. Forensic Pathology. London: Edward Arnold.
- Lykken D T. (2000). *Las personalidades antisociales*. Barcelona: Herder.
- Martínez T, López FJ, Díaz, ML (2001). *Los trastornos de la personalidad en el derecho penal: estudio de casos del Tribunal Supremo*. Psicopatología Clínica, Legal y Forense, 1 (1), 87-101.
- Moltó J, Poy R, Torrubia R.(2000). *Standardization of the Hare Psychopathy Checklist-Revised in a Spanish Prison Sample*. *J Per Dis* 14(1); 84-96.
- O'Connor R. (2002). *Mass Murder*. Available from: URL: <http://faculty.ncwc.edu/toconnor/401/401lect21.htm>
- O'Connor T (2002). *Sexual Sadism: Rape, Necrophilia, Cannibalism,*

- Fetishism*. Available from: URL: <http://faculty.ncwc.edu/toconnor/401/401lect13.htm>
- Organización Mundial de la Salud (1993). *Clasificación Internacional de las Enfermedades: Trastornos Mentales y del Comportamiento (CIE-10)*. Madrid: Meditor.
- Ortega-Monasterio, L Cuquerella A; Subirana M; Mohino S, Sánchez RM (2001). *Forensic and jurisprudencial aspects of the TAP*. Libro de abstracts Congreso Internacional de Psiquiatría (Madrid, 30 septiembre- 4 octubre 2001).
- Ressler R. (1984). *El que lucha con monstruos*. Barcelona: Planeta/Seix Barral.
- Salfati G, Canter D. (1999). *Differentiating Stranger Murders: Profiling Offender Characteristics from Behavioral Styles*. Behaviour Sciences and Law; 17:391-406.
- Turvey B. (1989). *Deductive Criminal Profiling: Comparing Applied Methodologies between Inductive and Deductive Profiling Techniques*. Criminal Profiling Research Site. 1998, January. Available from: URL: <http://www.criminalprofiling.ch/article.2.html>
- Warren JI, Hazelwood RR, Dietz PE. (1996). *The sexually sadistic serial killer*. Journal of Forensic Sciences Nov;41(6):970-4.
- PELLEGRINI, ADA. Libertades públicas y proceso penal, Ed. Revista Dos Tribunais 2ed. San Pablo, 1982, pp. 91 a 181. citada por FABREGA (Jorge); Teoría General de la Prueba; Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda; Santa Fe de Bogotá, Colombia; segunda edición, año 2000; 531 ps.
- DEVIS, E. HERNANDO. Pruebas Judiciales, Bogotá, Editorial ABC, 1984.
- EDUARDO de URBANO CASTRILLO; La prueba en el Proceso Penal, Prueba Ilícita en Particular; Consejo General del Poder Judicial; Madrid, 1996, 623 pgs.
- CAFERATA NORES (José); La Prueba en el Proceso Penal, Ediciones De Palma, Buenos Aires, Argentina, 2da Edición, 1994, p. 185 págs.
- MORA MORA (Luis Paulino) y GONZALEZ ALVAREZ (Daniel), La Prueba en el Código Procesal Penal Tipo Para America Latina, Revista de Ciencias Penales, Año 4, Número 5, Marzo-Junio 1992, San José, Costa Rica, ABC Ediciones S.A. 102 pgs.
- SALAS (Monica) y DALL'ANESE (Andrea), Alcoholemia, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2002, 302 pgs.
- VELASCO NUÑEZ (Eloy), Prueba Obtenida Ilícitamente. Doctrina del "Fruto del Arbol Envenenado," Págs. 427 y 428, Artículo de Circulación Unidad de Capacitación Ministerio Público, año 2002.

- HASSEMER (Winfred), Fundamentos del Derecho Penal, Bosch, Casa Editorial S.A. Urgel, Barcelona, Primera Edición 1984, 428 págs.
- HOUED VEGA (Mario), SANCHEZ ROMERO (Cecilia) y FALLAS REDONDO (David), Proceso Penal y Derechos Fundamentales, Editorial Investigaciones Jurídicas, S. A., 1998, 171 pgs.
- GONZALEZ-ALVAREZ (Daniel), La Oralidad como facilitadora de los Fines, Principios y Garantías del Proceso Penal, Revista de Ciencias Penal, ABC EDICIONES S.A. 1996, 140 págs.
- DALL'ANESE RUIZ (Francisco) Oralidad en los Procesos Judiciales, Editorial del Poder Judicial Costa Rica, Primera Edición 1991, 159 págs.

OTRA BIBLIOGRAFIA CONSULTADA.

- RUBIO LLORENTE (Francisco), Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales, Barcelona, Editorial Ariel, 1, Edición: Setiembre de 1995, 793 págs.
- SANCHEZ ROMERO (Cecilia), Sistemas Penales y Derechos Humanos, San José, Editorial CONAMAJ, 1997, 248 p.
- PORRAS VILLALTA (Mario), SANABRIA ROJAS (Rafael), Prueba Ilícita en la Jurisprudencia Constitucional y Penal, San José, Editorial Jurídica Continental, 2002, 55 págs.
- PIZZORUSO (ALESSANDRO), Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales, Madrid, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, Primera Edición, 1984, 682 págs.
- AMADOR BADILLA (Gary) La Detención Provisional en la Ley de Justicia Penal Juvenil, Editorial Jurídica Continental, Primera Edición, 2006.

NORMAS CITADAS.

- Constitución Política de Costa Rica.
Código Procesal Penal.
Código Penal.
Código de la Niñez Y la Adolescencia.
Ley de Justicia Penal Juvenil

PRONUNCIAMIENTOS.

- Sala Constitucional.
Sala Tercera.
Tribunal de Casación Penal.
Tribunal Constitucional Español.